



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

LARA CAXICO MARTINS MIRANDA

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL (EC 19/98):  
AUTARQUIAS ESPECIAIS E A ARBITRAGEM EM  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

LARA CAXICO MARTINS MIRANDA

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL (EC 19/98):  
AUTARQUIAS ESPECIAIS E A ARBITRAGEM EM  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Marlene Kempfer

Londrina  
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Miranda, Lara Caxico Martins.

Administração Pública Gerencial (EC 19/98): Autarquias especiais e a arbitragem em contratos administrativos / Lara Caxico Martins Miranda. - Londrina, 2018.  
161 f.: il.

Orientador: Marlene Kempfer.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, 2018.  
Inclui bibliografia.

1. Reforma administrativa gerencial - Tese. 2. Arbitragem - Tese. 3. Autarquias especiais - Tese. I. Kempfer, Marlene. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. III. Título.

LARA CAXICO MARTINS MIRANDA

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL (EC 19/98):  
AUTARQUIAS ESPECIAIS E A ARBITRAGEM EM CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Marlene Kempfer  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria de Fátima Ribeiro  
Universidade de Marília - UNIMAR

Londrina, 25 de Abril de 2018.

Dedico este trabalho ao meu marido,  
por tornar todos os desafios mais  
doces e leves.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, meu Deus de detalhes. O sonho do mestrado que parecia, ao término da graduação em Direito, tão improvável, não era para Ele mais do que uma questão de (pouco) tempo. Agradeço pelo amor e cuidado evidenciados em cada conquista detalhadamente planejada por Ele para mim.

Ao meu marido, Pedro Henrique Miranda, meu porto seguro e impulsionador. A escolha de deixar a advocacia empresarial para seguir a carreira acadêmica provavelmente não teria ocorrido com tamanha segurança se ele não tivesse acreditado, antes mesmo de mim, na minha vocação para o magistério. Não foram poucos os momentos em que as dúvidas vieram, e o dia a dia conflitou com as exigências do mestrado, mas em nenhum instante ele me negou colo, consolo e apoio.

À família, minha vibração. Ainda que distantes, mãe, pai e irmão torceram e se alegraram com cada desafio superado e vitória alcançada. Foram eles que não duvidaram e por eles que desistir não foi sequer opção, mesmo diante do cansaço, poucas horas de sono e quilômetros percorridos diariamente.

A minha orientadora, Marlene Kempfer, minha referência acadêmica. Agradeço não apenas pelos vinte e um meses de mestrado, mas pelos sete anos de acompanhamento na Universidade Estadual de Londrina. Os inúmeros ensinamentos, horas de dedicação e a infinidade de conhecimentos transmitidos se compuseram em uma contínua lapidação. Obrigada pela sabedoria de se fazer presente – e também ausente – nos momentos certos, para que aos poucos eu alcançasse a independência teórica. Agradeço por ter me dado a honra de dividir a autoria de inúmeros trabalhos e de poder, por tantas vezes, associar o seu nome ao meu.

À Evelise Veronese, para quem fui aposta incerta. Diante das dificuldades de se iniciar uma nova carreira, foi ela quem primeiro me confiou um espaço no tablado, abrindo as portas do magistério. Obrigada por acreditar no meu potencial e ser exemplo de quem ama verdadeiramente a profissão.

À Universidade Estadual de Londrina, minha casa. Em todas as ocasiões em que me senti desgarrada, ela foi abrigo, o lugar em que sempre me encontrava. O seu cheiro, suas cores e contornos compõem o lar que eu deixei em Salvador e reencontrei em Londrina.

Não mostra a evidência que tudo isto são obstáculos para a população. [...] Urge acelerar a reforma que se carece no Brasil.

**Luís dos Santos Vilhena, 1801.**

MIRANDA, Lara Caxico Martins. **Administração pública gerencial (EC 19/98):** autarquias especiais e a arbitragem em contratos administrativos. 2018. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2018.

## RESUMO

A administração pública gerencial, cujo marco legal no Estado brasileiro foi a Emenda Constitucional n. 19/98, abriu espaços para se discutir as necessidades de se implantar no âmbito público um novo modo de gestão, com descentralização das atividades prestadas pelo Estado, instituição de controles posteriores ao ato administrativo, análise de mérito nas atividades dos servidores públicos e, dentre outros, inclusão de mecanismos privados de solução de conflitos nas demandas derivadas da execução de contratos administrativos. Nesse cenário, a pesquisa apontou os estudos de Luiz Carlos Bresser-Pereira, ministro da reforma do Estado, desenvolvidos por meio do modelo básico de reforma da gestão pública. A sistematização foi feita para tratar das formas de repartir, com outras pessoas jurídicas, as atividades de prestação exclusiva e não exclusiva do Estado. Dentre os objetivos da reforma, a pesquisa selecionou a introdução no âmbito público, com os devidos ajustes, das formas de solução extrajudicial de litígios. Fez-se um recorte temático para estudar aquelas realizadas pelas autarquias especiais, em processo administrativo, e a arbitragem privada. Em ambos os casos pretendeu-se analisar a possibilidade da Administração Pública, concessionárias de serviços públicos e consumidores se valerem dessas técnicas para resolver lides formadas durante o cumprimento de contratos administrativos. Verificar-se-á, a partir do método dedutivo-crítico, a natureza da resolução de conflitos realizada pelas autarquias especiais e da arbitragem privada, a possibilidade das partes de valerem dessas e as compatibilidades de ambas com os princípios gerenciais. A pesquisa justifica-se em razão da necessidade de prosseguir na implantação do gerencialismo administrativo brasileiro por meio de técnicas que permitam superar os desafios ainda existentes. Dentre eles a necessidade de solucionar conflitos de forma mais eficiente e célere. A pesquisa em apreço insere-se na linha de pesquisa Estado contemporâneo: relações empresariais e relações internacionais.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Autarquias especiais. Administração Pública Gerencial.

MIRANDA, Lara Caxico Martins. **Management public administration (EC 19/98):** special authorities and arbitration in administrative contracts. 2018. 161 p. Dissertation (Master's Degree in Negotiation Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2018.

### **ABSTRACT**

The managerial public administration, whose legal framework in the Brazilian State was constitutional amendment n. 19/98, opened spaces to discuss the need to establish a new management mode in the public sphere, with decentralization of the activities provided by the State, institution of controls after the administrative act, analysis of merit in the activities of public servants and, among others, the inclusion of private dispute resolution mechanisms in the demands derived from the execution of administrative contracts. In this scenario, the research pointed to the studies of Luiz Carlos Bresser-Pereira, minister of state reform, developed through the basic model of public management reform. The systematization was made to deal with ways of sharing, with other legal entities, the activities of exclusive and non-exclusive provision of the State. Among the objectives of the reform, the research selected the introduction in the public sphere, with the appropriate adjustments, of the forms of out-of-court settlement of litigation. A thematic clipping was made to study those performed by the special municipalities, in administrative process, and private arbitration. In both cases it was intended to analyze the possibility of the Public Administration, public service concessionaires and consumers to use these forms to resolve disputes formed during the fulfillment of administrative contracts. From the deductive-critical method, the nature of the conflict resolution carried out by the special authorities and the private arbitration will be verified, the possibility of the parties to avail themselves of them and the compatibility of both with the management principles. The research is justified due to the need to continue in the implementation of Brazilian administrative managerialism through techniques that allow to overcome the challenges still existing. Among them is the need to resolve conflicts more efficiently and swiftly.

**Keywords:** Arbitration. Special Autarchies. Management Public Administration.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

<b>Tabela 1</b> – O Modelo básico de reforma da gestão pública .....	55
--	----

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>1 REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO</b> .....	15
1.1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL .....	16
1.2 A CRISE DO ESTADO SOCIAL E O AVANÇO DO NEOLIBERALISMO: REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL.....	25
1.2.1 Fundamentos da Reforma Administrativa Gerencial .....	26
1.2.2 Reforma Administrativa Gerencial na Inglaterra .....	33
1.3 REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL NO BRASIL.....	38
1.3.1 Da Administração Pública Patrimonialista à Administração Gerencial .....	39
1.3.2 Administração Pública Gerencial e Seus Desafios.....	48
<b>2 AUTARQUIAS ESPECIAIS NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL</b> .....	54
2.1 AUTARQUIAS ESPECIAIS E O MODELO BÁSICO DE REFORMA DA GESTÃO PÚBLICA DE BRESSER-PEREIRA.....	54
2.2 REGIME JURÍDICO DAS AUTARQUIAS ESPECIAIS .....	60
2.3 COMPETÊNCIA REGULATÓRIA E FISCALIZATÓRIA.....	68
2.3.1 Competência Regulatória .....	69
2.3.2 Competência Fiscalizatória.....	72
2.4 COMPETÊNCIA PARA A SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS .....	74
2.4.1 Competência das autarquias especiais para solução de conflitos por via de processo administrativo .....	75
2.4.2 Regime jurídico para utilização de meios privados de solução de conflitos pela Administração Pública .....	79
<b>3 ARBITRAGEM E A ATUAÇÃO DAS AUTARQUIAS ESPECIAIS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	100
3.1 ÊNFASES HISTÓRICAS DA ARBITRAGEM .....	100
3.2 REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM NAS ESFERAS PRIVADA E PÚBLICA .....	105
3.2.1 Regime Jurídico na Esfera Privada .....	106

3.2.2	Regime Jurídico na Esfera Pública.....	111
3.3	ARBITRAGEM E A ATUAÇÃO DAS AUTARQUIAS ESPECIAIS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	122
3.3.1	Arbitragem na Solução de Conflito Entre Concedente e Concessionária.....	123
3.3.2	Arbitragem na Solução de Conflito Entre Usuário e Concessionária.....	125
3.4	ATUAÇÃO DA AUTARQUIA ANATEL EM PROCESSO ADMINISTRATIVO E A COMPATIBILIDADE COM PERSPECTIVAS GERENCIAIS.....	131
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>142</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>147</b>

## INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objeto a atuação das autarquias especiais na resolução extrajudicial de conflitos e a utilização da arbitragem, que é originalmente meio privado de solução de demandas, nos conflitos derivados da execução dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos.

Para tanto, o ponto de partida é o Estado moderno, especialmente quanto a forma de administrar a máquina pública. Observa-se, nesse período, a necessidade de se implementar uma administração capaz de controlar procedimentos, instituir a hierarquização dos trabalhos e legitimar o poder de funcionários públicos tecnicamente competentes.

No primeiro capítulo, discute-se sobre as crises sociais e econômicas vivenciadas durante o Estado Liberal que abriram espaços para o início do Estado social, bem como a respeito dos primeiros sinais de esgotamento da forma burocrática de gerir a máquina pública. O cenário abre espaço para o avanço de teorias neoliberais que viriam a sustentar o fenômeno da administração pública gerencial. A pesquisa apoia-se no pensamento de Karl Emil Maximilian Weber (1864-1920), William Franklin Willoughby (1867–1960) e Friedrich August Von Hayek (1899-1992) para apontar o desenvolvimento da concepção de uma administração baseada em critérios de racionalidade, responsabilização e eficiência.

Ainda no primeiro capítulo, verificar-se-á as iniciativas políticas que, no Estado brasileiro, contribuíram para o caminhar da administração patrimonial para a burocrática e posteriormente para a gerencial. A reforma administrativa gerencial brasileira, cujo marco legal foi a Emenda Constitucional n. 19/98, foi impulsionada pelo desejo de tornar eficiente a máquina pública.

A partir do contexto do gerencialismo brasileiro, a pesquisa parte para a análise, no segundo capítulo, dos estudos do ministro da reforma, Luiz Carlos Bresser-Pereira (d.n. 1934), cujo modelo de atuação estratégica do Estado, denominado modelo básico de reforma da gestão pública, trouxe a possibilidade de descentralização da prestação das atividades até então de competência apenas do Estado. Nessa reorganização, ganham posição de destaque as autarquias especiais, cujas funções regulatórias, de fiscalização e de composição de conflitos atendem aos princípios gerenciais. Nesse ponto, o estudo realiza recorte temático para averiguar a competência das autarquias especiais como solucionadoras de

conflitos por via extrajudicial, bem como as possibilidades de que a Administração Pública se valha de outras formas de solução extrajudicial de litígios, já utilizados pela iniciativa privada.

No capítulo terceiro, a pesquisa envereda para a análise da utilização da arbitragem, meio privado de solução de litígios, por parte da Administração Pública. No regime jurídico da arbitragem tem-se as características da preponderância da autonomia da vontade, exclusão da jurisdição estatal, definitividade da decisão arbitral, especialidade e imparcialidade do árbitro e confidencialidade. Questiona-se se esse regime pode ser aplicado integralmente diante de conflito existente entre Poder concedente e concessionária de serviços públicos e entre essa e o consumidor.

A pesquisa se justifica em razão da importância de prosseguir na implementação da administração gerencial no Estado brasileiro. Dentre os mecanismos privados de administração que foram introduzidos no âmbito público ainda precisam de incentivo as formas de resolução extrajudicial de conflitos.

Desenvolvendo toda a temática por vias do método dedutivo-crítico, a pesquisa é finalizada com a apresentação da atuação da autarquia ANATEL em solução de conflitos. Pretende-se verificar a natureza do procedimento e a sua compatibilidade com as perspectivas gerenciais. A escolha pela autarquia se dá em razão da sua atuação no âmbito de telecomunicações, serviço público essencial prestado sob o regime jurídico de concessão.

## 1 REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO

Em vistas de se verificar as premissas da reforma administrativa gerencial do Estado, a pesquisa parte da análise do Estado liberal moderno e seus mecanismos de intervenção sob a ótica administrativa, dos direitos sociais, econômicos e políticos. Tal qual será observado no capítulo, a forma de intervenção se justifica de modo diferente em cada período histórico e político. São identificados diferentes graus de intervenção e de concessão de direitos por parte dos Estados se analisados separadamente sob a ótica dos pilares os Estado Liberal (a partir de 1700<sup>1</sup>), Estado Social (a partir de 1939) e do Estado Neoliberal (a partir de 1989). Em cada um destes momentos, por meio de estudos jurídicos, constata-se que cresce a presença do Estado nas relações políticas, sociais e econômicas bem como altera-se sua forma de gerir a máquina pública.

O liberalismo foi construído com apoio à democracia<sup>2</sup>, aos direitos individuais da vida, liberdade individual, propriedade privada e à autoregulação dos ciclos econômicos baseados no regime capitalista. Nesse momento, conforme se verificará, o Estado trabalhava para afastar antigas posturas patrimonialistas existentes na administração pública. No Estado social, a democracia representativa ganha característica de participativa, acresce à vida a condição de dignidade, à propriedade privada a função social e à liberdade individual a necessária convivência com direitos sociais e transindividuais. Ainda, a presença do Estado na economia capitalista se torna mais forte, quer na condição de empresário, quer de modo intervencionista e regulatório. No que diz respeito à administração, consolida-se a administração burocrática, com controles prévios e rígidos.

Posteriormente, a crise do Estado social faz renascer os ideais do liberalismo, não com o mesmo nível de abstenção estatal do liberalismo clássico, mas com a defesa de uma diminuição do tamanho do Estado implementado na proposta de Estado social. É o neoliberalismo que oferece substrato para a nova

---

<sup>1</sup> Considerando os estudos de Adam Smith na obra "A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas" de 1776.

<sup>2</sup> Nesse momento, a democracia não pode ser reconhecida como uma democracia de massa, mas sim aquela que considera apenas os aspectos formais e institucionais para legitimar um processo de participação apenas de uma elite burguesa dominante. É o que se observa, a partir do século XVIII, com a formação de espaços sociais para o intercâmbio de informações, discussões políticas e difusão de opiniões daqueles que já estavam, em verdade, lado a lado com o poder Estatal. Na prática da democracia moderna não havia uma sociedade civil politicamente organizada (VELASCO, 2006, p. 40-41).

administração que se fazia necessária, mas apregoa que a responsabilidade pela efetividade do direito à vida digna, à propriedade com função social e dos direitos sociais e transindividuais não deve ser exclusiva do Estado. Entoa-se a importância de que tais serviços e responsabilidades sejam compartilhados com a sociedade civil, que o mercado atue de maneira mais livre e que a intervenção estatal ocorra apenas nos âmbitos de relevante interesse socioeconômico.

É a partir dessa herança histórica, social e política que a pesquisa partirá para a análise do contexto brasileiro, com suas reformas administrativas. Conforme se verificará, após a tentativa de extinção de valores patrimonialistas, o ingresso da administração burocrática e os insucessos das reformas administrativas ocorridas nas décadas de 1930 e 1960, é que, no Brasil, identificou-se a necessidade de regimes jurídicos que possibilitassem atuação do Estado de modo mais eficiente.

A partir das teorias gerencialistas pretendeu-se implementar a reforma da administração pública e adotar as experiências de eficiência da administração privada na gestão dos bens e interesses públicos. Trata-se, em suma, de viabilizar a administração pública gerencial. A reforma teve como marco legal a Emenda Constitucional n. 19/98, que introduziu o valor da eficiência dentre as premissas do Estado. O regime jurídico administrativo gerencial introduzido não retirou controles tradicionais, mas sim acrescentou o dever de justificar as escolhas públicas por meio de outros valores de igual envergadura, tais quais os da economicidade, proporcionalidade, razoabilidade, equidade e acima de tudo da qualidade no cumprimento dos seus deveres.

## 1.1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

A pesquisa em tela inicia sua discussão a partir da formação do Estado moderno, vez que a sua primeira crise foi o substrato necessário para a formação do Estado liberal. O avanço do mercantilismo e a diminuição dos conflitos militares foram os principais fatores para a formação dos Estados modernos. Esses surgiram, inicialmente, na França, Inglaterra, Portugal e Espanha, em meados dos séculos XV e XVI (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 39). Se constituíram, inicialmente, como Estados absolutos que, segundo Hobbes (1997, p. 61-65), derivaram do pacto firmado, entre sociedade e monarca, de conversão das forças e vontades coletivas

em um poder único e central.

O Estado absoluto monárquico foi marcado pela promoção da segurança interna e dos interesses daqueles intimamente envolvidos com o governante, tal qual amigos e familiares. Segundo Hobbes (1997, p. 66), nesse modelo de governo, na maioria das ocasiões em que o interesse público conflitava com o pessoal esse último prevalecia, tendo em vista que o desejo de o satisfazer era maior do que a razão que deve estar presente na governança. Por tal razão, o interesse pessoal do rei tendia a se aproximar, na monarquia, cada vez mais do interesse público, chegando, a um dado momento, a se fundirem. O que era público era do monarca e conseqüentemente do seu governo.

A crise desse modelo adveio do reconhecimento, por parte da sociedade, de que ela era a detentora do poder originário. A consciência cidadã fez surgir no povo à percepção das suas potencialidades políticas e das possibilidades de interferir na formação da lei, que é fonte básica para a criação de direitos e deveres dos cidadãos (BONAVIDES, 2007, p. 25-32). Para a nova sociedade burguesa, era imprescindível o alcance da autonomia privada e essa só seria possível com a emancipação da regulação mercantilista do Estado absoluto (HABERMAS, 1984, p. 169). Após a Revolução Gloriosa na Inglaterra (século XVII, 1688-1689), Revolução Americana (século XVIII, 1775-1783) e a Revolução Francesa (século XVIII, 1789), a queda do Estado absoluto foi inevitável. A burguesia emergente ganhou espaço público e instaurou o primeiro Estado de direito, baseado na proteção das liberdades individuais (BONAVIDES, 2007, p. 42).

A burguesia, grande atriz dos movimentos mencionados, anunciou e defendeu os princípios liberais, impulsionando, para o século XIX, o capitalismo industrial, liberalismo econômico clássico e o Estado liberal. O crescimento dos mercados e da circulação de bens exigiu políticas estatais voltadas para a garantia de direitos econômicos. Dentre eles, a liberdade econômica e a proteção da propriedade e dos contratos, direitos, em essência, civis. Além do desenvolvimento do comércio, o período foi marcado pela reforma burocrática ou reforma do serviço público. Essa propunha afastar o clientelismo adotado pelos monarcas, implantar concursos para admissão de servidores e estabelecer um serviço público autônomo que fosse baseado no mérito, na eficácia e na eficiência. (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 49-50).

A reforma administrativa burocrática, que se iniciou com a

consolidação do Estado liberal (início do século XIX), não possuiu um limite claramente definido de abandono das práticas patrimoniais e adoção das práticas burocráticas. Apesar da aspiração dos novos governos, as nomeações por afinidade e parentesco não deixaram de existir. Na Alemanha, a reforma se iniciou no final do século XVIII e sua conclusão foi identificada apenas no final do século XIX. Na França e na Inglaterra, entretanto, não ocorreu um real rompimento entre a nobreza do Estado absoluto e a aristocracia moderna (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 51-52).

Para a análise crítica e comparativa da passagem do Estado liberal para o Estado Social a pesquisa em questão analisará esses em seus aspectos econômicos, políticos, sociais e, com maior destaque, administrativos. O último critério revela o fundamento para a discussão da atuação das autarquias especiais e da Administração Pública em contratos administrativos no contexto da reforma administrativa gerencial.

O Estado moderno liberal e o avanço comercial propulsionaram o desenvolvimento do capitalismo, sistema econômico que gerou a possibilidade de acumular capital e adquirir propriedade. Essa deixou de ser concedida tal qual favor do Estado e passou a ser conquistada por meio do trabalho remunerado. "Na medida em que o Estado, no capitalismo, não institui, não concede a propriedade privada, não tem poder para interferir nela" (HOFLING, 2001, p. 36), mas apenas para tutelá-la.

Essa concepção é tratada por Smith (1966, p. 169), economista britânico e teórico do liberalismo clássico, na sua obra "Uma investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações", quando afirma que cabe a cada indivíduo, através da sua força individual, buscar seu capital e seu espaço no mercado. Segundo ele, "deixa-se a cada qual, enquanto não violar as leis da justiça, perfeita liberdade de ir em busca de seu próprio interesse, a seu próprio modo, e faça com que tanto seu trabalho como seu capital concorram com os de qualquer outra pessoa ou categoria de pessoas".

Quanto aos direitos econômicos garantidos no Estado liberal cumpre afirmar que esses se relacionaram intimamente com a ideia de propriedade, individualismo econômico e livre empresa. Em um contexto de poderes e funções estatais limitadas, garantia-se a liberdade contratual, a proteção da "propriedade privada e uma economia de mercado livre de controles". Neste momento, o papel do Estado se limitava à manutenção da ordem e segurança, em uma perspectiva de

não atuação ou diminuição do quantum de intervenção. Toda ingerência além seria prejudicial, tendo em vista que suprimiria a autonomia privada (STRECK; MORAIS, 2008, p. 57-62).

Ainda a título de economia, o Estado liberal se pautou na presença pouco perceptível do Estado. Quanto menos esse influenciasse na vida humana, mais seria resguardada a liberdade finalmente garantida após séculos de restrição. Caberia a esse exercer “funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas” (DALLARI, 2011, p. 273). Ao indivíduo deveria ser salvaguardada a possibilidade de viver e agir do modo que lhe aprovesse, sem uma instituição direcionadora ou contenedora (DALLARI, 2011, p. 60).

Nota-se que o desenvolvimento do capitalismo impulsionou a necessidade de concessão de direitos econômicos, muito compatíveis com a percepção minimalista do Estado liberal. Aquele também corroborou para o surgimento da democracia, tendo em vista que essa, atendendo interesses das mais diversas classes, se mostrou a melhor forma para garantir a estabilidade política e a ordem social, fundamentais para a manutenção daquele sistema econômico. Por tais razões, a democracia se tornou não apenas viável, mas principalmente desejável pelo Estado liberal (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 65-66). Segundo Bresser-Pereira, ministro da reforma do Estado brasileiro, (2009, p. 68-69), "em um sistema totalmente capitalista, a democracia é o único regime político que faz sentido no longo prazo"<sup>3</sup>.

As premissas do chamado Estado liberal são premissas democráticas, constituídas nas lutas contra o absolutismo e retomada de direitos naturais dos indivíduos, tal qual a possibilidade de se manifestar sobre assuntos de interesse público. Vê-se que os movimentos político-sociais já tratados (Revoluções Inglesa, Americana e Francesa) conduziram o Estado ao liberalismo e também à democracia (DALLARI, 2011, p. 147). Concluiu-se que a título econômico o Estado

---

<sup>3</sup> Em uma outra perspectiva, Streek (2012, p. 36) menciona o possível descompasso entre democracia e capitalismo. Afirma que no século XIX, a burguesia temia que em vistas de se garantir uma democracia participativa, fosse extinta a propriedade privada e os mercados livres. Da mesma forma, a classe trabalhadora receava que os capitalistas abolissem a democracia para evitar um governo empenhado na redistribuição econômica. As discussões indicam suspeitas que o capitalismo e a democracia não caminham, necessariamente, com equilíbrio, lado a lado. A razão pode ser vista no fato de que o chamado capitalismo democrático opera com base em regramentos de alocação de recursos, a princípio, conflitantes: mercado com permanência da sua livre movimentação e direitos sociais estabelecidos de acordo com a manifestação das necessidades sociais.

liberal foi capitalista, concedendo prioritariamente direitos de propriedade com mínima intervenção estatal. O capitalismo propulsionou a democracia, regime político do Estado liberal, considerado o único capaz de manter a segurança e a ordem social.

Quanto aos direitos políticos introduzidos no Estado liberal, menciona-se a criação de mecanismos para a participação política dos cidadãos nas decisões públicas, a exemplo da extensão do voto às mulheres e aos pobres. Vale frisar que apesar do avanço da democracia e do início da concessão de direitos políticos, esses fatos não significaram a consolidação da democracia logo nas primeiras décadas da presença do Estado liberal. Isso porque o sufrágio universal não é característica que deve ser observada isoladamente para verificação da implementação da democracia em um dado Estado. Para que se possa falar em democracia é preciso que o regime constitucional garanta também "a liberdade de associação, de expressão e de informação; o direito universal de votar e ser eleito, e os direitos das minorias, e no qual os membros do governo são regulamente escolhidos de acordo com a regra da maioria, através de eleições livres e competitivas" (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 75-77).

A implementação da democracia perdurou todo o século XIX, não coincidindo, na maioria dos Estados, com a consolidação econômica de mercado. Na Alemanha, por exemplo, a transição para a democracia ocorreu apenas após a conclusão da revolução capitalista (fim do século XIX, início do século XX) e nos países em desenvolvimento apenas em meados do século XX (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 78). Apesar disso, seu desenvolvimento e estabilização, desde o princípio, decorreram do fortalecimento de uma economia capitalista e de um Estado liberal.

Os poucos direitos sociais garantidos no Estado Liberal, não decorreram do sucesso do regime, mas sim da sua primeira crise ocorrida no final do século XIX, chamada de a Grande Depressão de 1873. Em virtude da Revolução Industrial, formou-se nos centros urbanos uma superpopulação de trabalhadores sem poder aquisitivo para adquirir toda a mercadoria produzida em excesso. O liberalismo foi pensado para atender a uma economia comercial de pequena escala, pautada na livre-concorrência e livre estipulação de preços. Apesar disso, seu avanço tomou tamanhas proporções que promoveu o domínio do mercado por alguns, controladores dos preços e promotores da concorrência imperfeita

(HABERMAS, 1984, p. 171-173).

O excesso de mão de obra e a baixa demanda de postos de emprego geraram péssimas condições de trabalho, a exemplo dos baixíssimos salários e extensas jornadas. Tais fatores impulsionaram os movimentos socialistas do final do século XIX, com discussões acerca da dicotomia capital e trabalho (DALLARI, 2011, p. 274). Em virtude desse cenário, o Estado liberal necessitou implementar as primeiras políticas sociais (HOFLING, 2001, p. 31). Por essas razões, quanto aos direitos sociais, o Estado liberal preocupou-se em realizar o controle da jornada de trabalho e conseqüentemente a garantia de lazer e descanso. O Estado passou a intervir para garantir postos de emprego, atividade digna e meio ambiente seguro, se tornando ator no âmbito social e não mais apenas espectador. Houve a instituição de uma nova fase: "a do intervencionismo estatal como resposta às demandas sociais e às próprias fragilidades do projeto político-econômico liberal" (STRECK; MORAIS, 2008, p. 65-66).

Com a representação e o sufrágio estendidos, se iniciou a formação de um governo popular. A sociedade, fragilizada no setor econômico, apropriou-se da possibilidade de participação política, objetivando garantir uma igualdade até então sem perspectiva de ser conseguida no comércio. O avanço da co-gestão, da democracia e da intervenção do Estado no domínio econômico permitiram a manutenção do próprio capitalismo, que parecia, no momento, caminhar para o colapso. A desigualdade vivenciada no final do período liberal indicava o declínio do sistema econômico e do Estado, entretanto, a concessão de mecanismos de participação popular na esfera pública (a exemplo das reformas eleitorais na Inglaterra, concessão do sufrágio universal na França e a instauração do plebiscito na Alemanha), bem como a atenção estatal que se voltava para o trabalhador, permitiram que o sistema capitalista continuasse existindo (HABERMAS, 1984, p. 174).

No que diz respeito à administração pública, cumpre enfatizar que o Estado liberal abriu espaços para a reforma burocrática. A máquina estatal adquiriu uma característica moderna, vez que foi modificada para atender às necessidades do capitalismo. O antigo clientelismo e as práticas de favoritismo perderam espaço para os rígidos controles burocráticos e para a escolha de servidores por meio de concursos de admissão por mérito. A administração burocrática promoveu uma atuação governamental mais eficiente e eficaz à medida em que separou,

definitivamente, o patrimônio privado do público (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 50).

A administração pública no Estado liberal foi marcada pela autonomia, profissionalismo e impessoalidade. É certo que não houve uma mudança abrupta do modelo patrimonialista para o burocrático, mas paulatinamente os costumes de compras de cargos foram deixados para trás. Esses foram substituídos por admissão de pessoal com base na técnica e no conhecimento e por uma atuação interna hierarquizada (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 52).

Com a primeira Guerra Mundial (1914-1918) as desigualdades sociais se agravaram, gerando ainda maiores condições para a formação de Estados socialistas ou, em locais onde o capitalismo persistiu, Estados com fortes políticas intervencionistas socializantes. Vê-se tais reflexos na Rússia (1917), com a criação do primeiro Estado socialista, na Alemanha (1919), com a aprovação da Constituição de Weimar que possuiu um forte cunho operário-protetionista, e alguns anos depois nos Estados Unidos (1932), com a presidência de Franklin Roosevelt e o lançamento do programa de governo New Deal (DALLARI, 2011, p. 274).

Cumprir frisar que a passagem do Estado liberal para o Estado social não se constituiu em uma superação de valores. Em verdade, verifica-se que o sistema econômico capitalista foi mantido em diversos Estados, o regime político democrático permaneceu em crescimento e o modelo de administração pública burocrática persistiu. O que se observa, por sua vez, é a nova ênfase dada aos direitos garantidos pelos governos em razão das características econômicas, políticas, administrativas e principalmente sociais, derivadas do momento de grandes desigualdades estruturais.

O Estado social que vinha se formando não pode ser entendido tal qual um Estado socialista, tendo em vista que ambos se diferem economicamente. O Estado social se compreende em uma transformação estrutural do Estado liberal, com a conservação do sistema capitalista. O poder continua envolto no capitalismo, mas, diferentemente do Estado liberal, a presença mais forte do Estado faz diminuir a força e a influência da burguesia. Por essa razão, Bonavides (2007, p. 184), no capítulo "O Estado social e a democracia" da obra "Do Estado liberal ao Estado social", explica que, independentemente do regime político, "a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram Estados sociais". O Estado socialista, por sua vez, é aquele que remove o capitalismo de seu âmbito, toma para si o controle econômico e afasta a presença da iniciativa privada

(BONAVIDES, 2007, p. 184-186).

O período pós Grande Depressão de 1930, consequência da desestruturação mundial derivada da primeira guerra, somado aos movimentos políticos sociais inflados e a crise do Estado liberal democrático permitiram que a luta pelos direitos sociais se solidificasse no século XX (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 80). A derrocada do liberalismo é vista inclusive na fala dos defensores dessa doutrina político-econômica, a exemplo de Lippmann (1889-1974), filósofo e comentarista político estadunidense. Segundo esse, era preciso conciliar a nova ordem laboral com as premissas liberais, de modo que o Estado garantisse ao mesmo tempo igualdade e justiça entre os indivíduos, sem tutelar a arbitrariedade privada (LIPPMANN, 1961, p. 315).

A desigualdade econômica não é reduzida com as primeiras promoções de serviços por parte do Estado. O desenvolvimento socioeconômico desnivelado e o advento da Segunda Guerra Mundial (1939–1945) também despertaram a necessidade do Estado assumir a responsabilidade de implementar políticas sociais (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 80-81). Dallari (2011, p. 275), jurista brasileiro e estudioso da teoria geral do Estado, em sua pesquisa materializada na obra "Elementos de Teoria Geral do Estado", expõe no capítulo "A intervenção do Estado na sociedade" que

A necessidade de controlar os recursos sociais e obter o máximo proveito com o menor desperdício, para fazer face às emergências da guerra, leva a ação estatal a todos os campos da vida social, não havendo mais qualquer área interdita à intervenção do Estado. Terminada a guerra, ocorre ainda um avanço maior do intervencionismo, pois inúmeras necessidades novas impõem a iniciativa do Estado em vários setores: na reestruturação dos meios de produção, na reconstrução das cidades, na readaptação das pessoas à vida social, bem como no financiamento de estudos e projetos, sugeridos pelo desenvolvimento técnico e científico registrado durante a guerra.

Com o Estado social tem-se mecanismos jurídicos e políticos para intervir de forma mais incisiva no mercado por meio do "aumento do poder regulatório e aumento da capacidade de criar impostos" (BRESSER PEREIRA, 2009, p. 80-81). Tais práticas evidenciavam o interesse de administrar problemas sociais e estimular o crescimento econômico, mantendo estáveis a produção e a distribuição de bens para o mercado. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 71).

Quanto aos direitos econômicos garantidos pelo Estado Social, vê-se que diferentemente da tutela individual anterior, nesse momento eles ganham funcionalidades sociais. Sem suprimi-los, o Estado exigiu sua transformação para atender ao novo contexto. A autonomia da vontade passou a ser garantida sob a forma de autonomia privada, ou seja, garantiu-se a possibilidade de contratar, mas limitou-a ao cumprimento da boa-fé e a não interferência nos direitos dos demais. Ainda, o uso indiscriminado da propriedade privada ganhou "uma exigência funcional da propriedade, sendo determinante sua utilização produtiva, e não mais seu título formal" (STRECK; MORAIS, 2008, p. 75).

O Estado social é aquele em que o poder central estatal ganha espaço na ordem social na mesma medida em que o poder burguês o perde. Aquele opta por atender a todas as classes sociais, pacificar conflitos e garantir o equilíbrio entre o capital e o trabalho. Com a pauta distributiva, o Estado social ganhou governabilidade na medida em que a sociedade passou a confiar nessa forma de regulação, controle e gestão. O Estado intervencionista teve legitimidade para combater conflitos e, ao mesmo tempo, planejar crescimento por vias de estímulos, disciplinas e regulações sociais (FARIA, 2002, p. 115-116).

Na passagem do Estado liberal para o social esse último também não abandona a característica, já consolidada, da democracia<sup>4</sup>. Por essa razão, a título de direitos políticos, o Estado Social amplia mecanismos que garantem amplos direitos políticos ao proletariado. Os trabalhadores passaram a se ver aptos a "utilizar o Estado em seu proveito, operando tranquilamente a almejada transformação social" (BONAVIDES, 2007, p. 184-185).

Quanto aos direitos sociais, após o término da Segunda Guerra Mundial, que gerou significativas perdas para os indivíduos e para os mercados, o Estado passou a assumir o dever de proporcionar saúde, educação básica, renda mínima e trabalho decente<sup>5</sup>. Para tanto, passou a fomentar e prestar serviços

---

<sup>4</sup> Após a Segunda Guerra mundial passou-se a apregoar que para que o capitalismo e a democracia permanecessem coesos o primeiro deveria ser submetido a um amplo controle político. Nesse viés, far-se-ia necessária a participação da classe trabalhadora nas decisões econômicas, bem como a nacionalização de alguns setores estratégicos, justamente em vistas de proteger a democracia das restrições do livre mercado (STRECK, 2012, p. 36).

<sup>5</sup> [...] As políticas macroeconômicas de inspiração keynesiana partiam do pressuposto de que as épocas de recessão como a grande depressão dos anos 20, resultavam na falta de investimentos privados para absorver as poupanças que poderiam ser geradas a pleno emprego. Como solução, propunham o aumento do investimento público em períodos recessivos, mediante a criação de novas despesas financiadas por meio de empréstimos e a manipulação das taxas de juros. Subjacente a essas políticas havia a crença de que, dada a incapacidade do *laissez-faire* de propiciar automática e

públicos antes deixados à cargo da iniciativa privada. Nesse cenário, foi ator principal da prestação de serviços, utilizando-se da sua própria mão de obra, e coordenou as atividades que ainda permaneciam com o setor privado (HABERMAS, 1984, p. 176). O Estado social garante

[...] os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte à área de iniciativa individual [...] (BONAVIDES, 2007, p. 186).

O aumento do tamanho do Estado no que diz respeito à concessão de direitos sociais exigiu ainda uma nova gestão de serviços para operá-lo. "Nas novas áreas em que o Estado começou a se envolver, áreas não diretamente reguladas por lei, tais funcionários deveriam tomar decisões, elaborar planos e definir políticas". A necessidade de contratar funcionários técnicos fez o governo se comprometer com burocratas econômicos que foram chamados de desenvolvimentistas (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 95-97).

Por tais razões, no que diz respeito à administração pública, o Estado social impulsionou a administração burocrática fundamentada na teoria de Max Weber (1864-1920), jurista, economista e sociólogo alemão. Passou a defender a necessidade de rígidos controles burocráticos para afastar o nepotismo vivenciado anteriormente, esses, entretanto, acabaram por conferir à administração lentidão e ineficiência. O Estado que passou a fornecer serviços e promover direitos sociais, viu-se, em pouco tempo, grande em intervenção e demasiadamente custoso. As despesas nesse aspecto antes mínimas, tomaram conta do orçamento público, gerando a primeira grande crise do Estado social em 1980.

Essa, tal qual se verá no tópico seguinte, permitiu que o movimento da máquina pública fosse repensado. Havia a necessidade de se implementar novas

---

naturalmente o equilíbrio na alocação eficiente de recursos escassos, caberia ao governo estimular a plena ocupação de mão-de-obra, formulando estratégias de "indução de investimento", implementando políticas destinadas a elevar a "eficiência marginal do capital", executando programas de estímulo ou desestímulo à "propensão ao consumo" [...] (FARIA, 2002, p. 113-114).

práticas administrativas para que a prestação de serviços sociais se tornasse mais eficiente e econômica.

## 1.2 A CRISE DO ESTADO SOCIAL E O AVANÇO DO NEOLIBERALISMO: REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL

As discussões a respeito da estabilização do Estado moderno, com implantação do modelo liberal, sua crise e ingresso do Estado social, bem como a posterior derrocada desse último se dão na pesquisa, prioritariamente, em relação do desenvolvimento do Estado europeu. Cumpre frisar, todavia, que no Brasil o caminho percorrido foi diverso, vez que o Estado social nesse foi efetivamente implementado apenas em 1988, com publicação da Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida como Constituição social-cidadã. O Estado social no Brasil não passou pela mesma crise verificada na Europa, mas sim, logo após a sua implantação, sofreu modificações derivadas dos ideários neoliberais.

No que diz respeito ao continente europeu, a primeira grande crise do Estado social ocorreu em 1980. Essa derivou-se, além do crescimento do Estado, das consequências da Guerra Fria (1945-1991), da crise do petróleo (1973 e 1979) e do posicionamento da iniciativa privada contra as altas cargas de impostos cobradas pelo modelo estatal (VICENTE, 2009, p. 124-125). Tais fatores, associados à ineficiência da administração pública, geraram crise fiscal, fazendo com que os Estados perdessem governabilidade e capacidade de gerar poupança pública.

A partir da década de 70 os Estados diminuíram o seu crescimento e se tornaram, gradativamente, incapazes de planejar atendimento social e respostas às desorganizações econômicas. Via-se a decadência do forte intervencionismo e o esgotamento das ações do Estado. Esse revelou-se incapaz de lidar com os problemas sociais que se agravaram, como desemprego, e com desarticulação das estruturas fiscais, em razão da transnacionalização do capital (FARIA, 2002, p. 116-117).

O sistema administrativo que tinha sido extremamente eficaz para combater o nepotismo do pequeno Estado absoluto se tornou ineficiente para prestar os mínimos serviços públicos sociais e científicos que passaram a ser exigidos no século XX (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 107-109). "Assim, o Estado de bem-estar social adquiriu a imagem de mau administrador da economia, com a

consequente desmoralização e a acusação de ser inoperante, constituindo um empecilho para o progresso econômico" (VICENTE, 2009, p. 126).

Verifica-se uma progressiva inefetividade política, econômica, normativa, operacional e, principalmente, administrativa. Instaura-se uma crise de governabilidade, em que o Estado não está mais apto a tomar decisões, estipular planos administrativos, criar e implementar políticas públicas e nem mesmo a regular a economia (FARIA, 2002, p. 117-119). Observa-se que a crise do Estado social foi fiscal, em razão do aumento desmedido dos gastos públicos, de intervenção, em virtude da verificação da impossibilidade de atender às necessidades sociais que antes havia se comprometido, e da burocracia, em razão da ineficiência na prestação de serviços públicos (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 107-109). Para enfrentá-la exigiu-se a formação de um novo modelo de administração pública.

Era necessário que o Estado continuasse comprometido com direitos sociais, mas também abrisse portas para que o mercado voltasse a se auto gerir, ainda que com a incidência regulatória daquele. Nesse momento, não havia mais possibilidade de que o Estado prestasse sozinho todos os serviços de ordem social. Era necessário que esse passasse a se utilizar da delegação e descentralização para repassar a outras pessoas jurídicas essa incumbência, se atendo diretamente apenas aqueles serviços cuja sua presença fosse imprescindível.

Diante de uma administração até então burocrática, engessada em procedimentos e diretrizes que não geravam nem qualidade nem eficiência à atuação pública, fazia-se necessário adotar uma abordagem inovadora. Por meio de uma reforma, mecanismos inspirados na iniciativa privada seriam importados com as devidas adaptações para o regime público de modo a garantir novos modos de atuação voltados à satisfação do cidadão.

Para melhor compreensão do fenômeno da administração pública gerencial cumpre analisar os fundamentos teóricos que a precederam. O estudo apontará a teoria da burocracia de Karl Emil Maximilian Weber (1864-1920), teoria do departamento de William Franklin Willoughby (1867–1960) e a teoria neoliberal observada nos estudos de Friedrich August Von Hayek (1899-1992) para destacar a concepção de uma administração baseada em critérios de racionalidade, responsabilização e eficiência.

### 1.2.1 Fundamentos da Reforma Administrativa Gerencial

Os princípios que fundamentaram a teoria da administração pública gerencial reportam-se aos estudos iniciados no século XIX, vez que já nesse momento disfunções administrativas podiam ser verificadas nos contextos governamentais. Muitos dos fundamentos gerenciais, inclusive, podem ser encontrados na própria burocracia, modelo administrativo precedente, vez que a adesão a uma atuação gerencial não representou a superação do modelo burocrático.

A partir dessa compreensão é que o estudo destaca inicialmente a teoria da burocracia, de Karl Emil Maximilian Weber (1864-1920), jurista, economista e sociólogo alemão. O autor, na obra “*Essays in Sociology*” (1924), organizada e publicada *post mortem* por sua esposa Marianne Weber, tratou das características e princípios da burocracia, teoria administrativa que viria a fundamentar o posicionamento neoliberal que embasou a reforma administrativa gerencial do Estado.

Uma das características gerenciais verificada já na teoria burocrática é a divisão de tarefas nas chamadas repartições. Segundo Weber (1982, p. 230-231) haveria a necessidade de que a administração pública atuasse com a mesma descentralização de atividades encontrada na iniciativa privada. O conjunto formado pelos funcionários públicos, documentos e expedientes se constituía em uma repartição. Essa seria responsável pela realização de determinada atividade, que deveria estar sob o comando e controle do seu superior hierárquico.

A divisão de tarefas em repartições se relaciona com a prestação mais eficiente dos serviços públicos, tendo em vista que, uma vez divididos, os servidores têm a possibilidade de se especializar na atividade realizada e prestá-la com maior êxito. Essa especialidade também se constitui em característica da iniciativa privada que deveria, segundo Weber, ser importada para a administração pública. Para o autor, o treinamento especializado e completo dos seus servidores, da mesma forma como o do “diretor moderno e o empregado das empresas privadas” deveria ser aplicado “com o funcionário do Estado” (WEBER, 1982, p. 231).

No que diz respeito ao crescimento institucional do funcionário público, verifica-se na teoria de Weber (1982, p. 237) as primeiras menções sobre

desenvolvimento de carreira, com promoção de cargos e salários. Segundo o estudioso, é imprescindível que o servidor público inicie em cargos ditos inferiores e possa, ao longo do tempo, galgar posições chamadas elevadas. Essa promoção deveria se dar não apenas em virtude da antiguidade no cargo, mas também em razão das qualificações gerais, pessoais e intelectuais, a serem aferidas no exame de habilitações. Esse último se constitui na essência da atual promoção por merecimento, estabelecida com a reforma gerencial.

Nota-se que a teoria da burocracia de Weber (1924), ainda que desenvolvida efetivamente em vistas da necessidade de uma administração com maiores níveis de controle e de rigidez que a administração patrimonialista, já firmou diretrizes para a subsequente administração gerencial. Isso se deu em razão da introdução dos princípios já mencionados da descentralização, especialização e merecimento.

Além dos estudos da burocracia realizados por Weber (1924), os estudos de William Franklin Willoughby (1867–1960), economista americano, serviram de fundamento para a fixação da teoria administrativa clássica que regeu o poder executivo norte americano. O seu principal ideário era fundamentado na necessidade da fixação de princípios universais direcionados para a regência da atuação no âmbito público. Dentre as suas obras de maior destaque está "Principles of public administration" publicada em 1927. Nesses estudos se enaltece que a administração pública deve ser pautada na eficiência administrativa, tendo em vista ser essa a finalidade precípua da administração pública.

Willoughby (1927, preface, p. ix) afirma que

"[...] em administração, há certos princípios fundamentais de aplicação geral, análogos àqueles que caracterizam qualquer ciência, e que precisam ser observados para que a finalidade da administração – eficiência nas operações – possa ser atingida, e que esses princípios devem ser determinados e sua importância reconhecida através da rígida aplicação do método científico a sua pesquisa" (WILLOUGHBY, 1927, preface, p. ix tradução de WAHLICH, 1983, p. 281)<sup>6</sup>.

Wahrlich (1983, p. 281-282), administradora brasileira e teórica da

---

<sup>6</sup> [...] in administration, there are certain fundamental principles of general application analogous to those characterizing any science which must be observed if the end of administration, efficiency in operation, is to be secured, and that these principles are to be determined and their significance made know only by the rigid application of the scientific method to their investigation.

reforma desenvolvimentista brasileira dos anos 60 e 70, explica na sua obra "A Reforma Administrativa da Era de Vargas" que para Willoughby há nítida separação entre política e administração. A primeira se compreende no âmbito de decisões discricionárias de uma determinada autoridade que não necessita atender propriamente a um fim determinado. A administração, por sua vez, se relaciona ao ato de gerir e coordenar, que sempre deve estar vinculado à eficiência operacional. Segundo o autor, a função do Poder Executivo é administrar e para que o faça com eficiência seria necessário um "departamento de administração geral" para apoiá-lo diretamente.

Ao "departamento de administração geral" caberia funções normativas, de organização e controle e não operacionais. Suas atividades seriam primárias, com um fim em si mesmas, e essenciais para o bom desempenho das funções da administração pública porque relacionadas diretamente à função de administrar e coordenar. Outras unidades administrativas atuariam diretamente com o fornecimento de serviços e atendimento de demandas sociais, mas estariam sempre vinculadas ao controle geral exercido pelo departamento (WILLOUGHBY, 1927, p. 104-110).

As atividades concernentes ao poder central seriam apenas aquelas relativas aos fins do Estado, tal qual "defesa nacional, economia e finanças e relações exteriores". As atividades gerais, por sua vez, se relacionariam à organização e distribuição de pessoal e material, desenvolvimento das melhores técnicas para executar o serviço público e propriamente a movimentação das atividades públicas. "Assim, embora não constituam elas finalidade precípua do Estado, são importantíssimas, porque de seu desempenho, racional e eficiente, todas as demais dependem" (WAHRLICH, 1983, p. 281-282).

Vê-se nos estudos contornos de uma administração gerencial, já que Willoughby estabelece que toda performance administrativa deve necessariamente lograr a atuação eficiente. Morosidade, processos ineficientes e controles burocráticos não seriam condizentes com a gestão pública, já que essa requer o atendimento com qualidade dos administrados. Há aqui indícios de uma nova visão a respeito da administração pública: mantêm-se e amplia-se as afirmações sobre especialidade para eficiência, já mencionadas por Weber (1924), mas afasta-se a concepção positiva dos controles burocráticos.

A teoria do "departamento da administração geral" também indica a

mudança da perspectiva das atividades realizadas pela administração pública. No Estado social, essas eram realizadas diretamente pelo Estado, independentemente do seu conteúdo material. A teoria em comento propõe a descentralização para que outras entidades administrativas colaborem para a movimentação da máquina governamental. Caberia ao poder central apenas controlar e gerir os serviços que seriam prestados por outras pessoas jurídicas, sejam elas da própria administração ou da iniciativa privada. Há aqui as premissas do modelo básico de reforma da gestão pública, estudo apontado posteriormente nessa pesquisa, desenvolvido por Bresser Pereira (2009), estudioso e participante da reforma administrativa gerencial brasileira.

Além dos estudos de Weber e de Willoughby, teorias neoliberais também contribuíram para a concepção gerencial da administração pública. A pesquisa destaca dentre os teóricos do neoliberalismo Friedrich August Von Hayek (1899-1992), e os seus estudos materializados na obra "O caminho da servidão" (1974), publicada em 1944, e Milton Friedman (1912-2006), economista norte americano.

Friedrich August Von Hayek concentrou seus estudos na planificação da economia e, entre outros relevantes aspectos, tratou sobre o papel do Estado diante do domínio econômico. Defendeu a livre atuação do mercado, com o mínimo de intervenção estatal. Para o estudioso, o controle do Estado sobre a economia se compararia a um totalitarismo, pois restringiria a liberdade econômica, indispensável para fomentar a livre iniciativa e a concorrência. Apenas a submissão às forças impessoais do mercado é que possibilitaria o progresso de uma civilização e seu desenvolvimento (HAYEK, 1977, p. 191).

Em seus estudos sobre a obra de Friedrich August Von Hayek, Butler (1987, p. 116-118), economista britânico, expôs que o papel do governo não seria de criar uma determinada ordem social ou organizar uma sociedade, tendo em vista que estas seriam unidades complexas e impossíveis de serem controladas. Defendeu que os serviços prestados pelo Estado deveriam ser apenas aqueles que exigissem tributação, enquanto que os demais deveriam ser prestados pelo mercado de forma fluida. "Uma economia ampla, diz Hayek, só pode permanecer próspera se puder contar com forças competitivas para coordenar os esforços individuais e para orientar recursos, destinando-os ao que for mais necessário" (BUTLER, 1987, p. 118).

Os neoliberais compreendem que a liberdade individual deve movimentar a economia, enquanto que o Estado deve apenas regular o capital.

Friedman, especialmente em “Capitalismo e liberdade”, focaliza o capitalismo competitivo – organizado através de empresas privadas, em regime de livre mercado – como um sistema que exercita a liberdade econômica. Atribui ao Estado o papel de promotor de condições positivas à competitividade individual e aos contratos privados [...] (HOFLING, 2001, p. 37)

Friedrich August Von Hayek e Milton Friedman defendiam que os pilares do neoliberalismo se encontravam nas noções de liberdade e de mercado. A liberdade seria a necessidade fundante do indivíduo e o mercado o espaço em que a autonomia privada se manifestaria. Caso o Estado optasse por interferir nesta relação, instauraria seu desequilíbrio. Por essa razão, proeminentes críticas foram feitas à forte intervenção do Estado no domínio econômico e à burocracia estatal de Max Weber. Pôs-se em discussão qual seria o efetivo papel deste nas relações econômicas e sociais.

A teoria neoliberal retomou a concepção de um liberalismo econômico, em que a concorrência, iniciativa privada e liberdade de atuação deveriam se dar com a mínima intervenção do Estado na economia. O Estado social anterior teria reduzido a autonomia privada, essencial para a prosperidade social. O Estado neoliberal, por outro lado, compreendia que a desigualdade poderia sim ser positiva, vez que estimulava o progresso do mercado.

Com relação às políticas sociais estatais, para os neoliberais essas seriam verdadeiros entraves ao desenvolvimento, vez que não teriam o condão de regular desequilíbrios sociais. Os Estados que optam por intervir sozinhos no mercado com políticas em tese equalizadoras, em verdade, promovem a instabilidade, pois não são os agentes capazes de reestabelecer o equilíbrio. Cabe ao próprio mercado, por meio da livre iniciativa e concorrência, harmonizar as relações sociais (HOFLING, 2001, p. 37).

Nesse sentido, não seria de responsabilidade única do Estado a garantia de direitos sociais tais quais educação, lazer, saúde, trabalho e moradia. Os indivíduos e a performance do mercado já garantiriam esses direitos por meio da oferta e da procura, disponibilidade de mão de obra e mesmo existência ou não de insumos. Quando os Estados os garantem de modo individual impõem à sociedade

determinado produto que muitas vezes não é o de melhor qualidade nem o que seria escolhido em uma situação de liberdade.

Nestes termos, coerentes com a defesa e referência essencial aos princípios da liberdade de escolha individual e do livre mercado, os neoliberais postulam [...] ações do Estado descentralizadas, articuladas com a iniciativa privada, a fim de preservar a possibilidade de cada um se colocar, de acordo com seus próprios méritos e possibilidades, em seu lugar adequado na estrutura social (HOFLING, 2001, p. 38).

As orientações neoliberais indicam a necessidade de participação conjunta na promoção de direitos sociais, o que inclui atuação descentralizada do Estado, envolvimento da sociedade civil e cooperação da iniciativa privada. Execuções conexas de políticas sociais levam ao alcance de resultados mais satisfatórios sem excluir a liberdade individual. Nesse viés, caberia ao Estado atuar na construção de direitos sociais, enquanto que ao mercado e à sociedade oferecer serviços sociais.

Os Estados, durante a crise político-econômica vivenciada no período da Guerra Fria (1945-1991) aderem às políticas neoliberais para redefinir o papel do Estado e dar nova orientação para o seu desenvolvimento. Os Estados que continuassem atuando na prestação de determinados direitos de maneira exclusiva gerariam riscos de inefetividade. Sob tais argumentos, o modelo neoliberal foi primeiramente aplicado na Europa central, especificamente na Inglaterra, no governo de Margaret Thatcher (1979-1990) e posteriormente na Alemanha, com o chanceler Helmut Kohl (1982-1998) (ANDERSON, 2005, p. 12).

O neoliberalismo ganha força ainda diante do processo de globalização surgido na mesma época. Com a dispersão geográfica da produção, instituições e padrões culturais, um mercado livre de intervenções nacionais se tornou fundamental (VICENTE, 2009, p. 127). A expansão das empresas transnacionais, o avanço das tecnologias e sistemas financeiros, fez com que “as empresas, corporações e conglomerados transnacionais adquiriram preeminência sobre as economias nacionais” (IANNI, 2001, p. 56).

A partir do processo globalizante e das novas premissas neoliberais, os Estados sociais que até então mantinham a exclusividade da prestação de serviços públicos se viram ineficientes no desenvolvimento econômico interno e no

atendimento dos seus cidadãos. Havia a necessidade de diminuir o escopo de atuação direta do Estado, permitindo a real participação da iniciativa privada no mercado.

Para essa reestruturação e como pressuposto para o exercício de uma nova administração pública, seria necessário definir quais seriam os âmbitos de atuação em que a presença do Estado seria necessária e imprescindível. À parte, serviços não exclusivos do Estado poderiam ser prestados por organizações sociais, com apoio público. São os passos para o processo da publicização. Por fim, atividades que poderiam ser prestadas de maneira mais eficaz pela iniciativa privada e que não envolvessem os segmentos mencionados, deveriam ser para essa repassada (PACHECO, 1999, p. 232-233).

Sugere-se então, a partir de ideários neoliberais, um novo modo de movimentar a máquina pública, deixando para trás os aspectos ineficientes da administração burocrática, como os controles morosos, e admitindo-se a necessidade de uma administração gerencial. Essa pretende promover a eficiência no atendimento dos cidadãos-consumidores, responsabilizar servidores públicos pela má atuação, fomentar a participação popular e tutelar a intervenção do Estado apenas naquilo em que seja imprescindível.

Os ideários de Karl Emil Maximilian Weber (1864-1920), de William Franklin Willoughby (1867–1960) e a teoria neoliberal destacada nos estudos de Friedrich August Von Hayek (1899-1992), formaram substrato para os pensamentos gerenciais surgidos com a crise da administração burocrática. Fazia-se imprescindível que o mercado voltasse a se regular e que o Estado se atentasse à prestação eficiente dos serviços que ainda continuassem sob a sua titularidade. A partir de tais premissas as necessidades de reformar despontaram em diversos países, dentre os quais a Inglaterra, Estado que apresentou um dos mais bem-sucedidos exemplos de reforma gerencial.

### 1.2.2 Reforma Administrativa Gerencial na Inglaterra

A Inglaterra passou pela transição da administração burocrática para a gerencial com a inicial dificuldade de enfrentar as elites dominantes que se opunham às transformações, além do receio popular de aderir a um novo processo administrativo. Apesar disso, a especialização de servidores públicos e a suas

responsabilizações, o controle de custos, adesão a um novo sistema de informações públicas e a avaliação social, por meio da participação na esfera pública, ganharam espaço a partir da década de 60, se tornando o centro da reorganização.

A reforma administrativa inglesa se iniciou, no final do século XX, mais precisamente na década de 60, com a separação entre administração e política. Com o objetivo de impedir que funcionários se utilizassem dos seus cargos para influenciar o governo e que políticos constrangessem funcionários públicos para conseguir que suas políticas se tornassem propostas estatais, a reforma visava garantir, dentre outros fins, a verdadeira separação entre os poderes (FERREIRA, 1999, p. 71).

A necessidade de reformar foi identificada, primeiramente, pelo relatório apresentado em 1969 pelo Comitê Fulton, que dispôs acerca da desorganização e da baixa qualidade dos serviços prestados naquele país. O documento apontou os problemas existentes no modelo burocrático, dentre eles a existência de funcionários despreparados, sem qualificação técnica e que estavam mais preocupados com os dessabores políticos diários do que com o interesse público (MACEDO; ALVES, 1997, p. 62-63).

No diagnóstico foram constatados os problemas da excessiva hierarquia no cumprimento dos processos e o distanciamento entre os funcionários públicos e a comunidade que recebia a prestação dos serviços realizados (ABRUCIO, 1997, p. 13). Em virtude desse cenário, iniciaram-se as comparações entre a atuação pública e a atuação do setor privado, fazendo com que critérios de eficiência e efetividade comesçassem a ser mencionados como características essenciais para o serviço público (MACEDO; ALVES, 1997, p. 62-63).

Já no início da década de 70 surgiram as primeiras medidas relativas à especialização de serviços e servidores públicos, retirando do poder central, por exemplo, a função de organizar o serviço civil por meio da criação de um novo órgão especializado nessa atuação. Ampliou-se ainda a autonomia dos municípios, passando para esses não apenas a incumbência de prestar determinadas atividades, mas também a responsabilidade por elas. O funcionário generalista, que realizava todo e qualquer tipo de atividade, também foi desprestigiado, vez que se percebeu que esse ocupava mais uma função política do que efetivamente administrava (FERREIRA, 1999, p. 71-72).

Criou-se um sistema de avaliações dos serviços e servidores, que

fez surgir um ânimo gerencial entre aqueles que atuavam com a máquina pública. Sinalizou-se a importância de "importar técnicas do mundo dos negócios e encaixá-las nas estruturas administrativas já existentes" para conferir a essas a qualidade semelhante àquela encontrada no setor privado. Tal fato contribuiu para a ruptura da administração burocrática, afastando o formalismo dos processos sem, contudo, enfraquecer os servidores públicos (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 222).

Apesar das transformações constatadas no final da década de 60 e início da década de 70, foi apenas com o ingresso de Margaret Hilda Thatcher (1925-2013), primeira ministra do Reino Unido (1979-1990), que os demais aspectos da reforma gerencial na Inglaterra puderam ser vistos. Thatcher assumiu em meio a um cenário de altos gastos públicos e pouca qualidade nos serviços prestados e por tal razão objetivou, inicialmente, reduzir o quadro de servidores e definir a exata atuação e o custo de cada órgão (FERREIRA, 1999, p. 72).

As medidas de especialização de serviços e servidores públicos e as suas responsabilizações que já haviam começado antes do governo de Thatcher foram intensificadas por meio do modelo gerencial puro inicialmente instaurado. O governo inglês criou mecanismos para definir com precisão as atividades de cada órgão bem como dos seus funcionários. Adotou então a *Management by Objectives* (Administração por Objetivos), programa que inicialmente descentralizou a prestação de atividades e que por isso conseguiu avaliar o desempenho de cada agente com base no que havia sido determinado e nos resultados posteriormente obtidos (ABRUCIO, 1997, p. 17).

A administração descentralizada, baseada em resultados, permitiu a ampliação da autonomia dos órgãos executivos, dos departamentos e funcionários públicos. Com isso criou-se um cenário de delegação de atividades àqueles que estavam mais próximos dos cidadãos e que poderiam atendê-los com mais eficiência. Incentivou-se ainda a promoção de servidores criativos, que pudessem criar novas soluções para a prestação de serviços públicos, e com capacidade para decidir e inovar na sua seara de atuação (ABRUCIO, 1997, p. 17).

No que diz respeito ao controle de custos, as primeiras ações britânicas se concentraram na redução do *civil service*, ou seja, no corte de funcionários do Poder Central. O quadro de funcionários de empresas estatais também foi reduzido, em razão das privatizações, tal qual se verá em seguida. Em contrapartida, os servidores do *National Health Service*, que trabalhavam

diretamente em áreas sociais, foram mantidos em número, em razão do interesse governamental de servir com maior qualidade aos seus cidadãos (ABRUCIO, 1997, p. 15).

Também com o propósito de reduzir gastos, foi criada uma central de coordenação (Efficiency Unit), com os objetivos de desenvolver a consciência dos custos das atividades públicas (value of Money) e incentivar a competitividade (FERREIRA, 1999, p. 72). Foram criados ainda grupos de trabalhos dentro dos ministérios com o propósito de reduzir gastos e desperdícios (escrutíneos de Rayner) (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 222).

Esses grupos, formados por funcionários, utilizaram a metodologia da avaliação das atividades destinadas para cada função e as suas deficiências. Cada grupo era responsável pela produção de relatórios sobre os departamentos e por gerar decisões para a melhoria desses dentro de 3 meses. A partir de então, criava-se um plano de ação para redução de despesas que deveria ser desenvolvido em até dois anos (MACEDO; ALVES, 1997, p. 65). No período de 1979 até 1992, essa reorganização gerou um retorno para o Estado de aproximadamente dois bilhões de libras (FERREIRA, 1999, p. 72).

Também com o intuito de redução de gastos públicos, a reforma administrativa promovida por Thatcher na Inglaterra incentivou as privatizações, que ocasionaram a venda de mais da metade do setor industrial estatal até a década de 90. Servidores públicos exonerados passaram a atuar na iniciativa privada e os serviços sociais básicos, tais quais eletricidade, telecomunicações, gás e água e áreas da indústria de base, saíram das mãos do Estado. Dentre as consequências positivas menciona-se a redução da dívida pública e a abertura do capital dessas empresas para o mercado (MACEDO; ALVES, 1997, p. 69).

No que se refere à transparência de informações públicas, criou-se em 1982 um sistema de informações administrativas (Financial Management Initiative), com dados acerca dos gastos públicos. Os objetivos do sistema incluíam, principalmente, fornecer a visão das metas governamentais e meios para alcançá-las, indicar as melhores formas de utilização de recursos e garantir o acesso à informação. Para operacionalização do programa, cada departamento público disponibilizou as informações sobre os seus próprios programas financeiros, de controle e responsabilização (MACEDO; ALVES, 1997, p. 66-67).

Na metade de década de 80 o modelo gerencial britânico ganhou

novos contornos no que dizia respeito à prestação de serviços. Passou-se a considerar, com predominância, não apenas a eficiência na prestação desses, mas também a efetividade, ou seja, a avaliação social do resultado dos serviços prestados. A visão inicial meramente quantitativa dos recursos e de divisão de tarefas cedeu espaço para a avaliação da qualidade administrativa total, programa originário da iniciativa privada (*Total Quality Management*) que foi introduzido no âmbito público. A atenção governamental voltou-se para os clientes/consumidores, vez que esses foram chamados para avaliar a performance do setor público (ABRUCIO, 1997, p. 20-22).

O governo britânico criou, no âmbito das avaliações sociais, o organismo *Local Government Training*, responsável por verificar a satisfação do consumidor. Esse criou uma lista com os passos necessários para atender à sociedade, colocando em primeira instância a obrigatoriedade de que o governo efetivamente conhecesse a necessidade social. Com intuito semelhante, foi desenvolvido o *Citizen's Charter*, programa governamental que propunha averiguar, por meio de dados conseguidos diretamente com os consumidores, as deficiências pontuais e regionais do serviço público (MACEDO; ALVES, 1997, p. 68). A inserção do cliente/consumidor como grande objetivo de atendimento público é considerada pela doutrina uma transição do modelo gerencial puro para o modelo denominado *consumerism* (ABRUCIO, 1997, p. 22).

Ainda no que diz respeito à avaliação social, o modelo *consumerism* não atendeu plenamente às necessidades administrativas, vez que a sociedade não se comporta tal qual mera consumidora de serviços públicos. Se assim o fosse, apenas parte da população, aquela que efetivamente pode consumir, seria atendida pelas políticas públicas. A sociedade deve ser considerada, em verdade, um conjunto de cidadãos, conceito mais amplo do que consumidor, já que abarca direitos e deveres frente ao Estado. A cidadania relaciona-se com ativa participação da população na esfera pública por meio da escolha de dirigentes, influência em políticas públicas e avaliação de serviços. Quando do ingresso dessas perspectivas no governo britânico o gerencialismo foi denominado *accountability* (ABRUCIO, 1997, p. 23).

A reforma administrativa gerencial da Inglaterra influenciou modelos de gerencialismo pelo mundo em razão da introdução inaugural, e com excelência, de mecanismos de especialização e responsabilização de servidores públicos,

controle de custos, transparência nas informações públicas e de avaliação social, por meio da participação na esfera pública. O reflexo de tais ações foi visto, posteriormente, em outras reformas administrativas, a exemplo da brasileira.

Tal qual na Inglaterra, a reforma gerencial brasileira foi necessária em virtude das crises de governabilidade e governança vivenciadas no país (década de 60). Ao mesmo tempo que se fazia necessário conferir credibilidade aos processos eleitorais, por meio da escolha legítima e democrática de governantes, era preciso desenvolver mecanismos para que esses conseguissem efetivamente implementar e gerir políticas públicas. A reforma gerencial vivenciada no Brasil propõe a quebra de antigas tradições patrimonialistas, burocráticas e ineficientes. O cidadão que antes era visto tal qual mero acessório social passa a compor o quadro governamental, participando ativamente da vida pública. Para a análise da reforma no Brasil, faz-se necessário, todavia, compreender o contexto social que a precedeu, bem como as demais reformas brasileiras que buscaram, incansavelmente, conferir presteza à movimentação da máquina pública.

### 1.3 REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL NO BRASIL

Em virtude das deficiências na prestação de serviços por parte do Estado brasileiro e os graves problemas de governança e governabilidade, a necessidade de se implementar programas voltados para a eficiência e responsabilização dos serviços públicos ganhou proporção nacional. A teoria, conhecida administração pública gerencial, tem o fim de reestabelecer a relação da sociedade com o Estado e trazer para a administração pública técnicas utilizadas no setor privado, com os devidos ajustes, para conferir a essa produtividade e especialização.

Para a análise da reforma gerencial no Brasil, faz-se necessário, todavia, verificar os modelos de administração pública que a precederam e deram motivos para sua implantação. Inicialmente, a pesquisa destaca a qualificação patrimonialista da administração pública brasileira que, apesar de datar de épocas remotas, permaneceu nas entrelinhas do dia a dia do serviço público. Dentre as suas características o estudo destaca a impermeabilidade entre o patrimônio público e o patrimônio do governante, predominância de práticas paternalistas e patriarcalistas, poder passado de forma hereditária, cargos públicos concedidos por critérios de

favoritismo e remunerados com prebendas.

No tópico em questão, dispõe-se posteriormente sobre a administração burocrática, embasada na teoria de Weber (1929), que teve o intuito de substituir a administração patrimonial por meio do afastamento de práticas nepotistas e instaurar rígidos controles a priori de procedimentos. A administração pública burocrática teve como intuito combater a corrupção vivenciada sob a égide do patrimonialismo. A principal característica da burocracia relacionou-se com a efetividade no controle de abusos. Para tanto, teve suas ações baseadas na lei, promoveu a divisão e a hierarquização dos trabalhos dos servidores públicos, implementou regras e regulamentos e passou a privilegiar o profissionalismo.

A gestão racional, por sua vez, não foi capaz de atender às necessidades do Estado em razão das práticas sociais promovidas. Nessa ótica, a pesquisa apresenta as disfunções da burocracia: excesso de formalismo, resistência às mudanças sociais, despersonalização do relacionamento entre o servidor e o cidadão e a conformidade às rotinas e procedimentos. Com a expansão do Estado brasileiro intervencionista e caótico no que dizia respeito à administração pública, o estudo apresenta as primeiras necessidades de se implementar uma administração pública gerencial, fundamentada nos preceitos ingleses.

A pesquisa aponta a primeira menção legislativa de reforma gerencial o Decreto Lei n. 200/67, cujo objetivo principal foi criar entidades administrativas capazes de descentralizar a prestação de serviços públicos. Perpassando por diversos programas governamentais e alterações institucionais, o estudo destaca a Emenda Constitucional n. 19 de 1998 como o marco legislativo da reforma gerencial brasileira. A partir dos estudos do ministro da reforma, Luiz Carlos Bresser Pereira, o tópico apontará não apenas as características dessa nova forma de se administrar a máquina pública, mas também, e principalmente, os desafios que ainda precisam ser enfrentados para sua concretização.

### 1.3.1 Da Administração Pública Patrimonialista à Administração Gerencial

A característica patrimonialista da administração pública brasileira remete o estudo aos primórdios da colonização. Com a vinda do império português para o Brasil, esse trouxe consigo fortes práticas mercantis, liberais e monárquicas, que permitiram a permanência da dinastia e a sobreposição do poder político

português sobre a ainda fraca sociedade local. O Estado brasileiro nasce patrimonialista e permanece dessa forma mesmo após o advento do capitalismo.

O modo de movimentar a máquina pública, nesse período, se assemelha àquele praticado durante o período dos Estados absolutos. Entre o patrimônio do monarca e do Estado havia uma linha tênue, que em muitas ocasiões era até mesmo rompida, de modo a permitir que aquele se apropriasse do que era público. As condutas governamentais eram destinadas ao atendimento do interesse do governante, bem como daqueles que se situavam ao seu entrono, demonstrando claramente práticas de corrupção e nepotismo (CAMPELO, 2010, p. 299).

A seleção dos servidores públicos se baseava em suas características pessoais e não profissionais. Esses não eram dotados de experiência nas atividades que desempenhavam e nem possuíam conhecimento técnico ou especializado. A escolha, realizada por livre decisão do monarca, não atendia qualquer critério de interesse público (HELAL, 2009, p. 26). Tais características permaneceram até mesmo com a instauração da República no país (1889), que adveio, no final do século XIX, do golpe militar promovido por Marechal Manuel Deodoro da Fonseca (1827-1892) em face da monarquia de Dom Pedro II (1825-1891). Nasce o Estado liberal no Brasil, com demarcação de poderes, descentralização das atividades para estados e municípios e possibilidade do povo eleger seus próprios representantes. Apesar disso, o caráter eminentemente patrimonial continuou a existir em meio à administração pública, tendo em vista a permanência da proteção estatal em relação aos grandes latifundiários.

O período, denominado pelos historiadores de República Velha (1889-1930), transferiu o centro do poder estatal para São Paulo, mas não alterou significativamente suas estruturas socioeconômicas. Não obstante em outros Estados já haver iniciado algumas práticas racionais, voltadas para a administração burocrática, mantiveram-se no Brasil as características administrativas oligárquicas, com práticas de clientelismo e sob o fundamento de uma economia eminentemente agrícola exportadora (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 222).

A passagem da administração patrimonial para a burocrática se deu porque a primeira mostrou-se incompatível com o capitalismo industrial e com os regimes políticos liberais que surgiram no século XX. As atividades empresariais só se mantêm em Estados que garantem a legalidade e o direito à propriedade e aos contratos. Os “empresários só investem se puderem contar com mercados

regulamentados e um ambiente político previsível, de forma a que seus lucros dependem principalmente das vantagens competitivas que obtiverem” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 206-207).

O fim o período da República Velha se deu com o golpe de Estado realizado pelo advogado e político Getúlio Dornelles Vargas (1882-1954), consolidado, posteriormente, pela Constituição de 1934. O documento político, que tinha o propósito de afastar as oligarquias dominantes, instituiu o voto secreto e universal, abrindo espaço para que o povo iniciasse a sua participação na esfera pública.

Nesse momento, o país vivenciou a primeira reforma administrativa reconhecida pela doutrina. O governo de Vargas propunha substituir o modelo de importações para promover a industrialização do país. O ideário Estatal de participar diretamente das indústrias produtoras de matérias primas - indústrias de base -, como siderurgia, metalurgia e petroquímica, visava promover o desenvolvimento nacional e a modernização do país (AZEVEDO, 1999, p. 115).

Segundo Bresser-Pereira (2009, p. 205-206) a reforma em apreço, denominada burocrática, teve como principais objetivos “transformar os burocratas profissionais em administradores públicos” e “combater o patrimonialismo, o clientelismo, a troca de favores”. A característica, até então, patrimonialista da administração pública era incompatível com o modelo de mercado capitalista e com os novos mecanismos democráticos que estavam surgindo. No que se refere à mudança da máquina, é certo que essa ainda não estava associada a uma teoria administrativa e nem contava com planos de ação institucionalmente consolidados. Apesar disso, as novas perspectivas de inserção de metas para órgãos públicos e responsabilização de servidores já despontavam em meio à burocracia estatal.

A maioria das mudanças observadas se associaram à reorganização da estrutura de órgãos estatais e à intenção de melhora nos serviços de caráter social. Segundo Wahrlich (1984, p. 49) “dois novos ministérios foram criados nessa época: um para Trabalho, Indústria e Comércio, outro para Educação e Saúde Pública. O Ministério da Agricultura foi reestruturado, assim como outros departamentos de natureza substantiva”. Apesar disso, apenas em 1936 os primeiros planos administrativos, baseados nas teorias de William Franklin Willoughby (1867 – 1960), Jules Henri Fayol (1841 - 1925), Luther Halsey Gulick (1892 – 1993) e Frederick Taylor (1856 - 1915), começaram a ser desenvolvidos.

O primeiro plano (1936) introduziu o sistema de promoção por mérito para os cargos públicos e fundamentou a criação, em 1938, do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) (WAHRLICH, 1984, p. 49). O órgão, criado pelo Decreto-lei n. 579/38 e desenvolvido para auxiliar na execução do plano de méritos, forneceu elementos para a promoção da eficiência no serviço público e para melhoria do controle do Estado sobre seus servidores.

Conforme se observa no artigo 2º do Decreto-lei mencionado, o DASP pretendia, por meio da eficiência e economicidade, reorganizar o serviço público, no que se referia à estrutura e orçamento, para promover melhores relações de trabalho para os servidores e melhores atendimentos ao público<sup>7</sup>. Já nessa fase pioneira, a reforma propunha promover a eficiência para a máquina estatal e atender ao cidadão-consumidor com mais qualidade e presteza.

O primeiro plano de reforma desenvolveu-se até 1945, mas com o ingresso dos governos de José Linhares (1945-1946) e Eurico Gaspar Dutra (1946-1951) os avanços na seara reformista não receberam o devido respaldo. Ainda assim, diversos resultados foram assinalados, como a “melhoria da qualidade dos funcionários públicos”, que passaram a ser avaliados por seu superior imediato e terem suas promoções fundamentadas em mérito (WAHRLICH, 1984, p. 50).

Wahrlich (1984, p. 51) ressalta que as preliminares da reforma auxiliaram ainda no despertar do “interesse pelo estudo das ciências administrativas, até então consideradas no Brasil como setor de conhecimento contido no direito administrativo”. Houve uma propulsão do estudo interdisciplinar referente à máquina pública. A partir de então, a economia, ciências contábeis, administração, direito e outras ciências sociológicas voltaram seus olhares para o melhor desenvolvimento administrativo do Estado.

Após o retorno de Getúlio Vargas à presidência, em 1951, foram realizadas diversas tentativas para resgatar o fito reformista inicial e avançar nos planos anteriormente instaurados. Conquanto, o período de 1951 a 1963 teve-se essencialmente ao desenvolvimento de estudos referentes à reorganização e descentralização das atividades do Estado (WAHRLICH, 1984, p. 51). Em 1956, por

---

<sup>7</sup> Decreto-lei n. 579 de 30 de julho de 1938. Artigo 2º Compete ao D. A. S. P.: a) o estado pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamentos, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público.

exemplo, o presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira (1902-1976), por meio do Decreto n. 39.855/56, criou a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA), cujo objetivo, dentre outros, era de reexaminar os projetos de reforma administrativa, coletar dados e informações que pudessem auxiliar na identificação de problemas de cunho estrutural dos órgãos e propor medidas para o afastamento de práticas obsoletas da administração federal<sup>8</sup>.

Em 1963, no governo de Paschoal Ranieri Mazzilli (1910-1975), importantes projetos que dariam substrato para a publicação do Decreto-lei n. 200/67 foram lançados. Esses objetivavam reorganizar as atividades do governo, principalmente na seara administrativa do Distrito Federal, expandir o modelo de promoção por mérito e metodizar o uso de materiais no serviço público (WAHRLICH, 1984, p. 51).

Nessa nova fase da reforma, um inédito desígnio serviu de fundamento: a eficiência administrativa. O início da ruptura do modelo burocrático foi verificado com a instauração do regime militar brasileiro em 1964, que “ampliou e possibilitou maior eficiência da chamada Administração Indireta (Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e de Economia Mista)” (AZEVEDO, 1999, p. 115). A reforma burocrática não alcançou o sucesso pretendido porque, dentre outros aspectos, buscou mais mudanças normativas e institucionais do que a implantação de mecanismos que garantissem a mudança nos organogramas da máquina pública. Ademais, o problema da governança continuava presente. Em virtude da ausência de uma direção política legitimamente eleita, não foi possível conseguir o apoio da população para as transformações pretendidas pelo Estado e no Estado (FERREIRA, 1999, p. 55).

A decadência do modelo burocrático fez surgir, durante o regime militar, a segunda reforma da administração pública chamada de desenvolvimentista. Essa visou essencialmente promover o desenvolvimento econômico do país

---

<sup>8</sup> Decreto n. 39.855 de 24 de agosto de 1956. Artigo 2º A CEPA terá as seguintes atribuições: a) coletar dados, informações e promover a realização de análises especiais destinadas a identificar os problemas de urgência no que tange à melhoria da estrutura e funcionamento dos órgãos integrantes do Poder Executivo Federal; b) estudar e propôr medidas imediatas que assegurem melhor coordenação das atividades administrativas e um controle efetivo das diretrizes fixadas pelo Presidente da República; c) sugerir medidas para a eliminação de práticas obsoletas e antieconômicas nos vários setores da administração federal; d) reexaminar os projetos de reforma administrativa, a fim de habilitar o Presidente da República a prestar mais eficientemente qualquer colaboração que a este propósito lhe seja solicitada pelo Congresso Nacional; e e) manter o Presidente da República a par do progresso de seus trabalhos e apresentar relatório final sobre os mesmos.

resolvendo os problemas relacionados à industrialização interna, que contava apenas com a atuação direta do Estado. Seu marco legal foi a publicação do Decreto-lei n. 200/67, que abordou a criação da administração pública indireta e destacou as possibilidades da descentralização administrativa (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 248-249).

A partir de 1979, novas prioridades ganharam espaço nos programas de reforma do Estado: “a) aumentar a eficiência, a eficácia e a sensibilidade da administração pública; b) fortalecer o sistema de livre empresa” (WAHRLICH, 1984, p. 53). Tais tendências são encontradas, por exemplo, na publicação do Decreto n. 83.740/79, que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, que tinha como intuito melhorar o atendimento dos usuários de serviços públicos, reduzir a interferência do Governo no mercado, fortalecendo a livre iniciativa, substituir o controle prévio pelo acompanhamento dos programas realizados pelos órgãos de Estado e intensificar a aplicação das diretrizes do Decreto lei n. 200/67, que trouxe os princípios da descentralização administrativa<sup>9</sup>. Wahrlich (1984, p. 53) menciona as novas perspectivas do Programa de Desburocratização e ressalta a sua importância para o cidadão:

O programa de desburocratização difere de programas anteriores de reforma administrativa devido a sua forte orientação para o usuário do serviço público. Nesse sentido, carrega um impulso social e político que não existiu no passado, além de reclamar, da burocracia, uma mudança de comportamento.

Posteriormente, em 1981, foi publicado, por meio do Decreto n. 86.215/81, o plano de Desestatização, que tinha como objetivo transferir, transformar e desativar diversas empresas estatais que estavam sob controle e gerência do Governo Federal. Destaca-se a menção, constante no item c das disposições gerais, do “firme propósito do Governo de promover a privatização do controle de empresas estatais, nos casos em que a manutenção desse controle se tenha tornado desnecessária ou injustificável” (BRASIL, 1981).

Observa-se, já nesse período, a política de Estado firmada em diminuir o seu tamanho no que se refere à prestação de determinados serviços por execução própria. Sendo despropositada a atuação direta do Estado, caberia a ele

---

<sup>9</sup> É o que se observa nos incisos do artigo 3º do Decreto n. 83.740 de 18 de julho de 1979, já revogado.

despublicizar, entregando para outrem a prestação. Têm-se aqui os primeiros indícios do modelo básico, desenvolvido posteriormente em meio à reforma gerencial e que estipula os âmbitos de atuação prioritária do Estado.

A reforma desenvolvimentista logo foi desconstituída, em virtude da retomada da democracia e da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Apenas em 1995, com a publicação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a reforma administrativa gerencial foi efetivamente lançada no Brasil, com o objetivo de conferir mais eficiência para a máquina administrativa e garantir a responsabilização de servidores públicos. Para tanto, previa-se a criação de institutos que beneficiassem funcionários produtivos e impusessem multas aqueles que dessa forma não agissem.

Apesar das políticas de descentralização da prestação de determinados serviços para estados e municípios, delegação de poderes para órgãos regionais e políticas pontuais de privatização (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 251), não se propunha a redução do Estado. A reforma gerencial não apontou para a construção de um Estado mínimo, mas sim para a reorganização da forma de gestão da máquina pública e da intervenção do Estado sob o domínio econômico. Para tanto,

(...) reduziu-se o escopo de atuação direta do Estado, por meio de privatizações, concessões ou parcerias. Isso não significou a criação de um Estado mínimo, mas sim a redefinição do papel do Estado, reforçando suas funções indutoras e regulatórias, em detrimento do seu aspecto executor (ABRUCIO, 1999, p. 163).

Ao mesmo tempo que o Estado inicia a abertura empresarial de determinadas atividades de cunho não essencial para o mercado, ele amplia o seu poder regulador. Tal ação é possível ser constatada com a criação, nesse período, de duas importantes agências reguladoras: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em 1996, e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em 1997 (AZEVEDO, 1999, p. 116).

Para essa reestruturação e como pressuposto para o exercício da administração gerencial, definiu-se quais seriam os âmbitos de atuação em que a presença do Estado seria necessária e imprescindível, denominando-a de “núcleo estratégico” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 285). À parte, precisou-se os serviços que envolveriam a prestação de serviços sociais básicos e que, em virtude da sua

relevância, não poderiam ser, em todo, privatizados. Esses foram designados para as organizações sociais, por meio do processo da publicização. Por fim, atividades que poderiam ser prestadas de maneira mais eficaz pela iniciativa privada e que não envolvessem os segmentos mencionados, foram para essa conferida (PACHECO, 1999, p. 232-233).

A reforma criou ainda mecanismos de controle orçamentário e de garantia da eficiência na prestação de serviços públicos. Isso não representou, necessariamente, em todos os âmbitos, diminuições nos gastos governamentais, mas sim afeiçãoamento das técnicas de ponderação e proporcionalidade no uso e dispêndio de recursos públicos (ABRUCIO, 1999, p. 163).

O novo modelo administrativo apresentou também uma importante dimensão política, vez que aperfeiçoou instituições de atuação popular e incorporou novas práticas democráticas, atuando na universalização do exercício da cidadania. A par das características da reforma administrativa gerencial brasileira, que foram gradativamente introduzidas no âmbito público, cumpre mencionar que o gerencialismo brasileiro possuiu como marco legal a Emenda Constitucional n. 19/98, que teve objetivos de incluir o princípio da eficiência entre os princípios da administração pública, criar a figura do contrato de gestão e ampliar e alterar competências administrativas e legislativas da União. Teve ainda o fim de reestruturar o sistema de cargos públicos, fixando um teto salarial para os cargos, empregos e funções públicas e prevendo a possibilidade de perda da estabilidade por avaliação de desempenho (MORAES, 1999, p. 16-37).

A emenda constitucional constituiu uma parte importante da reforma da gestão pública porque, além de criar as condições jurídicas e estabelecer alguns princípios básicos para a reforma, estimulou um debate nacional que acabou por modificar as concepções burocráticas brasileiras sobre a administração pública (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 149).

Dentre as expressivas mudanças constitucionais obtidas com a Emenda Constitucional n. 19 de 1998, destaca-se a introdução da possibilidade de perda do cargo público por insuficiência de desempenho (artigo 41, §1º, III, CF) e por excesso de quadro (artigo 169, §4º, CF). Na primeira hipótese, após o procedimento de avaliação periódica de desempenho, caso seja constatado que o servidor não está desempenhando com presteza e eficiência suas funções, é possível,

assegurada ampla defesa, a perda do cargo. Ainda, cumpre salientar que a Emenda previu o teto de remuneração para o setor público e a ampliação da “autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta mediante contrato, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho” (AZEVEDO, 1999, p. 129).

Conforme se observa no artigo 37, §3º da Constituição Federal de 1988, a Emenda n. 19 de 1998 ainda constitucionalizou a necessidade da criação de lei ordinária para disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta. Caracteristicamente democrática, ainda que positivando uma norma de eficácia limitada, trouxe dispositivo que impõe ao legislador o dever de regulamentar a atuação do cidadão na esfera pública.

Além das mudanças mencionadas, certamente a eficiência administrativa foi um dos principais propósitos da reforma do aparelho do Estado. A administração, até então burocrática, não permitia que simples processos fluíssem com celeridade e atendessem rapidamente às necessidades coletivas. O poder-dever de administrar não poderia continuar sendo exercido apenas em vistas de se alcançar os resultados jurídicos antevistos pela lei para os atos administrativos. Havia a necessidade de que esses fossem praticados com excelência e com o objetivo de atender da melhor forma possível o cidadão.

Por tais razões, com a aprovação da Emenda Constitucional n. 19 de 1998 houve a introdução do princípio da eficiência no caput do artigo 37 da Carta Magna. É certo que a administração pública já deveria, mesmo antes da Emenda Constitucional, atuar com eficiência (MORAES, 1999, p. 27), mas a partir de então seu comportamento lento, omissivo e negligente passou a se configurar abuso das obrigações constitucionalmente estabelecidas.

O norte da eficiência administrativa foi encontrado na iniciativa privada e nos seus processos eficazes para o alcance de resultados. Apesar disso, “o contexto em que se insere a administração pública não se confunde com a administração privada donde tirou seu conceito, pois as demandas e objetivos são diversos” (BACELLAR, 2009, p. 20). Por essa razão, o princípio da eficiência, apesar de ter sido importado por meio da reforma gerencial, foi empregado em métodos subordinados ao regime jurídico público, que garantiram a fiscalização popular e a responsabilização daqueles que desse modo não agissem.

É possível dizer que o princípio da eficiência aplicado à esfera

pública compreende a existência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação inidônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei, por ato ou contrato de direito público (MODESTO, 2000, p. 114). O administrador público precisa produzir não apenas o efeito previsto em lei, mas também o desejado e esperado pela sociedade. Deve garantir bons resultados por meio de uma atuação transparente, ética, imparcial, que atende indiscriminadamente à coletividade e que estimula a participação do povo na esfera pública. “Assim, o princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum” (MORAES, 1999, p. 30).

A reforma administrativa gerencial já promoveu diversos avanços na esfera de atuação pública, mas não é possível afastar que diversos desafios ainda precisam ser enfrentados para que essa consolide-se em todo o território nacional como a forma de gerir a máquina pública.

### 1.3.2 Administração Pública Gerencial e seus Desafios

A reforma administrativa gerencial já tem promovido, desde os seus momentos precedentes, mudanças significativas na gestão da máquina pública. Apesar disso, ainda se constituem como desafios: criar mecanismos que efetivem o controle social e promovam a democracia, internalizar na administração pública, com os devidos ajustes, técnicas privadas de gerencia administrativa, melhor empregar a publicização e privatização, ampliar a atuação do Estado em prol do atendimento das necessidades públicas, conferir novas perspectivas ao conceito de eficiência pública, dar maior atenção à efetividade da atuação Estatal, conjugar governabilidade e governança e implantar amplamente mecanismos mais céleres de resolução de conflitos no âmbito da administração pública e dos contratos administrativos.

Com relação ao controle social, Albuquerque (1995, p. 147) afirma que o princípio basilar da reforma administrativa do Estado é a "sociedade politicamente organizada", vez que essa compreende a sua própria essência. Nesse viés, ainda cabe ao Estado brasileiro, por meio da continuidade da reforma administrativa, criar mecanismos que fomentem uma participação social e política

efetiva da população nos rumos do Estado. Com essa vivência social é possível assegurar a permanente aderência dos interesses coletivos em políticas públicas por meio do controle social.

Ainda se constitui em desafio da reforma administrativa nesse âmbito garantir a real representatividade social por meio de um legítimo processo político eleitoral, desenvolver mecanismos de influência nas decisões da administração e aperfeiçoar os meios de controle dos negócios públicos. O Estado, como parte da nação e por ela constituído, deve ter suas ações voltadas para o atendimento dos interesses dessa, ainda que em algumas situações precise subordinar interesses particulares.

O fomento da participação popular se relaciona intimamente com a criação de mecanismos que promovam a democracia. Nesse sentido, constituiu-se como desafio da reforma ampliar a participação do cidadão-cliente na avaliação e na co-gestão de serviços públicos. Faz-se imprescindível não apenas criar, mas também consolidar instituições que garantam a atuação do povo na esfera pública e um favorável cenário de governabilidade (ABRUCIO, 1999, p. 164-165).

Esse processo de construção democrática é parte fundamental da reforma do Estado brasileiro, seja porque é preciso tornar mais transparente a administração pública e aumentar a participação e o controle da sociedade sobre o Poder Público, seja em razão da necessidade de realizar as reformas por meio das instituições políticas representativas, e portanto é preciso aperfeiçoar o funcionamento do sistema político (ABRUCIO, 1999, p. 164).

Com relação aos desafios democráticos ainda é preciso atuar na ampliação da transparência das ações do Estado, para que esse efetivamente confira amplo “acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo”, deixando de ser apenas uma diretriz constitucional (artigo 37, §3º, II, CF). Tal conduta repercutirá positivamente na *accountability* governamental (PACHECO, 1999, p. 223), vez que o cidadão passará a influir nas decisões estatais, por meio de mecanismos promovidos pela própria reforma. As previsões legislativas de consultas e audiências públicas necessitam ser aplicadas no dia a dia das entidades governamentais.

Com relação a internalização na administração pública, com os devidos ajustes, de mecanismos privados de gerencia administrativa, faz-se ainda necessário convergir alguns pontos da atuação da esfera pública e da esfera

privada. Como paradigma da nova gestão, o modelo de administração precisa ainda trazer da iniciativa privada mecanismos que tragam maior eficiência para o mover da máquina pública e efetivamente implementá-los. A isso se chama paradigma empresarial de governo. Não significa abandonar mandamentos constitucionais e legais que dispõem sobre a organização do Estado e prestação dos serviços públicos, mas sim implantar uma atuação voltada a servir os clientes do Estado, que se compreendem, em última instância, no povo, que deve avaliar o desempenho administrativo como contribuintes-consumidores (PACHECO, 1999, p. 105).

A internalização de condutas verificadas na iniciativa privada indica uma “gestão pública flexibilizada, tornando-se mais ágil, descentralizada, eficiente e aberta às parcerias com a sociedade” (ABRUCIO, 1999, p. 164). Como em grandes agentes econômicos encontrados no mercado, é imprescindível estabelecer como método para se alcançar produtividade e qualidade a concessão de autonomia de gestão para servidores e suas conseqüentes responsabilizações (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 253).

Os controles procedimentais baseados em normas estáticas devem ser substituídos pelos controles de resultados a posteriori (ABRUCIO, 1999, p. 164). Faz-se necessário mudar o objeto do controle: ao invés de se destinar apenas aos processos, deve incidir sobre os resultados. Isso não significa deixar de considerar a legalidade como elemento essencial do ato administrativo, mas sim de reconhecer que essa não é suficiente, se vista de modo único, para assegurar a legitimidade da ação pública (PACHECO, 1999, p. 234).

Com relação à publicização e privatização, o Estado, cuja proposta administrativa é a gerencial, ainda necessita incorporar os princípios da administração privada para melhor promover a transferência de atividades para aqueles que podem contribuir para o seu desempenho. A eficiência, subdividida em eficácia e efetividade, associada à equidade e subsidiariedade compõem os princípios norteadores da atuação administrativa privada que devem transformar a atuação administrativa pública. Estes dão fundamento à transferência de determinadas atividades, antes prestadas unicamente pelo Estado, ao particular, após uma minuciosa observância daqueles que se colocam como mais aptos à utilização dos recursos sociais.

A iniciativa privada, em virtude da sua característica essencial de competitividade, possui em algumas áreas mais e melhores mecanismos de

execução de serviços, o que faz com que o atendimento ao cidadão seja mais eficiente. Por essa razão, a reforma aponta para a necessidade de que "o Estado como um todo deve conceder à esfera privada o que puder ser, nesse entendimento, por ela mais bem executado" (ALBUQUERQUE, 1995, p. 151).

No cenário de transferências de atividades, ainda se constituiu desafio solidificar o entendimento de que a reforma não representa uma diminuição do poderio do Estado, vez que este continua a "exercer seu papel regulamentador, regulador e fiscalizador da prestação desses serviços, segundo parâmetros estabelecidos normativa, convenial ou contratualmente". Ao contrário disso, a nova gestão pública deve permanecer com sua atuação subordinada aos princípios da "legalidade, impessoalidade e publicidade, assegurados pelo controle sócio-político sobre ele exercido" (ALBUQUERQUE, 1995, p. 151). A descentralização de políticas públicas se volta à prestação eficiente de serviços sociais e garante a manutenção do viés de Estado Social (ALBUQUERQUE, 1995, p. 165).

Também se constitui desafio da reforma gerencial ampliar a atuação do Estado em prol do atendimento das necessidades públicas. Trata-se de se atentar à "prestação de serviços cuja eficiência e qualidade devem ser aferidas pelo grau de satisfação manifestado pelos contribuintes-consumidores" (ALBUQUERQUE, 1995, p. 134). Ainda que não prestados diretamente, o Estado tem o desafio de consolidar o seu papel de promotor, incentivador e garantidor de serviços sociais (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 253). Por intermédio da descentralização administrativa, cumpre garantir que os serviços básicos sejam prestados com especialização e atendendo às necessidades regionais.

Segundo o Albuquerque (1995, p. 164-165), as iniciativas estatais relacionadas à nova administração devem pautar-se, primeiramente, na melhoria da prestação de serviços sociais, com destaque para a saúde e a educação. Para tanto, faz-se necessário descentralizar a prestação de serviços, garantindo que os entes da administração direta mais próximos da população, a exemplo de Municípios, e pessoas jurídicas da Administração indireta, autarquias, realizem tais atividades. Isso porque "existe razoável consenso de que a eficiência na prestação de serviços sociais públicos pode ser mais facilmente obtida quando eles são executados por organismos que se situam mais próximos de seus usuários" (ALBUQUERQUE, 1995, p. 167).

Se constitui também desafio para a reforma administrativa gerencial

a mudança da perspectiva de eficiência pública. Segundo Metcalfe e Richards (1989, p. 61-62), autores de " La modernización de la gestión pública", existem dois tipos de eficiência que são buscados nas modernas administrações públicas: a eficiência operacional e a eficiência adaptativa. A primeira se baseia na consciência do custo das operações existentes, ou seja, os governos que a aprendem como eixo de atuação estabelecem uma rígida especificação de objetivos e controles. Com isso efetivamente se alcança uma maior especialização, mas também se gera um enrijecimento dos procedimentos. A eficiência adaptativa, por sua vez, tem cerne a flexibilidade, justamente em razão das mudanças derivadas da globalização e das evoluções tecnológicas (METCALFE; RICHARDS, 1989, p. 61-62).

A eficiência adaptativa baseia-se na formulação de objetivos e rápido ajuste para atender às transformações internas e externas. Os Estados que a internalizam precisam desenvolver estruturas permanentes, que atendem à demanda interna, mas também aceitar a criação de estruturas temporárias, que venham a suprir necessidades provisórias. Além disso, a eficiência adaptativa se sustenta no fluxo contínuo de informações à população, vez que essa deve contar com governos transparentes em suas contas e ações (METCALFE; RICHARDS, 1989, p. 61-62).

Os Estados que adotaram o modelo de administração pública gerencial ainda têm como um dos seus desafios acoplar em suas gestões a eficiência adaptativa, vez que essa, em razão da flexibilidade, tende a responder melhor às demandas internas e externas que tanto se modificam. Não se trata de afastar a eficiência operacional, mas sim de não permitir que essa seja um fim em si mesma.

O enfoque na efetividade da atuação estatal representa outro desafio para o gerencialismo moderno. Analisar a atividade governamental apenas sob o ângulo da eficiência pura gera um problema social, vez que o atendimento às necessidades sociais não pode ser averiguado unicamente sob uma ótica econômica de receitas e despesas. A efetividade é compreendida como o grau em que se atinge o resultado esperado a partir dos objetivos traçados, ou seja, uma perspectiva de avaliação qualitativa dos serviços públicos. Recuperar o conceito de efetividade significa considerar que o Estado precisa prestar serviços que atendam ao interesse e à necessidade pública (ABRUCIO, 1997, p. 18).

Para que isso ocorra, necessário se faz implementar uma

administração pública gerencial baseada no valor *accountability*, ou seja, transparências nas ações públicas, administração com ética, participação social nas diversas esferas governamentais e gerência com equidade e justiça (ABRUCIO, 1997, p. 26). É primordial que a gestão pública dialogue com a sociedade civil para alcançar soluções para os problemas nacionais, vez que essa se encontra diariamente envolvida nos dissabores de um serviço público ainda precário.

Verifica-se ainda a indispensabilidade de que seja implementada uma atuação governamental baseada na conjunção de governabilidade e governança. A primeira corresponde às condições para o exercício do poder, ou seja, o sistema político, econômico e a forma de governo reconhecidos pelo Estado<sup>10</sup>. A segunda, por sua vez, se refere às capacidades financeiras e administrativas do Estado. É preciso reorganização administrativa para que hajam recursos suficientes afim de assegurar a continuidade de políticas públicas bem como introduzir novas. Ainda, quadros de funcionários públicos comprometidos com uma gestão eficaz e conscientes de suas responsabilidades (RUA, 1997, p. 134-135). A governança é, em última análise, a organização pública para melhor atender à sociedade. A união entre governabilidade e governança trata-se de um dos desafios para os Estados modernos gerenciais, dentre eles o Brasil.

Por fim, menciona-se ainda desafio para o gerencialismo moderno a ampla implantação de mecanismos mais céleres de resolução de conflitos no âmbito da administração pública e dos contratos administrativos. Por meio desses é possível se alcançar eficiência e efetividade em negócios públicos, justamente em razão das suas características essenciais, dentre elas a celeridade. A reforma administrativa gerencial, iniciada na década de 90, trouxe para o âmbito público utensílios de gerenciamento privado e abriu portas para que formas extrajudiciais de solução de conflitos fossem inseridas no âmbito público. Apesar disso, cumpre ampliar a utilização desses aparatos para garantir resultados satisfatórios no que diz respeito à resolução de contendas envolvendo a administração pública.

No que se refere aos desafios que a reforma administrativa gerencial ainda precisa vencer, a pesquisa fez a escolha da necessidade de implantação, no

---

<sup>10</sup> De acordo com Faria (2002, p. 121), governabilidade se relaciona com qualidade da gestão governamental, considerando-se, entre outros fatores, (a) a coerência das decisões através do tempo, (b) a eficácia de suas políticas públicas, encarada na perspectiva da consecução de resultados em conformidade com objetivos previamente definidos, e (c) a efetividade de suas medidas, em termos de sua aceitação social, que pode ir da simples aquiescência e reação passiva dos destinatários até o apoio ativo e organizado.

âmbito público, de mecanismos de solução extrajudicial de conflitos. O objeto se justifica pela necessidade de resoluções mais céleres e eficazes de litígios derivados do cumprimento de contratos administrativos. Nesse sentido, a pesquisa passa para a análise dos mecanismos de solução extrajudicial de conflitos utilizados no âmbito da administração pública, com destaque para a atuação das autarquias especiais, implementados no momento da reforma gerencial. Pretende-se averiguar a natureza jurídica desses mecanismos e a possibilidade de utilização por parte Estado. Ainda, a compatibilidade tanto da atuação das autarquias na solução administrativa de demandas quanto a utilização da arbitragem em contratos administrativos com as perspectivas gerenciais.

## **2 AUTARQUIAS ESPECIAIS NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL**

A reforma administrativa gerencial brasileira abriu espaço para discussões a respeito das formas de gerir a máquina pública e para a necessidade de se dividir com pessoas jurídicas de direito privado as atividades prestadas até então apenas pelo Estado. Nesse contexto, a pesquisa apresenta neste item o estudo desenvolvido por Luiz Carlos Bresser-Pereira, ministro da reforma administrativa do Estado, sistematizado no modelo básico de reforma da gestão pública. Nesse, o autor propõe uma nova estratégia para gerir a máquina pública por meio na análise das formas de propriedade, formas de administração e atividades prestadas pelo Estado.

Apresenta com destaque as autarquias especiais que atuam diante da prestação de serviços públicos e a sua importante função de repartir com o Estado a prestação de atividades exclusivas. Sobre o tema, a pesquisa expõe o regime jurídico especial a que elas se submetem em comparação com o regime jurídico das autarquias comuns. A diferença entre ambos será exposta no primeiro tópico desse capítulo, em razão de o regime jurídico especial conferir maior autonomia e independência para as entidades de destaque na pesquisa.

Posteriormente serão abordadas as principais competências dessas autarquias especiais de serviços públicos: regulatória, de fiscalização e de resolução extrajudicial de litígios, vez que essas se constituem em relevantes características em vistas da busca pelo interesse público. Por fim, argumenta-se que a competência de solução extrajudicial de litígios conferida às autarquias especiais não se confunde nem conflita com a possibilidade de a Administração Pública se valer de outros mecanismos privados de solução de litígios, tais quais mediação, conciliação e arbitragem, para resolver lides derivadas de contratos administrativos.

### **2.1. AUTARQUIAS ESPECIAIS E O MODELO BÁSICO DE REFORMA DA GESTÃO PÚBLICA DE BRESSER-PEREIRA**

Implementar a administração pública gerencial no Estado brasileiro dependerá da atuação estratégica do Estado no que diz respeito às suas atribuições constitucionais. Nesse sentido, caberá a cada governo a escolha da maneira de

cumpri-las, ou seja, assumir para si todas as competências por meio da administração direta e indireta, transferir para a iniciativa privada por meio de concessões, permissões e delegações, deslocar para o âmbito da atuação da sociedade civil organizada ou até mesmo entregar para o mercado.

Luiz Carlos Bresser-Pereira (1934), cientista político, administrador de empresas e Ministro da Administração e Reforma do Estado (1995-1998), desenvolveu a teoria do modelo básico de reforma da gestão pública para organizar as formas de propriedade e tratar de sua administração. Ademais, teve como objetivo definir as atividades de exclusiva e conseqüentemente necessária atuação do Estado e aquelas que poderiam ser repassadas para terceiros (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 284-290). Para fins didáticos, sistematizou seus estudos conforme tabela exposta:

**Tabela 1 – O modelo básico de reforma da gestão pública<sup>11</sup>**

		Forma de propriedade			Forma de administração		Instituições
		Estatal	Pública não-estatal	Privada	Burocrática	Gerencial	
Atividades exclusivas do Estado	<b>NÚCLEO ESTRATÉGICO</b> Congresso, tribunais superiores, presidência, cúpula dos ministérios	○				○	Secretarias formuladoras de políticas públicas Contrato de gestão
	<b>AGÊNCIAS</b> Polícia, regulamentação, fiscalização, fomento da área social e científica, seguridade social	○				○	Agências executivas e reguladoras
	<b>SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS</b> Escolas, hospitais, centros de pesquisa, museus		○			○	Organizações sociais
	<b>PRODUÇÃO PARA O MERCADO</b> Empresas			○		○	Empresas privadas

**Fonte:** BRESSER - PEREIRA, 2009, p. 290.

<sup>11</sup> Vale mencionar que o modelo básico de reforma da gestão pública difere-se de uma proposta liberal pura a medida em que, nessa última, o mínimo de intervenção estatal e intromissão do Estado na economia deveria ser preservada. Na hipótese mencionada, os serviços não-exclusivos, indicados por Bresser-Pereira como aqueles que deveriam sofrer o processo de publicização, passando a execução da atividade para as Organizações Sociais, deveriam, em uma perspectiva liberal, sofrer também o processo de privatização, sendo direcionados totalmente para o mercado. Em vistas de um ideário neoliberal não caberia a manutenção do subsídio do Estado nesse segmento.

Na sistematização, o autor sugere que a redefinição dos papéis do Estado se relaciona com suas formas de propriedade e formas de administração, bem como com as atividades estatais exclusivas e não exclusivas. A pesquisa apresenta o modelo de reforma da gestão pública por meio dos estudos de Bresser-Pereira e dos critérios por ele apresentados com o fito de discutir o papel das autarquias especiais.

As formas de propriedade são organizadas didaticamente pelo autor em vistas do critério dos seus objetivos. Bresser-Pereira afasta o critério jurídico na sua análise por compreender que esse divide as organizações apenas quanto a natureza jurídica de direito privado ou de direito público. Sugere, de forma diferente, a distinção das formas de propriedade quanto a verificação da orientação dos interesses das organizações. Dessa modo, propõe a divisão em três tipos de propriedade: propriedade estatal, propriedade privada e propriedade pública não-estatal (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 281-282).

É considerada estatal quando o objetivo da organização é diretamente o interesse público. É considerada organização privada quando o fito é o atendimento das conveniências dos seus proprietários. A organização pública não-estatal, por sua vez, é aquela que busca promover o que é de interesse público, sem fazer parte do aparelho do Estado. Por não se constituir em patrimônio público, não se submete diretamente aos chefes do executivo e não possui funcionários reconhecidos como servidores públicos (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 282-283), mas no que se refere a objetivos elas são eminentemente públicas. O público não pode ser igualado ao estatal, vez que o interesse público e as atividades públicas se constituem em critérios mais genéricos do que o critério estatal. "A esfera pública é o espaço de todos para todos; o Estado é uma forma específica de espaço público – o espaço do aparelho do Estado" (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 283-284).

Além da forma de propriedade, o autor utiliza como critério para discussão do modelo básico a forma de administração pública. Menciona que a administração pode ser considerada burocrática ou gerencial. Será burocrática quando fundamentada em controles rígidos, realizados antes da prática dos atos administrativos e quando as atividades para atendimento da sociedade estiverem sob o exercício apenas do Estado. Será gerencial quando fundamentada em

controles posteriores, baseados em mérito e cumprimento de metas. Ainda, pode se considerar gerencial a administração que delega atividades e distribui funções.

O terceiro critério utilizado pelo autor é aquele que define as atividades estatais como exclusivas e não exclusivas. Para Bresser-Pereira (2009, p. 284), a definição de atividades estatais exclusivas se relaciona com a organização das atribuições Estado. O Estado é a única organização que tem poder fora da sua estrutura, ou seja, sobre os indivíduos em geral, constituindo-se na expressão da ação coletiva. Por essa razão, está entre as suas atividades exclusivas assegurar a ordem social, a igualdade e o desenvolvimento econômico e garantir bens públicos básicos como defesa das fronteiras e do meio ambiente (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 286).

As atividades exclusivas do Estado devem ser desenvolvidas dentro do seu núcleo estratégico, por meio das funções típicas do Legislativo, Executivo e Judiciário. Como instituição que possui o poder extroverso, cabe exclusivamente ao Estado, por meio de Legislativo, criar leis; por meio do Executivo, formular políticas econômicas, desenvolver políticas públicas, impor e arrecadar tributos; por meio do Judiciário garantir a aplicação da justiça. A atuação nas atividades exclusivas se dá em nível municipal, estadual e federal.

Em nível municipal o Legislativo se manifesta na atuação da Câmara de Vereadores e o Executivo pelas atividades do chefe do executivo, prefeito, e das secretarias. Em nível estadual o Legislativo se manifesta nas Assembleias Legislativas, o Executivo na atuação dos governadores e das secretarias e o Judiciário nos tribunais de justiça. Em nível federal o Legislativo se manifesta no Congresso Nacional, composto pela Câmara de Deputados e Senado Federal, o Executivo nas atividades do presidente da república e dos ministérios e o Judiciário por meio dos tribunais superiores. Todos esses órgãos atuam em atividades exclusivas do Estado e são o núcleo estratégico.

Por meio desses órgãos deve-se realizar a promoção dos objetivos fundamentais estabelecidos pela sociedade, ou seja, a manutenção da ordem social, da liberdade política e da igualdade e a promoção do desenvolvimento econômico (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 284). Tais premissas estão asseguradas nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos pelo legislador constituinte nos quatro primeiros artigos da Carta Magna.

As atividades exclusivas do Estado desenvolvidas no seu núcleo

estratégico são realizadas sob a égide do regime jurídico público. Isso porque tais atividades são realizadas em vistas do interesse público e utilizando a própria estrutura do Estado. Com relação à forma administrativa, ressalta-se que em razão dessas atividades se concentrarem na administração direta e centralizada do Estado, o autor destaca em sua sistematização que a forma de gerir mescla técnicas burocráticas e gerenciais. Não são abandonados, no núcleo estratégico do Estado, os controles procedimentais rígidos, mas inserem-se questões gerenciais como delegação de competências dentro do próprio órgão e promoção na carreira por critérios meritórios.

No modelo básico apresentado pelo autor, insere-se uma novidade no que se refere à atuação no núcleo de atividades exclusivas do Estado: a imprescindibilidade de que "a formulação de políticas esteja claramente distinta da execução" (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 287). A formulação de políticas deve ocorrer dentro do núcleo estratégico do Estado, seja em nível municipal, estadual ou federal. A execução dessas políticas, por sua vez, deve, segundo a teoria do modelo básico de reforma da gestão pública, ser delegada a uma pessoa jurídica vinculada ao Estado, mas que não componha o seu núcleo estratégico.

Na proposta do autor, atividades exclusivas estatais podem ter a sua prestação descentralizada para a administração indireta. Intervir, fomentar, fiscalizar e regular fatores como livre iniciativa, concorrência, formação de monopólios, liberdade contratual e de serviços não exige a presença direta do Estado. Nesse intuito, sugeriu que fossem criadas as autarquias especiais, entidades da administração indireta, nomeadas pelo autor como agências, capazes de executá-las com atenção aos princípios gerais da administração pública. Nota-se, dessa forma, que a atuação das autarquias especiais permanece dentro do âmbito das atividades exclusivas do Estado, mas fora do seu núcleo estratégico (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 286-287).

Além das atividades estatais exclusivas, existem ainda as atividades não-exclusivas, materializadas em dois seguimentos: na prestação de serviços sociais e científicos e na produção de bens e serviços. Para o autor, em sociedades democráticas não basta que o Estado forneça apenas bens públicos básicos e atue unicamente nas suas atividades exclusivas. Cabe a ele fornecer bens quase-públicos, ou seja, necessários ao desenvolvimento da sociedade, como educação, assistência à saúde, transporte e proteção do patrimônio cultural.

Para Bresser-Pereira (2009, p. 287), dentre os serviços sociais e científicos menciona-se a educação, assistência à saúde, centros de pesquisa, universidades, proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural. Em razão de relacionarem-se com direitos humanos fundamentais e essenciais, não podem ser deixados a cargo da iniciativa privada, vez que essa se orienta primordialmente pelo lucro. Esses serviços devem ser subvencionados pelo Estado e prestados à sociedade de modo gratuito ou sob contraprestação irrisória (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 286).

Defende o autor que, apesar do envolvimento financeiro e orçamentário do Estado, não cabe a esse prestar diretamente serviços sociais e científicos. A prestação pode ser repassada a terceiros, não necessitando de atuação direta do Estado. Esse é o processo denominado de publicização, em que, segundo Bresser-Pereira, com relação a esses serviços, a transferência deve ocorrer para as Organizações Sociais. Tais atividades enquadram-se no critério de forma de propriedade como propriedade pública não-estatal, em razão de serem realizadas atividades por uma pessoa jurídica privada, mas que tem como fim o atendimento ao interesse público. Com relação ao critério de forma de administração, faz-se necessário que os serviços sociais e científicos sejam geridos de acordo com princípios gerenciais: celeridade, atendimento com qualidade ao cidadão-consumidor e privilegiando a transferência da atividade do Estado para Organizações Sociais.

Com relação à produção de bens e serviços, menciona-se como exemplo atividades que são serviços auxiliares para o desenvolvimento das atividades fins do Estado, como limpeza e segurança, e ainda atividades que exigem elevada especialidade, como arquitetura e construção. Essas, dentro da sistematização do modelo básico de reforma da gestão pública, se enquadram no critério da forma de propriedade privada, vez que, segundo o autor, devem ser passadas para pessoas jurídicas de direito privado pelo processo de privatização. Ainda, inserem-se na forma de administração gerencial, vez que a privatização garante que elas sejam mais eficazmente prestadas (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 288).

A formulação do modelo básico de reforma da gestão pública por Bresser-Pereira contribui para este estudo à medida em que situa as autarquias especiais no contexto da reforma administrativa gerencial do Estado. Essas são

criadas para executar atividades exclusivas do Estado, em virtude da prestação mais eficiente, próxima do usuário e descentralizada. A relevância do instituto para a pesquisa evidenciou a necessidade de se abordar o regime jurídico aplicável a essas autarquias especiais, com destaque para as características que as diferem das autarquias comuns. Essa discussão será abordada no próximo tópico.

## 2.2 REGIME JURÍDICO DAS AUTARQUIAS ESPECIAIS

As autarquias especiais estão inseridas no gênero das autarquias. Conforme a norma do artigo 5º, inciso I, do Decreto Lei n. 200/67, a autarquia é considerada “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Em virtude das autarquias realizarem atividades típicas da Administração Pública, aplica-se a elas o regime jurídico público. Esse regime tradicional se difere do regime jurídico especial aplicável às autarquias especiais em diversos aspectos. As diferenças entre o regime jurídico público aplicável às autarquias comuns e o regime jurídico especial aplicável às autarquias especiais será analisado a seguir.

As autarquias comuns, pessoas jurídicas com atribuições administrativas e com personalidade jurídica de direito público, são titulares de competências e funções próprias do Estado. Por essa razão possuem todas as prerrogativas e sujeições dos demais entes da administração pública (DI PIETRO, 2017, p. 453). Cita-se, por exemplo, as disposições do artigo 37 da Carta Magna, que estabelecem, dentre outros itens, a necessária observância dos princípios da administração pública (artigo 37, *caput*, CF/88), a necessidade de realizar licitação para comprar ou contratar serviços (artigo 37, inciso XXI, CF/88) e a imprescindível submissão do teto remuneratório para os seus servidores (artigo 37, inciso XI, CF/88). Como pessoas de direito público, estão submetidas ao regime jurídico público, que indica especificações associadas às relações com a entidade federativa que a criou, às relações com terceiros e às relações internas.

No que se refere às relações com a entidade federativa que a criou, cumpre mencionar: aspectos quanto a sua criação, controle desenvolvido e escolha

de gestores. As autarquias comuns são criadas e extintas por lei. A exigência de que a criação ocorra apenas por lei foi estabelecida na norma do decreto mencionado (artigo 5º, I, Decreto-Lei n. 200/67) e na disposição do artigo 37, inciso XIX, CF/88. A premissa de ser pessoa jurídica de direito público indica que a autarquia é titular de direitos e obrigações, logo não está vinculada diretamente à entidade federativa que a criou. Os atos praticados são imputados à própria entidade e não à Administração direta (JUSTEN FILHO, 2016, p. 290).

O controle desenvolvido sob a autarquia comum é denominado de controle autárquico ou tutela. Esse se constitui na orientação e vigilância realizada pela Administração direta em face das atividades da autarquia comum. Não há uma hierarquia entre essa e a entidade que a criou, mas sim uma vinculação, que impõe um controle finalístico das atividades da autarquia com relação à legalidade e ao mérito apenas no que se refere a observância do cumprimento dos seus objetivos (MEIRELLES, 2016, p. 443). "O poder de tutela não significa a competência para revisar diretamente as ações e omissões praticadas no âmbito da autarquia [...]. Cabe à pessoa política o poder jurídico de verificar a regularidade da atividade desenvolvida no âmbito autárquico" (JUSTEN FILHO, 2016, p. 292).

A ausência de subordinação hierárquica indica que a autarquia não tem os seus atos aprovados pela Administração direta e que essa não pode modificá-los por mera oportunidade e conveniência. As decisões proferidas pela autarquia são definitivas: diante de um processo administrativo instaurado no seu âmbito são cabíveis recursos para as autoridades superiores, mas a última decisão é dada pelo seu dirigente, autoridade máxima dentro da autarquia. Apesar de ser cabível o controle jurisdicional dos atos e decisões praticados, não são admitidos recursos hierárquicos impróprios. Ou seja, não é possível que da decisão definitiva da autarquia seja interposto recursos para o poder Executivo a que essa é vinculada (ARAÚJO, 2002, p. 52).

Com relação à escolha dos gestores, os dirigentes da autarquias comuns são nomeados e exonerados livremente pelo chefe do poder executivo. Não há qualquer vinculação a requisitos prévios, exceto a vedação de práticas nepóticas aplicada de maneira geral à administração pública. Em regra também não há necessidade de aprovação da escolha pelo Legislativo, salvo previsão legal específica disposta na lei de criação da autarquia (JUSTEN FILHO, 2016, p. 292). Em razão da escolha livre, os mandatos normalmente coincidem com os mandatos

dos chefes do executivo.

No que se refere às suas relações com terceiros cumpre destacar os seguintes aspectos: atos e contratos, responsabilidade, prescrição das ações, bens e regime de tributação. Os atos praticados pelas autarquias comuns e contratos desenvolvidos são considerados administrativos, em razão dessas serem entes de direito público. A responsabilidade pelos atos dos seus servidores que causarem danos a terceiros, conforme artigo 37, §6º, CF/88, é objetiva e direta, ou seja, a autarquia comum responde independentemente de dolo ou culpa do seu servidor e com seu próprio patrimônio. O ente federativo que a criou também pode ser responsabilizado, mas apenas de forma subsidiária, quando não forem encontrados recursos suficientes na autarquia para pagamento da indenização devida.

Em relação à prescrição dos direitos oponíveis à autarquia comum, assim como as demais entidades da Administração Pública, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos do evento danoso, conforme norma do artigo 1º, do Decreto n. 20.910/32. Os bens das autarquias comuns são bens públicos, logo dotados das características de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Todo o conjunto de bens são considerados patrimônio próprio da autarquia, advindo de transferência inicial realizada por meio da lei instituidora. A destinação de bens ocorre para que a autarquia possa realizar os fins e objetivos estabelecidos na lei e no estatuto. Por fim, a título do regime de tributação, cumpre mencionar a imunidade tributária relativa aos impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, conforme norma do artigo 150, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal de 1988.

No que se refere às suas relações internas, cumpre mencionar: procedimentos financeiros, regime de servidores e atividades desenvolvidas. Com relação às finanças das autarquias comuns, a elas se aplica a Lei n. 4.320/64, que estabelece normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Além disso, aplicam-se as diretrizes de responsabilidade fiscal, estabelecidas na Lei n. 101/00 que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

O regime de servidores das autarquias comuns é o mesmo aplicável à Administração direta, ou seja, o regime jurídico estatutário. As autarquias comuns devem ainda desempenhar atividades específicas, pré-determinadas na lei

instituidora e minuciadas no estatuto próprio. A especialização é mandatória porque essas entidades compõem as formas de descentralização administrativa, ou seja, mecanismos criados pelo Estado para garantir maior eficiência e efetividade na prestação de determinados serviços públicos. A autarquia possui capacidade específica para a realização da sua atividade e por isso não tem liberdade para exercer qualquer outra para a qual não tenha sido instituída (DI PIETRO, 2017, p. 454).

O regime jurídico público, que confere às autarquias comuns as prerrogativas e sujeições apontadas, também se aplica às autarquias especiais. Apesar disso, em virtude da natureza da função a ser exercida por essas, lhes foi conferido um regime jurídico especial, com disposições não aplicáveis às autarquias comuns, uma vez que as autarquias especiais atuam de maneira independente em relação ao Executivo. Ainda que sejam consideradas parte da Administração Pública, não estão submetidas à hierarquia dos Ministérios, nem às políticas governamentais momentâneas.

O regime especial que lhes é conferido se compõe de "privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução de seus fins" (MEIRELLES, 2016, p. 451). Tais privilégios lhes garantem independência em relação ao governo e comprometimento frente ao Estado, por essa razão, caso haja inserção política nessas entidades da Administração indireta há distorção dos seus objetivos (CARVALHO FILHO, 2017, p. 326).

O regime jurídico especial não se compreende em disposições especiais tendentes a criar exceções frente às autarquias comuns, mas sim para permitir que as autarquias especiais realizem suas atividades de modo eficiente (ARAUJO, 2002, p. 45). O regime jurídico especial difere as autarquias especiais em relação às autarquias comuns, submetidas ao regime tradicional, quanto a: controles, escolha de gestores e grau de autonomia.

O controle das autarquias especiais se subdivide em controle interno, controle externo e controle social. O controle interno tem por fundamento o princípio da autotutela, que indica que a autarquia especial realiza o controle dos seus próprios atos, e o princípio da vinculação, que determina que o ministério ao qual a autarquia especial está vinculada realiza o controle de legalidade posterior dos seus atos.

O controle externo é realizado pelo poder Legislativo, Tribunal de

Contas e poder Judiciário. O controle exercido pelo legislativo se manifesta por meio da atuação do Congresso Nacional, que pode, em virtude da determinação do artigo 49, inciso X, da Constituição Federal de 1988, fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos das autarquias especiais. O Tribunal de Contas realiza o controle financeiro, contábil e orçamentário dessas entidades, por força da disposição do artigo 70 e seguintes da Carta Magna. O controle exercido pelo poder Judiciário reside na aferição da legalidade dos atos da autarquia especial a partir da provocação daqueles que em razão desses se sentir lesado.

O controle, por sua vez, que mais demonstra as mudanças promovidas pela reforma administrativa gerencial, é o controle social. Esse é realizado por meio da manifestação da sociedade e poderá ser feito por meio de audiências ou consultas públicas que são instauradas quando a atuação da autarquia especial interfere nos interesses dos usuários de serviços públicos.

Além das formas de controle, o regime jurídico especial difere as autarquias especiais das autarquias comuns no que se refere a escolha dos seus dirigentes. Esses, detentores de mandato, são escolhidos em razão do seu amplo conhecimento na área de atuação da autarquia. A escolha não pode atender a meros desígnios políticos ou pessoais, mas sim preceitos de experiência e especialização. O privilégio pela técnica contribui para promover decisões neutras e afastar influências políticas transitórias<sup>12</sup>. As deliberações precisam ser fundamentadas em critérios objetivos que demonstrem cientificidade (SILVA, 2005, p. 90). “É preciso destacar que a observância desses pressupostos também é de suma importância para a segurança jurídica no setor regulado, aspecto vital para os investidores interessados” (MEIRELLES, 2016, p. 451).

Após a nomeação dos dirigentes pelo chefe do Executivo, ainda há a necessidade da aprovação desses por parte do Senado Federal (artigo 52, inciso III, alínea f, CF/88). Nesse procedimento, há a fase da sabatina, para que os conhecimentos do dirigente sejam avaliados. Em razão do mandato fixo que possuem, esses não podem ser exonerados *ad nuntum*, garantindo autonomia no desenvolvimento de suas atividades e certa proteção contra imposição de interesses mercadológicos e políticos. A perda do mandato, antes do seu término, conforme

---

<sup>12</sup> A pesquisa defende a tese de que as autarquias especiais devem promover uma política de Estado e não de governo, vez que essa última é transitória e não permite a manutenção e desenvolvimento dos programas instaurados no âmbito dessas entidades da administração pública.

artigo 9º, Lei n. 9.986/00, só pode se dar por condenação judicial transitada em julgado ou falta administrativa devidamente apurada em processo administrativo disciplinar. Ainda que temporária, o instituto é considerado, segundo Meirelles (2016, p. 451), como um tipo de estabilidade para gestão.

A estabilidade destacada reúne então duas características principais: mandato fixo previamente estabelecido e não demissibilidade, que asseguram que o dirigente elabore e coloque em prática as políticas da autarquia especial sem receios de ser interrompido em razão de mudanças governamentais. Além disso, nas atuações fiscalizatórias, de proteção do consumidor e de autuação de irregularidades verificadas na iniciativa privada, a estabilidade permite que o dirigente mantenha suas decisões imunes a pressões externas (MARQUES NETO, 2005, p. 74).

Ainda em relação ao dirigente da autarquia especial, destaca-se a proibição legal de que ele, após o término do seu mandato e nos quatro meses seguintes, possa prestar atividades no setor regulado (artigo 8º, Lei n. 9.986/00). A proibição garante que informações relativas à atividade da autarquia especial não sejam repassadas e que o ex-dirigente não se utilize delas em benefício particular.

No que diz respeito aos mandatos, em virtude de os dirigentes das autarquias reguladoras serem nomeados em razão do seu amplo conhecimento e não poderem ser afastados discricionariamente, seus mandatos não costumam coincidir com os do chefe do poder executivo. Tal fato garante a independência da autarquia especial em face do poder executivo e a manutenção das políticas regulatórias. Ainda que o poder seja alternado, as atividades da autarquia especial são mantidas, tendo em vista que seu dirigente não é exonerado e nomeado novamente com a mudança do chefe do poder executivo. As mudanças nas diretrizes da autarquia especial ocorrem de dentro para fora, ou seja, em virtude de novas orientações técnicas maduras que partem do seu próprio bojo. Nem mesmo o princípio do pluralismo político não justificaria a tese da coincidência dos mandatos. Como sabido, as autarquias especiais devem atuar em vistas da manutenção da democracia por meio participação popular e não para garantir a presença de interesses políticos no seu âmbito (MARQUES NETO, 2005, P. 103-104)

Com relação ao grau de autonomia, o regime jurídico especial confere às autarquias especiais autonomia financeira e autonomia normativa. Em relação às atividades financeiras, o regime jurídico conferido à autarquia especial

assegura autonomia financeira, representada na "renda própria e liberdade de sua aplicação" (MEIRELLES, 2016, p. 451). Isso se traduz na possibilidade da autarquia especial construir políticas e realizar despesas que não estão inseridas na lei orçamentária do Estado, mas que foram previamente previstas para o orçamento da autarquia especial. Não há necessidade de aguardar repasse de valores por parte do ente federativo a que está vinculada, nem mesmo ter a previsão de todas as suas atuações no planejamento dele, como ocorre nas autarquias comuns (ARAUJO, 2002, p. 46).

A receita das autarquias especiais advém da própria atividade regulatória, que enseja o pagamento, pelas entidades privadas, da taxa de regulação ou de fiscalização. Os valores são pagos diretamente à autarquia especial e estipulados em razão do proveito que o concessionário ou permissionário têm com o contrato administrativo (SOUTO, 1999, p. 143). Apesar de não depender da destinação federativa de receitas, a autarquia especial sofre com a relevante crítica de ser custeada pelo sujeito fiscalizado e detentor do bem regulado. Isso pode gerar dependência da entidade da administração pública frente à iniciativa privada, enfraquecendo a política regulatória. É preciso garantir equidistância entre os interesses da autarquia especial, do governo e da ordem econômica, ainda que em relação ao segundo haja vinculação e ao terceiro haja destinação de valores através do pagamento de taxas (SOUTO, 1999, p. 143).

Ainda que a autarquia especial controle sua própria atividade financeira, esta não pode utilizar as receitas como uma empresa privada, destinando os valores do modo como seus dirigentes compreenderem melhor. Não é possível, da mesma forma, realizar despesas sem prévia previsão orçamentária. Há a necessidade de seguir as regras estabelecidas no controle orçamentário e com base na previsão anual de gastos (ARAUJO, 2002, p. 46). Segundo Bresser-Pereira (2009, p. 307), os orçamentos, agregados a projetos, não devem sofrer cortes repentinos, justamente para garantir que os fins da autarquia especial sejam alcançados. Como o seu orçamento advém, em grande maioria, da sua própria atividade, não é possível que políticas governamentais optem por suprimi-lo. Cabe à autarquia especial executar políticas de Estado, positivadas na Constituição Federal de 1988, na sua lei instituidora e no regulamento interno. Garante-se o exercício discricionário, mas sempre legal e legítimo, das suas verbas.

No que diz respeito à autonomia normativa, ou também denominada

competência regulamentar, a prerrogativa relaciona-se à possibilidade dessas entidades criarem regulamentos de conduta, gerais e individuais, a serem seguidos na prática ou omissão de determinados comportamentos. Independentemente se direcionado a todo um segmento econômico (geral) ou se formulado para a aplicação diante de uma situação fática determinada (concreta), o regulamento está necessariamente vinculado à existência de uma lei prévia, que autoriza o exercício da competência e a delimita. Em suma, o exercício dessa competência se submete ao princípio da legalidade, vez que a produção normativa requer a observância das leis gerais e abstratas (JUSTEN FILHO, 2002, p. 485-487).

As diretrizes para a atuação normativa precisam estar previamente estabelecidas na lei instituidora da autarquia especial, tendo em vista que elas não podem regular matérias ainda não disciplinadas. Isso significa que, tanto os regulamentos relativos à fiscalização, outorga, concessão e permissão de serviços públicos quanto os dirigidos à iniciativa privada acerca de prestação de serviços públicos e atuação na ordem econômica, só serão válidos se em compasso com a Constituição Federal e com a legislação com essa compatível (MOTTA, 2003, p. 164). Daí Justen Filho (2002, p. 542) afirmar que

[...] ao editar normas concretas, a agência promove a aplicação das normas gerais. O conteúdo adotado pela agência não traduzirá sua avaliação livre acerca da melhor solução a ser aplicada ao caso concreto, mas a decisão consubstanciada em uma norma geral. A norma concreta produzida pela agência não traduzirá uma inovação original na ordem jurídica, mas refletirá a solução prevista em normas gerais de hierarquia legislativa ou regulamentar.

A necessidade do cumprimento da lei não afasta a autonomia e a discricionariedade conferida à autarquia especial de elaborar as normativas específicas ao segmento econômico ou de serviços públicos que regula. Cabe à lei apenas prever a atuação normativa e delinear os seus contornos, deixando para a autarquia especial, que possui expertise na área, promover a sua especificação (JUSTEN FILHO, 2002, p. 542). A discricionariedade, entretanto, deve ser exercida em razão da melhor técnica e da escolha que melhor atenda ao interesse coletivo.

Justamente porque seus gestores possuem maior conhecimento e especialização no segmento é que a autonomia normativa foi conferida às autarquias especiais. Essa se faz imprescindível em razão da necessidade de

regulamentação técnica e científica dos setores regulados. Segundo Di Pietro (2016, p. 580) é possível “(a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica”. Como já tratado, esse poder se submete integralmente à lei formal e aos decretos regulamentares expedidos pelo poder Executivo (MEIRELLES, 2016, p. 454) e ao controle pelo Congresso Nacional (artigo 49, inciso X, CF).

A regulamentação técnica pode ser verificada, por exemplo, na fixação de um limite para a tarifa referente à prestação de um serviço público por uma concessionária ou permissionária. Como é sabido, tais serviços devem ser prestados com continuidade, qualidade, atualização e com a cobrança de tarifas módicas. Essa deve ser fixada “não por critérios aleatórios, mas sim, por critérios técnicos, que levem em conta o custo dos insumos e a remuneração do capital investido pelo concessionário” (MOTTA, 2003, p. 176).

Na prática, a autonomia normativa se revela na possibilidade de normatizar “as relações entre as delegatárias e estas e os usuários-consumidores” (ARAGÃO, 2003, p. 384). Tratam-se de normas operacionais, com definições atinentes à técnica de desenvolvimento das atividades do setor regulado, manutenção e continuidade do serviço prestado e até mesmo, com relação ao poder público, normas relativas aos procedimentos que esses devem adotar com relação à licitação, concessão e permissão de serviços públicos (ARAUJO, 2002, p. 55-56).

O regime jurídico especial conferido às autarquias especiais garante legitimação para suas ações. Essa também é auferida quando as decisões tomadas refletem verdadeiramente a vontade da sociedade para o setor regulado e quando os conflitos que envolvem os consumidores são solucionados de forma menos burocratizada. Para alcançar a *accountability* nas autarquias especiais, foram outorgadas a essas competências especiais, possíveis apenas diante de um contexto de reforma e de promoção da eficiência administrativa.

### 2.3 COMPETÊNCIA REGULATÓRIA E FISCALIZATÓRIA

O regime jurídico público especial conferido às autarquias especiais corrobora para o exercício de suas atividades de maneira autônoma e independente. Entretanto, para que sua atuação alcançasse os fins almejados pelo Estado fez-se

necessário a concessão de competências peculiares ao ambiente em que se inserem. A partir do contexto histórico da sua criação e das suas funções precípuas, as competências se justificam em razão da independência que elas possuem em relação ao poder executivo e à própria ordem econômica. Vale ressaltar ainda que as competências devem ser vistas também como deveres de atuação, vez que são as autarquias especiais as mais indicadas para executá-las dentro do setor regulado.

A primeira previsão dessas autarquias no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com a publicação da Emenda Constitucional n. 8 de 1995, que, introduzindo o inciso XI no artigo 21 da Constituição Federal de 1988, previu a competência da União para a criação de um órgão regulador. No mesmo ano, com a publicação da Emenda Constitucional n. 9, que alterou o artigo 177 da Carta Magna, foi instituída a possibilidade da edição de uma lei ordinária para tratar acerca da estrutura e atribuições do órgão regulador (artigo 177, §1º e §2º, III, CF). Logo em seguida, entidades com grandes poderes de controle foram criadas: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL - Lei n. 9.427/96), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL - Lei n. 9.472/97) e Agência Nacional do Petróleo (ANP – Lei n. 9.478/97). O tópico em destaque abordará as principais competências conferidas às autarquias especiais: competência regulatória e fiscalizatória.

### 2.3.1 Competência Regulatória

A tendência gerencial ampliou a participação da iniciativa privada em áreas de grande relevância social, despertando a necessidade da criação de instrumentos de controle estatal compatíveis com necessidades antes inexistentes. Para garantir que a intervenção do Estado não se inclinasse à concentração de poder nas mãos do Executivo, foram criadas as autarquias especiais, capazes de manter independência e autonomia com relação a esse poder (JUSTEN FILHO, 2002, p. 51).

Definidas como autarquias em regime especial, com força regulamentar ante o mercado, não se constituem nova forma para a administração indireta, mas sim mecanismo moderno de controlar o desempenho daqueles que se submetem à prestação de serviços públicos ou atuam na ordem econômica. Certamente o principal objetivo para a criação foi a regulação do cumprimento das diretrizes do Estado e defesa da comunidade em setores de tamanha relevância

pública (TÁCITO, 2000, p. 04).

O modelo de regulação proposto no Brasil teve como parâmetros o modelo norte americano. Apesar das entidades criadas estarem vinculadas ao poder Executivo, elas seriam, ao mesmo tempo, autônomas desse. Tal características permitiria o progresso e fortalecimento da regulação sem pressões políticas e governamentais, garantindo um cenário de maior isonomia social (BACELLAR, 2009, p. 27). A reforma gerencial pretendia construir, com a formulação de uma nova intervenção do Estado no domínio econômico, uma política de Estado e não de governo.

Apesar do afastamento do Estado da prestação direta de determinados serviços, é certo que a proposta de regulação desenvolvida no período não foi destinada apenas ao atendimento das conveniências do mercado que passou a prestá-los. Diante de um Estado Democrático de Direito, estabelecido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fez-se necessária a observância dos interesses sociais e a realização dos objetivos pactuados pela Carta Magna, como a garantia do desenvolvimento nacional (artigo 3º, II, CF/88) e a redução das desigualdades (artigo 3º, III, CF/88) (SILVA, 2005, p. 82).

Percebe-se, nesse cenário, que o modelo de regulação desenvolvido durante a reforma gerencial abarca um segmento econômico, voltado para o mercado, um segmento político, relativo ao interesse público, e jurídico, que se compreende na atuação em prol da ponderação dos dois interesses anteriores. Trata-se do instituto que claramente representa a transição vivenciada no Brasil na década de 90: um Estado preponderantemente social para um Estado gerencial (BACELLAR, 2005, p. 29).

Quanto mais o Estado se afasta da prestação direta de algum serviço de interesse público mais ele intensifica a regulação sobre o ente privado que assume a sua prestação. Nessa toada, às autarquias especiais compete, por vias da competência regulatória, reforçar orientações, normas de conduta e limitações justamente para não permitir que valores sociais sejam deixados ao critério de tendências do liberalismo clássico.

Dentre os objetivos da regulação por parte das autarquias está a garantia de um equilíbrio mercadológico. Suas ações vão desde a criação de normas negatórias, que estabelecem as posturas aceitáveis e não aceitáveis diante da

legislação vigente, até ações positivas de fiscalização, garantia de qualidade na prestação dos serviços e estabelecimento de preços justos (SILVA, 2005, p. 85). As ações práticas ocorrem, por exemplo, quando o mercado apresenta ausência de concorrência e formação de monopólios. Como é sabido, esses podem constituir malefício para a sociedade quando eliminam a pluralidade de bens consumíveis, inviabilizam a criação de novas empresas e controlam discricionariamente ajustes de preços. Diante desse cenário, cabe à autarquia especial impor condutas que garantam prestação de serviços mais eficientes (JUSTEN FILHO, 2002, p. 33-34).

No exercício da competência regulatória, cabe ainda às autarquias especiais introduzir no mercado os princípios gerais da ordem econômica estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal, vez que esses, em um cenário de total liberdade de atuação, provavelmente não seriam alcançados. Trata-se da função redistributiva da atividade. Elaborada uma política pública, cabe ao órgão regulador organizar esforços para concretizá-la. Isso significa distribuir as atividades entre os diferentes atuantes que se encontram no mercado de forma a não comprometer a própria atividade econômica e promover a ação social. Deve criar incentivos, proibir atuações, estipular regras, sempre em prol do alcance do interesse público (MARQUES NETO, 2005, p. 36).

Às autarquias especiais cabe tanto disciplinar setores empresariais, com disposição sobre condutas permitidas e proibidas, quanto também criar mecanismos de incentivo e desincentivo por meio de fomento de atividades privadas. O exercício diário da competência regulatória compreende assim um conjunto de providências criadas pela autarquia para conduzir a atuação privada em prol do interesse coletivo (JUSTEN FILHO, 2016, p. 112).

Cuida-se, assim, de um conjunto de regulações sobre a atividade privada, desvinculadas ou complementares a relações especiais de sujeição (estatutárias ou contratuais), dotadas ou não de força coercitiva, conforme o caso, que erigem um sistema de incentivos voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com objetivos político-jurídicos predeterminados. Tem-se aqui o campo do chamado direito administrativo ordenador (BINENBOJM, 2016, p. 71).

A competência regulatória também se relaciona com a função de difusão de informações. O domínio do processo produtivo por parte de agentes

econômicos permite que esses tenham o domínio de informações relativas a produtos, serviços e tecnologias envolvidas. Essas são, por vezes, cruciais para a tomada de decisões e definições de mercado. A atividade livre do mercado permite que aqueles que possuem o domínio do conhecimento acabem por se beneficiar de maneira injusta frente a consumidores, fornecedores e demais empresas (JUSTEN FILHO, 2002, p. 35-36). As autarquias especiais “intervém, por isso, para impor a obrigação de difusão de informações essenciais, que permitam aos sujeitos dotados de menor poder a realização de escolhas mais adequadas” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 36).

Para atender às perspectivas da sociedade com relação a atuação no setor regulado, cabe à autarquia manter, a todo momento, relação estreita com aqueles que sofrem diretamente a influência da atividade regulada. Não é possível se pensar na imposição de decisões verificadas apenas no viés administrativo aos agentes econômicos, tendo em vista que a população envolvida deve ser consultada para que a atividade regulatória seja transparente e atenda ao propósito de promover benefícios sociais (MARQUES NETO, 2005, p. 32).

A regulação promovida pelas autarquias especiais tem o desafio de harmonizar os objetivos do Estado, os interesses dos cidadãos-consumidores e as pretensões da iniciativa privada. A partir do panorama da reforma gerencial, considera-se o trabalho em prol da sociedade o fim maior a ser alcançado, julgando ser a iniciativa privada essencial para atingir essa meta. Por decidir que agentes econômicos serão atores na consecução dos seus objetivos, o Estado passa também a gerir e incentivar a atuação de particulares por meio da regulação (MARQUES NETO, 2005, p. 33-34).

A competência discutida encontra-se em total consonância com as perspectivas gerenciais do Estado brasileiro. O propósito de entregar para a iniciativa privada a prestação de determinados serviços públicos de relevante valor social requer a sistematização, ordenação e coordenação por parte do Estado. Para que essas funções sejam realizadas por sujeitos alheios à Administração Pública, mas que sigam os seus princípios, as autarquias especiais se colocam como as mais aptas a exigir tal postura.

### 2.3.2 Competência Fiscalizatória

Ainda em se tratando das competências das autarquias especiais, a função fiscalizatória é necessária em razão do controle de mercado que deve ser exercido e da necessidade de garantir a manutenção, qualidade e modicidade na prestação de serviços públicos. Traduz-se na prevenção e repreensão de comportamentos abusivos, exigindo de prestadores e usuários condutas compatíveis com a legislação e com os regulamentos instituídos por essas autarquias.

Ao mesmo tempo que os agentes econômicos atuam no mercado sob o viés da livre iniciativa (artigo 170, *caput*, CF/88), têm os seus desempenhos limitados pela lei e pelos princípios da ordem econômica. A atividade das autarquias especiais, nesse caso, se volta para a fiscalização do cumprimento das normas, princípios constitucionais e promoção dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. “A regulação da atividade econômica, que têm na fiscalização a sua forma de manifestação por excelência, obedece aos princípios constitucionais da ordem econômica, além de estar estritamente conformada dentro do princípio da legalidade” (SILVA, 2005, p. 111)

Justifica-se a importância dessa competência em virtude da necessidade de controlar as variações instáveis de preços e evitar a formação de monopólios. Para que empresas privadas decidam por investir na prestação de serviços que antes eram de competência do Estado, há a necessidade de se garantir segurança jurídica e um mercado competitivo e rentável (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 309). Por meio da fiscalização deve-se

[...] impedir a prática de políticas anticoncorrenciais por parte das empresas prestadoras, até porque a regulação foi criada como ferramenta de combate aos monopólios, duopólios e trustes, principalmente em relação aos serviços que, por questões técnicas, impedem, ou dificultam, a competição (MOTTA, 2003, p. 188).

A forma de fiscalização, por sua vez, deve variar de acordo com a atividade precípua da autarquia especial. Em se tratando das autarquias que regulam serviços públicos, a fiscalização é inerente ao poder concedente, por se tratar de atividade essencial à população. Essa fiscalização, demonstrada a partir da atuação com poder de polícia, se dá sobre as atividades das empresas privadas prestadoras de serviços públicos, delegados por vias de contratos de concessão ou permissão (ARAGÃO, 2003, p. 317).

A utilização do poder de polícia em face da iniciativa privada se faz

necessária em razão da obrigatória observância dos preceitos constitucionais fundantes da ordem econômica. Trata-se de um conjunto de ações destinadas a conformar a autonomia da vontade às prescrições impostas pelo Estado, disposições essas destinadas à garantia de direitos fundamentais e de interesses públicos (BINENBOJM, 2016, p. 71).

Verifica-se que a competência em análise é oriunda do próprio Estado de Direito. Em virtude da escolha feita pelo constituinte originário, consubstanciada no caput do artigo 1º da Carta Magna, faz-se necessário que o Estado, por meio dos seus órgãos e entes, atue na garantia do cumprimento do ordenamento jurídico. A fiscalização é em última análise uma ação em prol da garantia do cumprimento da lei (MASTRANGELO, 2005, p. 70).

A competência fiscalizatória gera ainda obrigações às prestadoras de fornecer às autarquias especiais informações de interesse público com relação aos serviços prestados. Tais informações, além de serem colocadas à disposição dos consumidores (MOTTA, 2003, p. 188), são utilizadas para verificação de índices referentes às concessionárias e permissionárias, como de produtividade e satisfação do consumidor.

A permanente tarefa de fiscalizar impõe à autarquia especial a verificação do cumprimento, por parte da iniciativa privada, dos princípios relativos ao serviço público. Além da modicidade das tarifas, continuidade na prestação e eficiência no fornecimento, é imprescindível a implementação de técnicas modernas, para permitir que também essa prestação esteja competitiva frente ao mercado. Para tanto, compete a essas autarquias especiais criar e manter condições favoráveis à manutenção das prestadoras de serviços públicos no mercado, infraestrutura pública compatível com necessidade e liberdade econômica de atuação (MATTOS, 1999, p. 73).

A fiscalização é competência inerente à própria atividade regulatória. Cabe à autarquia garantir o equilíbrio no mercado econômico, manutenção da livre concorrência e prestação eficiente de serviços públicos. Para tanto, utiliza-se do seu poder de fiscalizar e autuar, que promove comportamentos em consonância com os interesses sociais e os princípios do Estado.

A atuação das autarquias especiais de serviços públicos não se limita à regulação e fiscalização do ambiente sob o regime normativo e de fiscalização que atuam. Em vistas de atender aos fins gerenciais, essas também possuem a competência para solucionar conflitos ocorridos no seu âmbito de exercício, por meio de processo administrativo.

Tal competência não afasta a possibilidade de a administração pública de valer de meios extrajudiciais de solução de demandas nos contratos firmados em decorrência da prestação de serviços públicos. Essa é a temática central da pesquisa ora em debate. Para tanto, faz-se necessário analisar a competência das autarquias especiais para solução de conflitos, por meio de processo administrativo, e a possibilidade de que a administração pública se valha de meios privados de solução de demandas.

#### 2.4.1 Competência das autarquias especiais para solução de conflitos por via de processo administrativo

As autarquias especiais possuem competência para aplicar, no seu âmbito de atuação, meios de solução extrajudicial de conflitos. Porque atuam entre poder concedente, concessionárias e permissionárias de serviços públicos e com os consumidores, é plausível que possam resolver as demandas que lhes são pertinentes (AMARAL, 2008, p. 40). A previsão em destaque encontra guarida no direito comparado. A Resolução n. 39/248 da Assembleia Geral das Nações Unidas, publicada em 16 de abril de 1985, que trata a respeito da proteção do consumidor, prevê a necessidade da criação de instrumentos para resolução de demandas de maneira ágil e informal. De acordo com o item 29 do documento:

Governos devem encorajar todas as empresas a resolver conflitos relativos ao consumo de modo justo, célere e informalmente, e estabelecer mecanismos voluntários, inclusive para serviços consultivos e procedimentos de queixas informais, os quais podem fornecer ajuda aos consumidores (tradução nossa) (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1985, p. 08)<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Resolução n. 39/248 da Assembleia Geral das Nações Unidas, publicada em 16 de abril de 1985, item 29: "Governments should encourage all enterprises to resolve consumer disputes in a fair, expeditious and informal manner, and to establish voluntary mechanisms, including advisory services and informal complaints procedures, which can provide assistance to consumers".

No que se refere à legislação brasileira, verifica-se que com relação às concessões, há norma prevendo a necessidade de estabelecimento de meios extrajudiciais de resolução de conflitos. De acordo com o artigo 23, inciso XV da Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão deve estar a previsão de “modo amigável de solução das divergências contratuais” (BRASIL, 1995).

O exercício da competência para solução de conflitos ocorre em processo administrativo. A autarquia especial, em uma relação binária, coloca-se como julgadora do caso que lhe é apresentado, atuando por vias do controle administrativo.

O processo administrativo para solução de conflitos no âmbito das autarquias especiais encontra normatização nos regulamentos internos de cada autarquia especial, mas as suas diretrizes, em se tratando de autarquias federais, podem ser encontrados na Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A Lei n. 9.784/99 disciplina na norma do seu artigo 2º que no desenvolvimento do processo administrativo cabe às autarquias especiais, como entidades da Administração Pública, obedecerem "aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência". Além de necessariamente cumprirem no desempenho de sua competência para solução de conflitos os princípios mencionados, não podem as entidades cobrarem pelas despesas processuais, salvo nos casos ressalvados em Lei (art. 2º, XI, Lei n. 9.784/99).

O início do processo pode ocorrer a pedido da parte interessada ou de ofício pela autarquia especial e deverá indicar, necessariamente, a exposição dos fatos, fundamentos e a pretensão imediata da demanda (art. 6º, IV, Lei n. 9.784/99). Em sendo capaz, ou seja, maior de dezoito anos (art. 10, Lei n. 9.784/99), consumidores, empresas privadas ou o próprio poder público concedente do serviço público pode iniciar um processo para solução de conflitos na autarquia especial. Isso porque quaisquer um deles pode ser titular de direitos que envolvem a atuação da autarquia especial, ter interesses que podem ser afetados pela decisão da demanda ou ter a obrigação de proteger interesses difusos (art. 9, inciso I a IV, Lei n.

9.784/99).

Em sendo um processo, é devido às partes o direito de não apenas levar a demanda ao órgão julgador, mas também de terem garantidos os direitos de contraditório e produção de provas (art. 2º, X, Lei n. 9.784/99). A decisão de resolução do conflito deve ser motivada, explícita, clara e congruente (art. 50, §1º Lei n. 9.784/99), além de, necessariamente indicar os pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão (art. 2º, VII, Lei n. 9.784/99) para garantir a possibilidade de recurso na esfera administrativa e de análise posterior de legalidade por parte do Judiciário.

Da decisão da autarquia especial cabe recurso tanto no que diz respeito ao seu mérito quanto à legalidade (art. 56, Lei n. 9.784/99). Cabe ressaltar que o recurso interposto mantém o processo administrativo sob a competência da autarquia especial, vez que não há recurso impróprio que direcione o processo para a entidade federativa a qual a autarquia está vinculada. O recurso é interposto perante a autoridade que proferiu a decisão e encaminhado posteriormente para a autoridade superior, por vezes composta por um órgão colegiado dentro da autarquia especial.

A competência para solução de conflitos por via de processo administrativo não significa plena independência em relação ao poder Judiciário, já que o controle judicial das decisões administrativas é constitucionalmente previsto (artigo 5º, inciso XXXV, CF) (DI PIETRO, 2016, p. 579). Ainda que haja o esgotamento da demanda na esfera administrativa, sempre será possível buscar a tutela jurisdicional, seja por parte do vencedor, seja por parte do vencido. É possível que qualquer deles queira uma decisão diferente da que foi proferida pela autarquia especial, o que denota que o Judiciário sempre poderá rever os atos praticados com base na teoria do controle jurisdicional dos atos administrativos (JUSTEN FILHO, 2002, p. 554).

Sob essa premissa, a composição de litígios por parte das autarquias especiais não se configura na negativa de acesso ao poder Judiciário, mas sim em uma via paralela para aqueles que estão inseridos em setores regulados (MASTRANGELO, 2005, p. 71). Ainda que as decisões das autarquias possam ser amplamente revistas pelo Judiciário, tal possibilidade promove a eficiência na administração pública ao mesmo tempo que contribui para a diminuição de demandas judiciais.

A competência para composição de conflitos justifica-se dentro da própria atividade regulatória. Ainda que as demandas criadas nesse cenário sejam submetidas ao Judiciário, a autarquia especial tem mais proficiência para resolvê-las. A decisão diante do litígio, em virtude da proximidade do ente regulador da coletividade, pode alcançar o que é mais adequado para os cidadãos, para a ordem econômica e para o próprio setor regulado. Justen Filho (2002, p. 555), jurista brasileiro, descreve essa situação:

[...] o Estado intervém numa disputa entre duas empresas, versando sobre dominação de mercado, para realizar não o interesse de uma delas. Busca impor as condições de concorrência perfeita e honesta como meio de proteger os demais agentes econômicos, os trabalhadores, os usuários e consumidores. [...] Assim, quando duas concessionárias de serviço público entram em conflito, surge o risco potencial de comprometimento da satisfação dos usuários. A agência reguladora tem o dever de intervir para assegurar o bom desempenho dos serviços públicos, a realização dos deveres imposta às concessionárias, a ampliação da qualidade dos serviços públicos, a obtenção da modicidade das tarifas.

A aptidão para resolução de lides se revela em virtude da especialidade das questões que envolvem o ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais. A autarquia especial possui servidores com experiência na esfera regulatória que atuam e por essa razão podem colaborar para a produção de decisões que atendam a complexibilidade que a demanda exige. A avaliação do conflito, realizada pelo próprio dirigente, escolhido em razão do seu conhecimento técnico, certamente será mais ágil, adequada e satisfatória do que aquela que pode ser proferida pelo magistrado (JUSTEN FILHO, 2002, p. 557).

Tal competência depende de expressa previsão legal, da garantia de igualdade entre as partes e da possibilidade de posteriormente a demanda ser submetida ao controle judicial. Apesar das exigências, quando atua dessa forma, a autarquia especial acaba por agir em prol dos consumidores e da iniciativa privada, que ganham uma forma costumeiramente mais célere de resolução dos seus conflitos (MASTRANGELO, 2005, p. 71-72).

Apesar da verificação da possibilidade de que as autarquias especiais componham litígios, é certo que as decisões proferidas só serão congruentes, confiáveis e compatíveis com os ditames constitucionais quando não eivadas de influências políticas ou advindas da atividade econômica. Apenas

autarquias independentes, imparciais e que atuem nos estreitos limites do regime jurídico que lhes é imposto serão capazes de proferir decisões técnicas e que se traduzem na melhor deliberação acerca do caso concreto.

Sem perder a neutralidade em relação aos direitos da iniciativa privada, poder concedente e consumidor, às autarquias especiais concerne resolver os conflitos em vistas de expedir uma decisão apropriada e fundamentada nos princípios jurídicos e técnicos. Isso viabilizará a satisfação dos envolvidos, que observarão ser aquela a decisão mais plausível diante do caso concreto. Ademais, a motivação, requisito imprescindível para a decisão, permite, quando necessário, revisão dessa por parte do Judiciário (MASTRANGELO, 2005, p. 74).

A viabilidade da solução extrajudicial de demandas por parte das autarquias especiais não se confunde com a possibilidade de que a Administração Pública se valha de meios privados de solução de conflitos. Ainda que o conflito derive de contratos firmados em virtude da prestação de serviços públicos por parte da iniciativa privada, a pesquisa defende ser possível a utilização de mecanismos privados de solução de conflitos.

Para confirmar a tese, entretanto, é importante verificar, de antemão, se aqueles que atuam no ambiente sob controle normativo e de fiscalização das autarquias especiais, ou seja, empresas, consumidores e Estado, podem se valer desses mecanismos, para solucionar suas demandas. Posteriormente, cumpre averiguar quais objetos podem ser resolvidos por um processo extrajudicial de solução de demandas e a compatibilidade desses procedimentos com a presença da Administração Pública, quando se fizer necessário.

#### 2.4.2 Regime jurídico para utilização de meios privados de solução de conflitos pela Administração Pública

A resolução extrajudicial de conflitos em que esteja envolvida a Administração Pública, com a utilização de meios privados de solução, ganha destaque nas discussões modernas em virtude da celeridade no processo resolutorio. Diferentemente do que ocorre na solução extrajudicial de conflitos pelas autarquias especiais, tratada no item anterior, nesse cenário a Administração Pública encontra-se inserida em uma relação ternária e não está representada no elemento que soluciona a demanda.

A relação é ternária porque, na resolução de conflitos de maneira extrajudicial com a utilização de meios privados, cada parte envolvida no litígio compõe um dos polos da demanda. O terceiro elemento é representado pelo agente solucionador, que pode ser um mediador, conciliador ou árbitro. No contexto tratado, a Administração Pública não está representada no elemento que soluciona a demanda, mas sim em uma das partes que está em conflito e busca a resolução. Na conjuntura apresentada no tópico anterior, a autarquia especial, ente da Administração Pública Indireta era responsável por resolver a demanda. Nesse item, a discussão se sustenta na hipótese de ser a Administração Pública uma das partes envolvida no conflito.

As inovações legislativas que mencionaram a possibilidade genérica<sup>14</sup> de a Administração Pública se utilizar de meios privados de solução de conflitos foram inseridas, inicialmente, com a promulgação do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15), em 16 de março de 2015. O instrumento legislativo inseriu, na norma do artigo 174, o comando legal para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criassem câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. A esses órgãos foi conferida a competência de dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (art. 174, inciso I, Lei n. 13.105/15) e ainda avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública (art. 174, inciso II, Lei n. 13.105/15).

Logo após a promulgação do Código de Processo Civil, foi promulgada, em 26 de maio de 2015, a Lei n. 13.129/15, que alterou a Lei n. 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem. A Lei n. 13.129/15 inseriu no artigo 1º da Lei geral de Arbitragem o parágrafo primeiro, que dispõe que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

No mesmo ano, em 26 junho de 2015, como forma de detalhar as disposições do Código de Processo Civil, foi promulgada a Lei n. 13.140/15, que

---

<sup>14</sup> Fala-se da possibilidade genérica de a Administração Pública se utilizar de meios privados de solução de conflitos porque antes de 2015 já era possível verificar tais hipóteses em leis específicas. A primeira menção legislativa da utilização de um meio privado de solução de conflitos em contratos administrativos está na Lei n. 9.478/97, que versa sobre a exploração e produção de petróleo e gás. Conforme norma prevista no artigo 43, inciso X, é dever da Administração Pública fazer constar nos contratos dessa temática regras sobre solução de controvérsias, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. De acordo com o artigo 32 do instituto legal, cabe a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. Tais câmaras são responsáveis por, de acordo com o artigo 32, inciso I, dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública e, de acordo com o inciso II, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público.

Esse arcabouço legislativo abriu espaço para que não apenas indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado se utilizassem dessas técnicas. Igualmente previu que a pacificação dos conflitos em que fizesse parte a Administração Pública também ocorresse por vias eficazes e céleres: mediação, conciliação e arbitragem.

A mediação de conflitos em que faça parte a Administração Pública é possível quando as partes envolvidas estão interessadas em solucionar a demanda revendo os posicionamentos anteriormente adotados. Isso porque a mediação é técnica de composição de litígios em que as partes são aproximadas por um terceiro, escolhido por elas, que tem a função de auxiliá-las a chegar em um resultado útil de finalização da demanda. Não há, por parte desse, a imposição de uma solução, mas sim um estímulo para que os próprios envolvidos a alcancem. O mediador não pode sequer fazer sugestões referentes ao litígio, pois as próprias partes devem ser autoras da solução.

Apesar da mediação no âmbito público estar positivada na Lei n. 13.140/15, o instrumento normativo não traz os requisitos para que essa seja utilizada na resolução de conflitos em que faça parte a Administração Pública. Dentre diretrizes legais encontra-se apenas a determinação de que cada ente federado constitua regulamento próprio para tratar do modo de composição e funcionamento das câmaras de composição de conflitos (art. 32, §1º, Lei n. 13.140/15).

Não obstante a Lei n. 13.140/15 não apontar os requisitos para a utilização da mediação por parte da Administração Pública, ressalta à pesquisa a competências das câmaras para prevenir e resolver conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares

(art. 32, §5º, Lei n. 13.140/15) e a competência para que a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios instaure, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos (art. 33, parágrafo quinto, Lei n. 13.140/15).

O equilíbrio econômico-financeiro e a ineficiente prestação de serviços públicos podem ser temas centrais de conflitos surgidos no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização de autarquias especiais. É possível que tanto a mediação quanto o processo administrativo de resolução de conflitos desenvolvido pelas autarquias especiais sejam utilizados na demanda.

A conciliação de conflitos em que em um dos polos está a Administração Pública ocorre por meio da participação de um terceiro que, além de harmonizar as partes, aconselha e propõe formas de colocar fim à demanda. Se difere da mediação porque, na conciliação, o terceiro que aproxima as partes tem a competência para sugerir opções viáveis à solução do conflito e apontar os direitos que podem ser renunciados em prol da resolução mais célere. Da mesma forma que o mediador ele não impõe uma decisão às partes, mas nessa modalidade de solução de conflitos ele deve recomendar formas de se alcançar a pacificação. A conciliação no âmbito da Administração Pública não encontra disposição legislativa específica. O comando normativo geral de autorização, como pontuado, encontra-se apenas no Código de Processo Civil.

A arbitragem é um meio de solução de conflitos em que o terceiro chamado a fazer parte do processo efetivamente resolve a demanda. Às partes cumpre apresentar suas manifestações e alegações, mas não realizar a pacificação da contenda, que se dá com a decisão final do árbitro. Esse meio privado de solução extrajudicial de conflitos está previsto na Lei n. 9.307/96, atualizada pela Lei 13.129/15, e será melhor tratado do tópico seguinte, por se constituir objeto central da pesquisa.

Sem embargos das previsões legais, não é possível submeter aos meios de solução extrajudicial de conflitos todas as lides surgidas a partir das relações jurídicas existentes. A análise do que é passível de ser dirimido por meios de solução extrajudicial de conflitos perpassa pela verificação da previsão autorizativa legal, do sujeito envolvido na lide (limite subjetivo) e do objeto litigado (limite objetivo).

Tais exigências aplicam-se a todas as técnicas de solução

extrajudicial de conflitos. Ainda que a disposição da Lei seja mais completa no que diz respeito à arbitragem, entende-se que o regime jurídico para a utilização da arbitragem por parte da Administração Pública é o mesmo aplicável à mediação e conciliação. Isso se justifica, principalmente, porque a decisão arbitral afasta a jurisdição estatal, enquanto que aquelas proferidas em processos de mediação e conciliação, podem, posteriormente, serem levadas a juízo. Em sendo a arbitragem procedimento mais rigoroso com relação aos requisitos para adesão, caso a Administração Pública e todos aqueles que atuam no ambiente sob regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais cumpram esses requisitos, certamente poderão optar por participar de procedimentos de mediação e conciliação.

A pesquisa não tem o propósito de estudar os temas da mediação e conciliação, por essa razão analisará os requisitos do sujeito envolvido na lide (limite subjetivo), previsão autorizativa legal e objeto litigado (limite objetivo) para a utilização dos meios de solução extrajudicial de conflitos com base nas disposições da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96). Apesar disso, reforça que as exigências estabelecidas no bojo desse instrumento legislativo devem ser utilizadas para a aferição da possibilidade de utilização de quaisquer meios de solução extrajudicial de conflitos.

O uso da arbitragem diante de conflitos surgidos em relações eminentemente privadas é aceito pela doutrina. É possível que pessoas capazes de contratar se utilizem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme previsto no artigo 1º da Lei n. 9.307/96<sup>15</sup>. No ambiente sob controle normativo e de fiscalização de autarquias especiais, como sabido, encontram-se diversas relações jurídicas formadas pelo poder público, pessoas jurídicas da administração pública indireta, entidades da iniciativa privada e consumidores. Diante da formação de contratos administrativos de concessão é possível o surgimento de lides. Essas envolvem as matérias mais diversas, como revisão de tarifas, utilização de bens públicos e qualidade na prestação de serviços. Diante das pessoas envolvidas nos conflitos ocorridos no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais e dos objetos litigados, cumpre analisar a possibilidade dessas se valerem da arbitragem, e de outros meios de

---

<sup>15</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

solução extrajudicial de conflitos, para suas resoluções.

Com relação aos limites subjetivos, esses relacionam-se às pessoas que podem submeter-se a arbitragem, diante dos limites estabelecidos pela própria Lei n. 9.307/96. Há a necessidade de aferir então, se todos aqueles que atuam nesse cenário, seja pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado, podem, em razão de suas características subjetivas, submeter suas lides à arbitragem.

De acordo com a primeira parte do artigo 1º do instituto legal mencionado, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem” (BRASIL, 1996). A análise da capacidade contratual perpassa pela necessária confirmação da personalidade jurídica do indivíduo. Essa se constitui na aptidão para ser titular de direitos e contrair deveres na ordem jurídica, ou seja, na prerrogativa necessária para que tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica sejam consideradas sujeito de direitos. A capacidade, por sua vez, é a característica do indivíduo que pode ser sujeito ativo ou passivo em uma dada relação jurídica (GUILHERME, 2007, p. 76).

Todos, pessoas jurídicas ou físicas, possuem personalidade, mas a capacidade de fato ou de exercício depende da possibilidade de se conseguir exercer sozinho os atos da vida civil. Essa é determinada pelas regras do Código Civil, que estabelece, nos artigos 3º, 4º e 5º, para as pessoas físicas a regra geral da maioridade e as exceções por meio de manifestação ou acontecimento, nas hipóteses de emancipação. No caso das pessoas jurídicas, a regra geral é que a personalidade e a capacidade de exercício começam com a existência legal, ou seja, com a inscrição do ato constitutivo no registro (artigo 45, Código Civil). A personalidade e posteriormente a aquisição da capacidade de exercício conferem à pessoa a capacidade para contratar (GUILHERME, 2007, p. 77).

A capacidade para contratar é condição para submeter controvérsias à arbitragem porque firmar uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral, escolher o árbitro e estabelecer limites para sua atuação depende de um acordo contratual entre as partes (MAROLLA, 2016, p. 59). Nessa senda, só pode submeter conflitos à arbitragem os indivíduos que podem, de antemão, contratar.

Possível concluir que consumidores de serviços públicos que possuem capacidade de contratar podem também submeter seus conflitos à arbitragem. A mesma permissão é conferida às pessoas privadas, legalmente

instituídas, que realizaram contrato de concessão ou permissão para prestação de serviços públicos. Questionamento mais dúbio, todavia, se refere à possibilidade de a Administração Pública, em razão de suas características, submeter as controvérsias a que estiver envolvida ao juízo arbitral. Dentro do critério subjetivo, como já mencionado, cumpre verificar se é possível que essa realize contratos, vez que, caso a resposta seja positiva, será possível a aderência ao juízo arbitral.

Inicialmente entendia-se que a Administração Pública realizava apenas atos unilaterais, o que afastava a possibilidade de realizar contratos. Aqueles, denominados atos administrativos, se caracterizam pela enunciação unilateral da volição do Poder Público, que ingressa no mundo jurídico para produzir efeitos, independentemente de anuência do seu destinatário (ARAÚJO, 1992, p. 168). Essa teoria foi amplamente superada pela doutrina, que compreende atualmente que é possível que a Administração Pública profira atos administrativos, mas também celebre contratos (ALMEIDA, 2012, p. 341).

Bandeira de Mello (2011, p. 2011) afirma que a Administração Pública pode realizar contratos administrativos e contratos da administração. No caso dos contratos da administração, as pessoas envolvidas encontram-se em uma situação jurídica de igualdade. Fala-se em horizontalidade da relação e por essa razão as normas contratuais construídas estão sob o manto das relações privadas, ainda que não sejam somente estas a reger tais relações. Nestas situações, não se aplica, na integralidade, o regime jurídico administrativo. Tem-se, como exemplo, a compra e venda de um imóvel ou a locação de uma casa para a atuação de uma autarquia (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 568). Tais contratos serão regidos pela lei de locações, mas a ele deve preceder um processo licitatório, para garantir o valor da isonomia, além de estar sob controle interno e externo próprios da administração pública.

Nos contratos administrativos há aplicação do regime jurídico de direito administrativo geral e o próprio destes contratos. Da análise das normas que os regulam, tem-se a posição de verticalidade do órgão público e as prerrogativas unilaterais (cláusulas exorbitantes), que possibilitam a persecução dos interesses coletivos. Destaca-se, inclusive, que a própria Constituição Federal estabelece a possibilidade dessa realizar contratos, conforme disposição do artigo 175, parágrafo único, inciso I.

Apesar da capacidade de contratar ser o requisito estabelecido pela

legislação para que pessoas, inclusive jurídicas, submetam seus conflitos ao juízo arbitral, a posição pacífica da doutrina de que a Administração Pública pode fazê-lo não foi suficiente para que a mesma uniformidade fosse encontrada no que se referia a possibilidade de o ente público se utilizar da arbitragem. Por essa razão foi que em 2015 a Lei de Arbitragem foi alterada pela Lei n. 13.129/15 para prever, expressamente no parágrafo 1º do artigo 1º, que a Administração pública direta e indireta pode se utilizar da arbitragem, para dirimir seus conflitos. Não obstante a aquiescência legislativa, faz-se necessário verificar os argumentos que separavam a doutrina no que diz respeito ao tema.

Com relação à previsão legislativa, duas correntes doutrinárias foram formadas: a primeira apregoava que o uso da arbitragem pelo ente público dependia de expressa autorização legislativa. Em virtude de a Lei de Arbitragem, quando da sua publicação, não o fazer, não seria possível que a Administração Pública submetesse seus conflitos ao juízo arbitral. A segunda corrente, por sua vez, defendia que o instituto legal mencionado também se aplicava aos entes públicos, justamente em razão da capacidade desses de contratar.

Salles (2011, p. 237-239) faz parte daqueles que compreendiam que um permissivo legal específico era pressuposto para que a Administração Pública se valesse da arbitragem na solução dos seus conflitos. Para o autor, não caberia aos servidores públicos, discricionariamente, renunciar à jurisdição estatal sem que essa opção fosse, de antemão, prevista pela legislação. O autor afirma que

Mesmo considerando - como efetivamente ocorrem - situações nas quais a Administração litiga em torno de interesses patrimoniais, colocados sob uma esfera de disponibilidade, portanto dentro do escopo da Lei de Arbitragem, não se pode entender a norma geral, contida nessa lei, como a abertura de um âmbito de discricionariedade para a Administração. Falta, exatamente, aquele comando legal, consistente em um permissivo dirigido à Administração pública (SALLES, 2011, p. 238).

Júnior (1988, p. 137) compreendia que a autorização legislativa específica seria o mais adequado frente ao interesse coletivo, mas que a sua ausência não seria empecilho para a utilização da arbitragem por parte da Administração Pública. Impedir a utilização desse meio de resolução extrajudicial de conflitos seria medida desproporcional, vez que macularia mais o interesse público pelo afastamento de princípios como da celeridade processual e eficiência. Se ater à

legalidade estrita impor um sacrifício muito maior à coletividade, sendo a autorização legislativa específica figura “exageradamente legalista” que deveria “ceder aos imperativos da eficiência administrativa” (JUNIOR, 1988, p. 138).

Grau (2002, p. 148), direcionou seus estudos no mesmo sentido. Para ele “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”. A capacidade de contratar seria, dessa forma, suficiente para autorizar o uso da arbitragem por parte da Administração Pública. Impedir a utilização do mecanismo por parte do Estado seria, em verdade, um agir ilegal (LEMES, 2007, p. 115).

O entendimento majoritário do Tribunal de Contas da União se dava no sentido de que havia a necessidade de autorização legal específica para que a Administração Pública se valesse da arbitragem para solucionar conflitos que a envolviam. Antes da publicação da Lei de Arbitragem e das leis associadas à Reforma do Estado, que passaram a prever a possibilidade de utilização da arbitragem em alguns contratos administrativos, observa-se o entendimento categórico do Tribunal contrariamente à utilização do instituto.

Em consulta realizada pelo Ministro de Minas e Energia, quanto à adoção da arbitragem para solucionar controvérsias atinentes aos preços de materiais e mão-de-obra estabelecidos nos instrumentos contratuais celebrados entre a Companhia Hidroelétrica do São Francisco e seus fornecedores, o Tribunal de Contas da União manifestou-se contrariamente. Na decisão n. 286/93, Homero Santos, relator do processo, afirmou que

o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros (BRASIL, 1993).

Após a publicação da Lei de Arbitragem as decisões não enveredaram por caminho diverso. Em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União, a pedido do Congresso Nacional, relativamente às obras de adequação de trechos rodoviários na BR 101, no Estado do Rio Grande do Sul, sob a responsabilidade do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

(DNIT), foi indicada a supressão das cláusulas relativas à arbitragem constantes na minuta do contrato. Segundo o acórdão n. 587/03, tais cláusulas eram “contrárias ao artigo 1º da Lei nº 9.307/96 e ao interesse público, e, portanto, nulas” (BRASIL, 2003).

As primeiras mudanças no posicionamento do Tribunal de Contas da União foram vistas nos anos seguintes. Em 2007, por meio do acórdão n. 1330, o Tribunal aprovou o projeto de Instrução Normativa n. 52 sobre a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP). No artigo 10, inciso III da Instrução Normativa, a corte estabeleceu a necessidade de que o órgão, a entidade federal concedente ou a autarquia especial mantenha em seus arquivos documentação relativa ao “o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307/96, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato” (BRASIL, 2007).

Apesar da decisão aparentemente contrária ao entendimento pacífico do próprio Tribunal, entende-se que, em verdade, a Instrução Normativa só trouxe a previsão destacada em razão da publicação, em 2004, da Lei n. 11.079/04. O instrumento normativo, que instituiu normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, trouxe previsão legislativa expressa do uso da arbitragem no caso dos contratos mencionados. Conforme artigo 11, inciso III da Lei n. 11.079/04, o instrumento convocatório que contém a minuta do contrato deveria prever, expressamente, “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem”.

Verifica-se que, antes da publicação da Lei n. 13.129/15, que alterou o artigo 1º da Lei de Arbitragem, para prever a utilização do mecanismo pela Administração Pública, o Tribunal de Contas da União tinha posicionamento pacífico sobre a necessidade de legislação autorizativa expressa. Em relação às leis publicadas antes de 2015 e que tinham tal previsão, o Tribunal entendia pela existência de legislação específica para alguns contratos administrativos e, conseqüentemente, possibilidade do uso da arbitragem apenas diante desses.

A existência de previsão genérica sobre a possibilidade de utilização da arbitragem por parte da Administração Pública impossibilitou que, por diversas vezes, o Estado se valesse dessa forma mais célere e mais específica de solução nas contendas derivadas dos contratos administrativos. Apesar de não haver

dúvidas sobre a capacidade de contratar conferida à Administração Pública, a possibilidade de afastar a jurisdição estatal por meio do uso da arbitragem gerava insegurança no meio jurídico.

A autonomia da vontade e a liberdade contratual, quando vistas sob o ângulo público, se submetem ao princípio da legalidade. Isso indica que sempre o servidor público atuará nos estritos limites da lei, inclusive quando essa lhe conferir discricionariedade na atuação. Por essa razão, as previsões legislativas específicas com relação ao uso da arbitragem por parte da Administração Pública foram muito importantes para afastar as incertezas jurídicas.

As primeiras previsões legislativas específicas do uso da arbitragem por parte da Administração Pública, impulsionadas pela Reforma administrativa do Estado, abriram espaço para que essa fosse considerada válida pela doutrina brasileira e pelo Tribunal de Contas da União em alguns contratos administrativos. Instrumentos legislativos tais quais a Lei n. 10.233/01, que dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, Lei n. 11.709/04, sobre parcerias público privadas, e a Lei n. 11.909/09, sobre atividades relativas ao transporte de gás natural, representaram grandes avanços referentes à temática. Apesar disso, foi a Lei n. 13.129/15 que pacificou a discussão em virtude da previsão expressa de que a Administração Pública, seja direta e indireta, pode utilizar-se da arbitragem em seus contratos administrativos.

Di Pietro (2016, p. 275) é categórica ao afirmar que com a publicação da Lei n. 13.129/15 “ficou clara a possibilidade de solução de disputas, pela Administração Pública, por meio da arbitragem”. Por essa razão e contando com a já pacífica capacidade de aderir à cláusula arbitral do consumidor e da concessionária de serviços públicos, é possível, do ponto de vista subjetivo, que um conflito envolvendo essas pessoas seja submetido ao juízo arbitral.

No que diz respeito às pessoas que se inserem no ambiente sob a fiscalização e normatização das autarquias especiais, é possível afirmar que todas têm capacidade para firmar compromissos arbitrais ou pactuar cláusulas compromissórias. Sejam pessoas jurídicas de direito público, consumidores ou entidades privadas, não há restrição quanto à natureza das pessoas envolvidas no conflito.

A grande controvérsia no que diz respeito ao uso da arbitragem nesse cenário, encontra-se, entretanto, nos limites objetivos para o uso desse

mecanismo. A Lei n. 13.129/15, que alterou a Lei n. 9.307/96, estabeleceu no parágrafo 1º do artigo 1º que a Administração Pública poderá se valer da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Por não especificar quais seriam esses direitos, acabou por criar um conceito jurídico indeterminado, deixando para a doutrina o papel de esclarecer o conceito de disponibilidade do patrimônio.

Cabe esclarecer o que vem a ser direito patrimonial disponível para ser possível concluir em quais casos a Administração Pública poderá se valer da arbitragem. Posteriormente, é preciso analisar esse conceito frente aos objetos que podem gerar demandas dentro desse ambiente, para somente após determinar a possibilidade do uso da arbitragem nessas circunstâncias.

A arbitragem objetiva se refere aos objetos centrais das demandas que podem ser levadas ao juízo arbitral. Como já explanado, pessoas capazes de contratar podem submeter seus litígios à arbitragem, entretanto nem todos os conflitos podem ser resolvidos por esse mecanismo justamente em razão do objeto que possuem. Em vistas do interesse de utilizar a arbitragem para solucionar conflitos ocorridos no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais, cumpre verificar também os limites objetivos para tanto. Esses relacionam-se aos direitos que podem ser submetidos à arbitragem, diante dos limites estabelecidos pela própria Lei n. 9.307/69. Há a necessidade de aferir então se todos aqueles objetos que geram conflitos podem ser levados ao juízo arbitral.

De acordo com a segunda parte do artigo 1º do instituto legal mencionado, as pessoas capazes de contratar podem utilizar a arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996). A limitação, que é apontada como regra geral para todas as pessoas, naturais ou jurídicas, é repetida no parágrafo primeiro do mesmo artigo para solidificar o entendimento de que, também com relação à Administração Pública, direta ou indireta, só é possível levar à arbitragem conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Dessa forma, cumpre analisar o conceito de direitos patrimoniais disponíveis, tanto em relação às pessoas naturais, quanto em relação às pessoas jurídicas de direito privado e público, já que todas essas estão inseridas das demandas em apreço.

Com relação ao primeiro conceito, “patrimonialidade”, Beviláqua (2001, p. 235) ensina que patrimônio é “o complexo das relações jurídicas de uma

pessoa, que tiver valor econômico”. Trata-se, abstratamente, de uma universalidade de direitos que possuem valoração pecuniária, ou seja, que podem ser quantificados em moeda e conseqüentemente possuem interesse econômico (MAROLLA, 2016, p. 88).

Tal qual os bens corpóreos, os bens incorpóreos também podem ser dotados de economicidade e conseqüentemente, quando o forem dessa forma, farão parte do conjunto de bens que formam o patrimônio da pessoa, seja ela jurídica ou natural (ROSENVOLD; FARIAS, 2014, p. 461). Em razão dessa concepção, excluem do patrimônio os direitos relativos à pessoa, como os individuais, de existência, de liberdade, imagem, de família e os direitos políticos. Por sua vez, fazem parte do patrimônio a posse, direitos reais, intelectuais, obrigacionais e as relações econômicas em geral (BEVILÁQUA, 2001, p. 238-239).

Tanto na esfera pública quanto na esfera privada, a patrimonialidade possui a mesma característica. A grande dúvida acerca do requisito objetivo para a arbitragem se relaciona não a essa conceituação, mas sim à disponibilidade do bem. Em regra, no âmbito privado, bens patrimoniais são disponíveis, enquanto que bens não patrimoniais são indisponíveis. Apesar da regra geral, conceituação mais específica explica que “os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles sobre os quais seus titulares têm plena disposição [...], tratando-se de bem que possa ser apropriado ou alienado (GUILHERME, 2007, p. 77-78)”.

Diante de uma controvérsia existente entre uma concessionária de serviços públicos e um consumidor, pessoas capazes de aderir à arbitragem, o objeto a ser demandado precisa cumprir a característica de patrimônio disponível. Observa-se que aquilo que é possível de ser discutido no meio ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais, como má prestação do serviço, corte do fornecimento de bem, alteração e cobrança de tarifas, são objetos definidos contratualmente e também atinentes a direitos patrimoniais disponíveis de ambas as partes. Não se referem a direitos de personalidade das partes, por essa razão podem ser submetidos à via arbitral.

A concessionária, inclusive, diante do contrato estabelecido com um consumidor determinado não está tratando de interesse público, mas sim da discussão da preservação de um interesse consumerista. Por essa razão é plena a possibilidade de que os objetos decorrentes das demandas surgidas sejam levados ao juízo arbitral. A mesma sincronia não é contrária, entretanto, no que diz respeito

ao direito público (MAROLLA, 2016, p. 91), ou seja, diante de conflitos surgidos entre o poder concedente e a concessionária de serviços públicos.

A primeira questão enfrentada pela doutrina no que diz respeito ao tema é relativa ao princípio da indisponibilidade do interesse público, explicado por Bandeira de Mello (2011, p. 53-57) como sendo a “dimensão pública dos interesses individuais”, ou seja, o interesse comum de cada membro da sociedade. Segundo o autor, o “interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 53-57).

Parte da doutrina entende que o princípio da indisponibilidade do interesse público é incompatível com a disponibilidade do patrimônio, logo não seria possível a utilização da arbitragem. Ou seja, sendo o interesse público sempre indisponível, não seria possível que o Estado se valesse da arbitragem para dirimir conflitos em que seja parte, vez que ele não poderia dispor do interesse público. Corrente doutrinária oposta entende que a indisponibilidade do interesse público se relaciona com a finalidade da atuação administrativa e com o cumprimento da lei e não com a disponibilidade do patrimônio. Sob essa ótica, direitos patrimoniais poderiam ser ou não disponíveis.

Antes de abordar propriamente os dois aspectos doutrinários, cumpre esclarecer que a indisponibilidade mencionada se relaciona propriamente com o interesse público, também chamado de interesse primário do Estado. Esse, todavia, não é necessariamente coincidente com todos os interesses do Estado, tendo em vista ser o Estado uma pessoa jurídica também dotada de interesses particulares (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 65-66). Quando o Estado atua em uma relação jurídica em condições de igualdade com o particular, como ocorre nos contratos de seguro, compra e venda, contratos em que o Poder público é locatário, não há que se falar em interesse público, mas sim em interesse privado do Estado (DI PIETRO, 2016, p. 275). Nesses casos, não havendo interesse público, não é plausível se falar em indisponibilidade do patrimônio e conseqüentemente afasta-se a discussão sobre a impossibilidade de utilizar a arbitragem.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União. No acórdão n. 391/2008, proferido no relatório de auditoria n. 005.605/2002-9, o tribunal se manifestou sobre a tema afirmando que

em contratos em que a Administração se iguala ao particular, como naqueles regidos por normas de direito privado - como contratos de seguro, de financiamento, de locação (em que o poder público seja locatário), conforme o disposto no artigo 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 - seria defensável a utilização da arbitragem diante da natureza disponível do negócio jurídico (BRASIL, 2008).

Verifica-se que o questionamento acerca do princípio da indisponibilidade do interesse público frente à disponibilidade do patrimônio para fins de aplicação do juízo arbitral só se faz relevante frente aos contratos em que a Administração Pública atua em posição de soberania frente ao particular. Nestes, o Estado tutela o interesse público, que é, sem dúvida, indisponível. Nos contratos em que a Administração está em posição de horizontalidade com o particular, os direitos patrimoniais dispostos são disponíveis e logo podem ser submetidos à via arbitral.

Superada essa questão, cumpre verificar os posicionamentos doutrinários acerca da incompatibilidade ou não do princípio da indisponibilidade do interesse público com a disponibilidade do patrimônio. Destaca-se, inicialmente, a posição de Bandeira de Mello (2014) e Figueiredo (2006), para quem são incompatíveis a indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade de direitos patrimoniais. O primeiro autor não concorda com a possibilidade de arbitragem trazida pelo legislador na Lei de concessões e de parcerias público privadas. Entende o jurista ser inadmissível a possibilidade de afastar a atuação do poder judiciário em prol de uma decisão advinda de terceiro. Destaca que os interesses públicos em conflito não podem ser solucionados por particulares sem competência e qualificação jurídica (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 77).

Figueiredo (2006, p. 115-116) aponta três motivos pelos quais a arbitragem é incompatível com a solução de controvérsias no setor público. Inicialmente destaca que a arbitragem está relacionada a direitos disponíveis, que são incompatíveis com o regime jurídico administrativo. Em segundo lugar, afirma que a decisão arbitral não se sujeita a recurso ou revisão do poder judiciário, o que feriria direitos constitucionais. Por fim, que as regras de competência referentes à União são constitucionais, não podendo ser derogadas por lei infraconstitucional.

A incompatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade do patrimônio também já foi utilizada como fundamento para as decisões do Tribunal de Contas da União serem contrárias ao

uso da arbitragem. No relatório de levantamento de auditoria n. 008.402/2005-4, em que o Congresso Nacional, interessado, solicitou fiscalização nos contratos firmados para realização de obras rodoviárias da BR-163/MS, sob a responsabilidade do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e a 19ª Unidade de Infraestrutura Terrestre, o Plenário da Corte firmou decisão expressa no sentido de que “é ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos” (BRASIL, 2006). No relatório do acórdão n. 1099/2006, afirmou o relator Augusto Nardes que

O fundamento da referida determinação pauta-se pela necessidade de observância, pelo Poder Público, da indisponibilidade da relação jurídica contratual de natureza pública. Portanto, tornam-se nulas cláusulas editalícias e contratuais que estabeleçam procedimentos de arbitragem para solução de controvérsias, em contratos e demais ajustes públicos, por se tratarem de direitos patrimoniais indisponíveis, em violação ao disposto na Lei nº 9.307/96, diploma legal que instituiu a utilização da mediação e arbitragem no nosso país (BRASIL, 2006).

Outro grupo de doutrinadores discordam veementemente dos posicionamentos mencionados, afirmando que a indisponibilidade do interesse público está relacionada à busca pelo bem coletivo e ao cumprimento da legalidade. Nesse viés, seria plenamente cabível a utilização da arbitragem no caso de controvérsias envolvendo entes públicos, justamente porque “ser indisponível não implica, necessariamente, na indisponibilidade de todos os direitos tutelados pela Administração” (MAROLLA, 2016, p. 106).

Norteador desse posicionamento é Grau (2002, p. 147), que entende que “não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”. Para o autor, a disponibilidade está relacionada com o fato de o bem poder ser transferido a outrem. Dessa forma, em sendo o bem passível de transferência ele seria considerado disponível. É plenamente possível que a alienação de um bem seja mais vantajosa à coletividade do que a sua manutenção no patrimônio público, logo, na mesma toada, é plausível que no cumprimento do interesse público o Estado disponha de um bem (GRAU, 2002, p. 147-148). Conclui-se que a indisponibilidade do interesse público não possui, para Grau (2002, p. 147), relação com a disposição de bens públicos, ainda que haja limitação legal para essa

disposição, como se verá. Sobre os critérios para se considerar um bem disponível a pesquisa disporá em seguida.

Dallari (1995, p. 66) tem entendimento semelhante, pois compreende que quando o poder público opta pela arbitragem ele não está dispondo do interesse público, mas na verdade escolhendo um mecanismo mais ágil, eficiente e técnico para a defesa desse. Salieta, inclusive, que na arbitragem se preservam os princípios constitucionais da imparcialidade do julgador e da ampla defesa, logo é instrumento de grande utilidade para se alcançar um resultado mais eficiente para a coletividade.

Nas decisões mais recentes sobre o tema o Tribunal de Contas da União tem decidido pela possibilidade da utilização da arbitragem nos contratos envolvendo parcerias público privadas. Primeiramente porque, como já retratado, existe autorização legislativa expressa para tanto (artigo 11, III, Lei n. 11.709/11) e como segunda justificativa em razão das questões versadas serem estritamente de cunho patrimonial. Isso foi o que se observou no processo de desestatização n. 032.786/2011-5 em que a Corte acompanhou o 2º estágio de concessão dos aeroportos internacionais Governador Franco Montoro, em Guarulhos/SP, Viracopos, em Campinas/SP, e em Presidente Juscelino Kubitschek, em Brasília/DF.

No acórdão n. 157/2012, o tribunal se manifestou sobre a minuta contratual feita pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) para afirmar que a previsão de cláusula arbitral constante no documento é lícita na medida em que incide “exclusivamente sobre direitos patrimoniais – representativos do chamado interesse público secundário ou instrumental –, e não sobre potestades de índole pública (interesse público primário, de promoção do bem comum)” (BRASIL, 2012). Nesse viés, prosseguiu o relator do processo, Aroldo Cedraz, suscitando que as demandas com reflexo patrimonial, como por exemplo as que estejam relacionadas ao equilíbrio-econômico financeiro do contrato, podem ser submetidas ao juízo arbitral. Por sua vez, quando o conflito se referir às cláusulas regulamentares, o direito não será disponível e conseqüentemente deverá ser submetido à jurisdição estatal (BRASIL, 2012).

Diante das exposições, a pesquisa caminha no sentido da tese atualmente majoritária de que a discussão acerca da disponibilidade do patrimônio não se relaciona com a disponibilidade ou não do interesse público. No momento da análise, por parte da Administração Pública, sobre a disponibilidade do bem, para

que possa concluir sobre a possibilidade de leva-lo ou não à arbitragem, não deve ela se ater ao interesse público envolvido. Isso se dá pelo fato de que, em vistas da garantia do interesse público, por vezes pode ser mais benéfico submeter o conflito à arbitragem em razão das suas características de celeridade, eficiência e especialidade. Schmidt (2016, p. 43-44) ilustra essa situação:

Sempre que a Administração Pública contrata uma obra ou serviço, ela pratica atos de disposição de seu patrimônio, mediante o desembolso dos recursos públicos correspondentes. É igualmente o que se dá quando o Poder Público promove o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato, ou quando realiza uma desapropriação amigável, pela via administrativa. A satisfação do interesse público, em tais hipóteses, é resultado de um ajuste, de caráter patrimonial, entre a Administração Pública e o particular. O ato de disposição do patrimônio é praticado, precisamente, para atender a um interesse público finalístico da coletividade. É da essência da atuação administrativa, para a satisfação dos interesses da coletividade, a prática de atos de disposição patrimonial.

Conclui-se que a indisponibilidade do interesse público é princípio que não deve ser usado como critério para verificar se o patrimônio é ou não disponível. A partir dessas considerações, cumpre analisar quais são os critérios para se considerar, no que diz respeito ao conflito envolvendo a Administração Pública, um patrimônio como disponível. Inicialmente, cumpre ressaltar a ressalva feita por Di Pietro (2016, p. 278) com relação à expressão disponível. Segundo a autora, ela pode conduzir o leitor a compreender seu significado como livre disposição, o que não é o correto.

Um primeiro critério verificado pela doutrina como possível para se constatar a disponibilidade do bem relaciona-se aos atos de império e de gestão praticados pela Administração Pública. O Estado pratica atos de império nas situações em que se coloca em posição de desigualdade em relação ao particular, impondo de maneira unilateral e coercitiva a realização de determinadas condutas. A prática de atos de império se dá em virtude do exercício da função pública e da aplicação do regime jurídico administrativo. Atos de gestão, por sua vez, relacionam-se com a organização e gerência dos bens e serviços administrativos. Nessas situações, como quando o Estado aliena um bem sem afetação pública, se aplica a esse o regime jurídico privado comum aos particulares, não dispondo de quaisquer prerrogativas (MAROLLA, 2016, p. 118-119).

Em virtude da imprecisão do critério, entende-se que não é possível considerá-lo para constatação dos bens passíveis de serem submetidos à arbitragem. Difícil seria a separação de todos os atos do Estado para caracterizá-los como sendo de império ou de gestão. Ainda, diante da complexidade das relações que envolvem a Administração Pública e da já consideração da existência de atos complexos, é plausível que em uma única manifestação o Estado atue em algum âmbito com posição imperial e em outro com posição de gestor.

A transacionabilidade do direito também vem sendo utilizada como critério para se considerar o bem como passível de ser submetido à arbitragem. A transação se trata de um outro meio extrajudicial de solução de conflitos, já que as partes, por meio de concessões mútuas, alcançam o fim do litígio sem submeter a demanda ao poder judiciário. Não há, entretanto, relação entre a transação e a arbitragem, o que leva a impossibilidade de assemelhar os requisitos para a submissão à transação como os mesmos para a submissão à arbitragem. Na transação não há um terceiro julgador envolvido na demanda, a decisão final não tem força de título executivo e há a renúncia de um direito, ou parte dele, diferentemente do que ocorre na arbitragem. Por tais razões não é possível a aproximação entre os institutos (MAROLLA, 2016, p. 122-124).

A possibilidade de transferência do bem também é utilizada como critério para se definir a disponibilidade. Conforme artigo 852 do Código Civil, não é possível que a arbitragem trate de “questões de estado, de direito pessoal e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”, ou seja, não é possível que a arbitragem trate de objetos que não podem ser transferidos. Nota-se que, de acordo com a legislação, que direitos disponíveis são aqueles que se inserem no âmbito da livre disposição por parte do indivíduo, logo são passíveis de arbitragem os conflitos que envolvam bens suscetíveis de livre transferência à terceiros (BINENBOJM, 2016, p. 208-209). Grau (2002, p. 147) arremata a discussão com clareza quando afirma que

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados [...]. Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.

Seguindo a mesma perspectiva, Di Pietro (2016, p. 278-279) aponta a observação dos tipos de bens públicos como necessária para se definir a transferência e conseqüentemente a disponibilidade do patrimônio. A autora relembra que, de acordo com o Código Civil, os bens públicos são classificados como de uso comum do povo, de uso especial e dominicais. A valoração econômica e a possibilidade de alienação de cada um é explicada:

[...] os bens de uso comum do povo não são passíveis de avaliação, de valoração econômica, porque destinados ao uso de todos, como as ruas, as praças, o mar, a praia, entre outros; os de uso especial são passíveis de valoração econômica, mas são indisponíveis, porque têm uma destinação pública, tal como previsto no inc. II do referido dispositivo legal; e os dominicais são passíveis de avaliação e são disponíveis por não terem afetação pública (DI PIETRO, 2016, p. 278)

Na avaliação dos critérios para se considerar o patrimônio como disponível, explica Di Pietro (2016, p. 278) que os bens de uso comum do povo estão fora do comércio, porque atendem direitos fundamentais dos indivíduos. Portanto, não podem ser comercializados ou serem submetidos a qualquer instituto de direito privado, como é o caso da arbitragem. Os bens de uso especial, apesar de não estarem vinculados ao uso da coletividade, são relevantes para o desempenho das funções públicas, logo também não podem ser objeto de relações regidas pelo direito privado, como é o caso da arbitragem. Os bens dominicais, por sua vez, possuem a característica de disponibilidade enquanto não afetados por função pública. Enquanto não possuem destinação pública podem ser comercializados, vendidos, locados, doados e negociados por meio de qualquer relação de direito privado (DI PIETRO, 2016, 278). Nessa perspectiva, são disponíveis e transferíveis por parte da administração os patrimônios correspondentes aos seus bens dominicais.

Di Pietro (2016, 280-281) deixa claro, entretanto, que não apenas esse critério deve ser utilizado para verificar qual demanda pode ser submetida ou não à arbitragem. No que se refere aos contratos administrativos, regidos pela Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos públicos, é possível que a arbitragem seja aplicada aos conflitos cujo objeto sejam as cláusulas financeiras do contrato.

Não é possível definir um único critério que balize a verificação

daquilo que pode ser considerado como patrimônio disponível da Administração Pública. Estando diante da possibilidade de submeter um conflito, que envolve o Estado, à arbitragem, deve-se verificar, inicialmente, se o objeto da demanda pode ser valorado economicamente. Se sim, passa-se para a análise do bem envolvido ou da cláusula contratual a que se refere. Em sendo o bem em apreço bem público dominical, sem afetação pública, é possível que a discussão seja levada à arbitragem. Caso se trate de discussão atinente ao âmbito dos contratos administrativos, para que a arbitragem seja aplicada para a solução da demanda é preciso que a cláusula esteja dentre aquelas financeiras, que garantem a manutenção da equação econômica do contrato.

Por todo o exposto é possível concluir que o regime jurídico para que a Administração Pública se valha se um meio privado de solução extrajudicial de conflitos constitui-se na análise da capacidade contratual da pessoa envolvida (limite subjetivo), previsão legal expressa e bem patrimonial disponível (limite objetivo).

No capítulo verificou-se que a presença das autarquias especiais colaborou para que princípios gerenciais fossem incorporados à movimentação da máquina pública. O regime jurídico especial que lhes foi conferido permite que essas atuem no cotiado com independência e autonomia, além de que se valham das suas competências reguladora e de fiscalização para garantir a prestação eficiente de serviços públicos. Quando nessa seara surgem conflitos, é possível que as autarquias especiais realizem a composição de conflitos, mas também é plausível que consumidor, concessionária e poder concedente optem pela utilização de meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Os limites subjetivos e objetivos, previstos na legislação, para o uso desses mecanismos foram analisados e com isso superadas as dúvidas sobre a possibilidade de que no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais as pessoas envolvidas levem suas demandas para uma solução extrajudicial, ainda que dentre elas esteja a Administração Pública.

A pesquisa selecionou a arbitragem como meio extrajudicial de solução de demandas para maiores elucidções no capítulo seguinte. A partir da compreensão da possibilidade de que ela seja utilizada, cumpre verificar a compatibilidade do seu procedimento, eminentemente privado, com a presença da Administração Pública. Ademais, em vistas do destaque realizado na pesquisa para a atuação das autarquias especiais, cumpre discutir sobre o modo como essas se

valem da sua competência para também solucionar extrajudicialmente conflitos. Será discutida a compatibilidade da arbitragem com a atuação das autarquias especiais para solução de demandas e a conformidade com objetivos gerenciais.

### **3 ARBITRAGEM E A ATUAÇÃO DAS AUTARQUIAS ESPECIAIS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

As discussões a respeito da arbitragem que são trazidas nesse capítulo reportam-se ao início da formação das civilizações, vez que esse mecanismo privado de solução de conflitos pode ser encontrado nas formações sociais mais remotas. Ainda que características e formas procedimentais tenham sido alteradas, a arbitragem mantém, ao longo dos séculos, a característica primordial de possuir um terceiro impondo uma decisão diante da lide existente entre duas ou mais partes. Apesar da antiguidade do mecanismo, sua regulamentação e introdução nos ordenamentos jurídicos reportam-se ao surgimento do Estado Moderno (meados do século XV).

Além das ênfases históricas da arbitragem e do progresso de institucionalização, a pesquisa apresentará suas principais características, entendidas como sendo: preponderância da autonomia da vontade, exclusão da jurisdição estatal, especialidade e imparcialidade do árbitro, confidencialidade e definitividade da decisão arbitral. Cumpre nesse momento analisar a aplicação delas quando a arbitragem se dá sobre o regime jurídico privado e as adaptações necessárias nos momentos em que a Administração Pública opte pelo procedimento.

Em vistas do enfoque dado nesta pesquisa, abordar-se-á as principais inovações passíveis de serem implementadas na arbitragem utilizada para a solução de conflito existente entre o poder concedente e concessionária de serviços públicos e naquela utilizada para resolver o conflito entre usuário do serviço e concessionária.

Por fim, será discutida a compatibilidade do procedimento arbitral com a competências das autarquias especiais para solucionar demandas extrajudicialmente. A pesquisa apontará a natureza do procedimento, com enfoque na atuação da ANATEL e as possíveis exclusões ou não de outras esferas decisórias.

#### **3.1 ÊNFASES HISTÓRICAS DA ARBITRAGEM**

Arbitragem é, em essência, um mecanismo privado de solução de

conflitos utilizado para dar fim a uma lide existente entre duas ou mais pessoas. Por possuir técnicas específicas, princípios próprios e por aplicar um julgamento diante de uma demanda, é instituto jurídico reconhecido pelo Direito e presente em diversos ordenamentos jurídicos. Como se verá, tem por característica precípua a escolha de um terceiro, por parte dos litigantes, para impor uma resposta à lide vivenciada, comprometendo-se as partes ao exato cumprimento da decisão exarada.

O uso da arbitragem remete a pesquisa aos primórdios da humanidade, vez que seu surgimento está intimamente relacionado com o desenvolvimento das próprias relações sociais. A partir do momento em que homem se absteve de solucionar suas demandas pela autodefesa, ou seja, com o uso da força, e quando o entendimento entre as partes já não se fazia mais eficaz, a presença de um terceiro se fez necessária. Mesmo antes da criação dos Estados, os indivíduos já buscavam em pessoas de confiança, como líderes religiosos ou anciãos da comunidade, sujeitos que pudessem resolver as suas contendas (CAHALI, 2014, p. 30-31).

O estudo do direito grego aponta para remotos usos da arbitragem. Para aquela sociedade, a utilização do mecanismo estava relacionada à própria cultura e religião difundida. A mitologia apregoava a resolução de conflitos envolvendo os próprios Deuses por meio de um terceiro interveniente escolhido (MUNIZ, 2006, p. 20-22). Por essa razão, na sociedade grega a arbitragem foi muito utilizada tanto para solucionar conflitos entre cidades-estados quanto para resolução de demandas particulares. Havia cidadãos especificamente com a incumbência de solucionar esses conflitos, mas o que os diferenciava dos juízes locais e lhes dava destaque era a possibilidade de decidir de modo breve e julgar conforme a equidade, ainda que em descompasso com a legislação vigente (JÚNIOR, 1988, p. 129).

Em Roma o instituto foi aperfeiçoado e começou a ganhar os contornos da arbitragem como vista na atualidade. Sua base era contratual, ou seja, cabia às partes pactuarem compromisso arbitral ou cláusula compromissória que se submeteria apenas às estipulações do próprio contrato. De acordo com a legislação romana, a decisão do árbitro era irrecorrível, sendo considerada, posteriormente, também executável (MUNIZ, 2006, 22-23).

Na Idade Média a arbitragem ganhou espaço como importante meio de solução de controvérsias individuais, como sobre partilha de bens e parentesco, e

de Estado, como sobre demarcação de territórios (CAHALI, 2014, p. 33). Nesse período, o clero fazia as vezes dos árbitros, tendo em vista a forte influência da igreja sobre questões públicas e de Estado. O instituto também se difundiu entre os ainda pequenos comerciantes locais. Em razão da informalidade, celeridade e possibilidade de aplicar os usos e costumes ao procedimento, a arbitragem avançou largos passos no período (MUNIZ, 2006, 24).

Com o surgimento do Estado Moderno (meados do século XV) e o fortalecimento dos sistemas judiciais, o mecanismo de solução extrajudicial de conflitos em apreço não foi preterido, mas, pelo contrário, passou a ser regulamentado em diversos ordenamentos jurídicos. Com o avanço do comércio internacional e a propulsão da globalização, a arbitragem passou a ser utilizada por organismos internacionais, em meio a tratados de comércio, em favor de Estados soberanos e ainda se manteve fortemente presente nas relações privadas. Solidificou-se como um mecanismo eficaz na solução de controvérsias e na manutenção do equilíbrio das relações sociais (JÚNIOR, 1988, p. 131-132).

No Brasil, foi positivada no ordenamento jurídico já na Constituição Imperial de 1824, na norma do artigo 160. Posteriormente, foi inserida pelo legislador no Código Comercial de 1850, mas só passou a ser amplamente utilizada no Estado brasileiro quando o país aderiu ao Protocolo de Genebra, relativo à cláusula de arbitragem, firmado em 24 de setembro de 1923 e incorporado no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto n. 21.187 de 22 de março de 1932. O instituto legal reconheceu a validade da cláusula compromissória ou compromisso arbitral e impôs o uso do mecanismo para solucionar divergências internas e externas (GUILHERME, 2007, p. 34).

Nesse cenário, foi promulgada a Lei n. 7.244/84, que dispôs sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de pequenas causas. Nos artigos 25 ao 27 do instituto legal, foi previsto o uso do juízo arbitral no âmbito dos juizados especiais cíveis e criminais. Ainda que com a posterior substituição da Lei mencionada pela Lei n. 9.099/95, a arbitragem foi mantida, como se observa a partir do artigo 21 da legislação atualmente aplicável aos juizados especiais.

Nos Códigos de Processo Civil brasileiros, foi prevista a possibilidade de utilização do juízo arbitral nos institutos de 1939 e 1973. Ainda que existissem diversos dispositivos sobre o tema, o grande avanço interno da arbitragem foi visto com a promulgação Lei n. 9.307/96. Em razão da especialidade

da legislação, foi possível prever uma formatação segura, eficiente e inovadora para a arbitragem.

Logo após a publicação da Lei n. 9.307/96 (Lei geral de Arbitragem), o mecanismo começou a ser discutido e positivado pelo legislador para utilização nas esferas públicas. Antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98, marco legal da reforma do Estado, já era possível se verificar características gerenciais nos negócios jurídicos públicos e a previsão da utilização da arbitragem. Isso fica explícito na obrigatoriedade de que os contratos que versem sobre exploração e produção de petróleo e gás, submetidos à Lei n. 9.478/97, tenham regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional (artigo 43, inciso X da Lei n. 9.478/97). No mesmo ano foi publicada a Lei n. 9.472/97, que tratou sobre a organização dos serviços de telecomunicações, trouxe a previsão de que tanto nos contratos de concessão quanto nos contratos de permissão o contrato deve indicar “o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais” (artigo 93, XV e artigo 120, X, Lei n. 9.472/97).

Após o advento da Emenda Constitucional n. 19/98, que instituiu o princípio da eficiência, o legislador passou a atuar na positivação dos preceitos da Administração Pública gerencial diante dos negócios jurídicos administrativos. Tal fato é identificado, por exemplo, na Lei n. 10.233/01, que dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestres. A arbitragem, mais uma vez contornando as modificações legislativas com perspectiva gerencial, aparece no artigo 35, inciso XVI. Segundo o dispositivo, o contrato de concessão deverá ter, dentre suas cláusulas essenciais “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem” (BRASIL, 2001).

Na década seguinte, no ano de 2004, foi promulgada a Lei n. 11.079/04 que instituiu as parcerias público-privadas, outra modalidade de negócio jurídico público cuja finalidade era atrair investimentos do setor privado para a prestação de serviços públicos (FLAUSINO, 2015, p. 25). O instrumento normativo instituiu como diretriz geral da contratação de parceria público-privada a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria. Nessa legislação, a presença de cláusula arbitral aparece como obrigatória já na minuta do contrato, ou seja, no edital de licitação. O dispositivo introduziu grande

avanço no que diz respeito ao uso da arbitragem por parte da Administração Pública. Isso porque, em uma perspectiva gerencial, possibilitou que o particular, antes de optar por participar da licitação, já verificasse a existência do mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos no contrato a ser firmado. O dispositivo trouxe segurança jurídica para os contratos firmados além de se tornar mais atrativo para a iniciativa privada.

Acompanhando a introdução do uso da arbitragem em contratos administrativos, o legislador ordinário, em 2005, alterou a Lei n. 8.987/95 (Lei de concessões), por meio da Lei n. 11.196/05, para prever no artigo 23-A que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem”. O uso da arbitragem diante de conflitos surgidos em contratos administrativos se tornava cada vez mais presente no ordenamento jurídico, trazendo segurança jurídica e fomentando o interesse da iniciativa privada em investir em serviços e bens públicos.

Em 04 de março de 2009 foi publicada a Lei n. 11.909, que dispôs sobre as atividades relativas ao tratamento, transporte e comercialização de gás natural. Nesta também houve clara positivação das diretrizes da Administração Pública gerencial, inclusive a possibilidade da utilização da arbitragem nos conflitos derivados do contrato firmado (artigo 21, XI, Lei n. 11.909/09). Por fim, a Lei n. 12.462/11, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas também trouxe aspectos desburocratizantes. Conforme dispõe o artigo 1º, apesar da lei ter sido criada para atender situação excepcional e determinada, foi possibilitada a continuação da sua aplicação para a contratação em setores estratégicos, como ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento e obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde. O uso da arbitragem foi previsto expressamente no artigo 44-A, que prevê que nos contratos regidos pela Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.

A autorização legislativa do uso da arbitragem em contratos administrativos específicos deve ser entendida no contexto da reforma do Estado justamente em razão da mudança de perspectiva da atuação administrativa. Em meio às delegações de competências e serviços, privatizações e desconcentração da atividade administrativa para os municípios e para novas pessoas jurídicas de

direito público, o uso de mecanismos de solução extrajudicial de conflitos se coaduna com o novo modo de gerir o Estado. Por sua característica de aproximar as partes, de solucionar a demanda com agilidade e eficiência, a arbitragem passa a fazer parte do cenário público como parte de uma nova estratégia de governança (SALLES, 2011, p. 61).

Vale destacar que o período de início da reforma gerencial, e os anos que se sucederam, foi o de maior produção legislativa em prol da possibilidade de se incluir a cláusula arbitral no contrato administrativo. Não se tratou de uma tentativa de privatizar a jurisdição estatal, mas sim de estender as transformações ocorridas no âmbito do Estado para os demais procedimentos que o envolvessem. Ainda, é importante realçar que por mais que nesse ínterim a previsão tenha sido apenas para contratos administrativos específicos, de certo abriu portas para que posteriormente, em 2015, fosse publicada a Lei n. 13.129/15 que previu uma autorização geral para o uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta.

Sob tais fundamentos, o uso da arbitragem em conflitos surgidos no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais deve ser analisado no contexto da reforma gerencial. A partir de uma perspectiva de eficiência, qualidade e atendimento do cidadão, passa-se a estudar o regime jurídico da arbitragem na esfera privada e as possibilidades de compatibilizá-lo com a presença da Administração Pública. Serão abordadas as principais características do processo arbitral em âmbito privado e posteriormente cada uma delas analisadas sob a esfera pública para que se possa concluir sobre as adaptações necessárias quando presente o ente estatal.

### 3.2 REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM NAS ESFERAS PRIVADA E PÚBLICA

Em um cenário estritamente privado as partes podem, como regra geral, optar pelo uso da arbitragem para solucionar controvérsias originadas nos mais diversos negócios jurídicos. A mesma resposta não é esperada quando atua no contrato uma pessoa jurídica de direito público, em razão da submissão ao regime jurídico administrativo. Justamente por isso que a utilização da arbitragem na esfera pública começou a ser discutida a partir dos princípios gerenciais introduzidos com a reforma do Estado e posteriormente positivada pelo legislador nas leis que trataram

dos seus novos modos de atuação.

Como um mecanismo especial de julgamento, em que um árbitro se coloca como terceiro imparcial responsável por dizer o direito diante de um conflito, tem-se aplicado à arbitragem um regime eminentemente privado. O seu desenvolvimento está relacionado com a progressão das próprias relações sociais e em virtude das suas características intrínsecas adquiriu uma natureza jurídica híbrida: contratual, em virtude de derivar da vontade das partes, e jurisdicional, por ser forma de aplicar o direito ao caso concreto. Atualmente, possui procedimento, técnica e princípios próprios e está amplamente reconhecida e inserida no direito. Apesar disso, tais atributos foram construídos para atender, inicialmente, a uma necessidade de solução de conflitos existentes no âmbito privado.

Nessa ótica, faz-se importante verificar a compatibilidade e a necessidade de ajustes para que a arbitragem seja utilizada no âmbito público. Dentre os valores centrais da arbitragem passíveis de avaliação destacam-se as características da preponderância da autonomia da vontade, exclusão da jurisdição estatal, definitividade da decisão arbitral, especialidade e imparcialidade do árbitro e confidencialidade. Para a verificação, passa-se a dispor acerca delas sob o enfoque das premissas da administração pública gerencial.

### 3.2.1 Regime Jurídico na Esfera Privada

A autonomia da vontade é fundamento da arbitragem em virtude de ser necessário que as partes façam expressa adesão ao seu uso por meio da convenção de arbitragem. A submissão à arbitragem é voluntária e a escolha encontra-se no âmbito da liberdade conferida aos sujeitos. Ninguém pode ser obrigado a levar suas demandas a um árbitro, por não ser possível exigir de outrem a negativa da tutela jurisdicional (CAHALI, 2014, p. 114).

Tal autonomia também se manifesta no momento em que se convencionou o uso do mecanismo, já que é imprescindível que os envolvidos optem pela legislação aplicável e por possíveis arranjos procedimentais. É exequível, por exemplo, que as partes indiquem quantos e quem serão os árbitros, estipulem prazos e locais para a prática dos atos, imponham limitações à concessão de liminar

sem ouvir a outra parte, dentre outros (artigo 2º, §1º e §2º<sup>16</sup> e artigo 11<sup>17</sup>, Lei n. 9.307/96). Conforme a norma do artigo 21 da Lei n. 9.307/96, o árbitro deve seguir o procedimento estabelecido pelas partes ou, na falta desse, àqueles constantes em um órgão arbitral institucional ou disciplinados pelo julgador.

As limitações à autonomia da vontade estão estabelecidas no artigo 21, §2º do mesmo instrumento legal, quando esse prevê que na escolha do procedimento as partes não poderão desrespeitar os princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento do árbitro. Apesar disso, é possível ainda a estipulação de outras limitações gerais, como a necessidade de que o procedimento respeite os princípios gerais do direito, boa-fé, usos e costumes, e ainda siga determinadas normas internacionais. Desde que estejam de comum acordo e não violem os princípios preconizados na lei, as partes podem alterar, a qualquer momento, tanto limitações quanto regras procedimentais (MUNIZ, 2006, p. 69).

A autonomia é característica essencial para a validade da arbitragem. Os envolvidos têm a possibilidade de estabelecer regras próprias para o bom desenvolvimento do procedimento, o que legitima e favorece o cumprimento da decisão final. Por atuarem ativamente antes da existência do conflito, acabam por conferir credibilidade ao mecanismo (SALLES, 2011, p. 34).

Outra característica inerente à arbitragem é a exclusão da jurisdição estatal que é gerada com a convenção de arbitragem. É certo que essa exclusão não é absoluta, em razão da possibilidade de anulação da decisão arbitral por parte do Poder Judiciário, nos casos expressamente previstos em lei (artigo 32<sup>18</sup> e 33<sup>19</sup>,

---

<sup>16</sup> Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

<sup>17</sup> Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

<sup>18</sup> Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VI - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

<sup>19</sup> Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

Lei n. 9037/96), além da expectativa, como medida judicial de apoio, de execução judicial da decisão arbitral (artigo 515, VII, CPC<sup>20</sup>). Apesar das situações excepcionais, como regra geral, caso as partes optem por submeter o conflito em que estão envolvidas à arbitragem estarão necessariamente optando por afastar a atuação jurisdicional do Estado.

Nesse viés, cumpre destacar que, para a legislação brasileira, a existência de convenção de arbitragem previamente estabelecida ou o mero reconhecimento de árbitro acerca da sua competência para resolução de determinado conflito, gera a extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 485, VII, CPC<sup>21</sup>). Não parece desarrazoada a hipótese legal, já que havendo compromisso das partes em utilizar a arbitragem não é plausível admitir que se voltem novamente ao Judiciário.

Cumpre mencionar ainda a definitividade da decisão, aspecto de significância do procedimento arbitral. Expressa que a decisão proferida pelo árbitro é definitiva, não cabendo contra ela recursos. A característica colabora para que mais rapidamente o litígio chegue ao fim e a solução seja imunizada (SALLES, 2011, p. 56). Está prevista expressamente na norma dos artigos 18 e 29 da Lei n. 9.307/96 que preconizam, respectivamente, que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a decisão que proferir não fica sujeita a recurso” (BRASIL, 1996) e “proferida a decisão arbitral, dá-se por finda a arbitragem” (BRASIL, 1996). A legislação admite apenas que haja correção de eventual erro material, esclarecimento de obscuridade, dúvida, contradição ou omissão na decisão.

Seguindo nas peculiaridades da arbitragem, realça-se a especialidade do árbitro, mesmo esse não sendo um requisito indispensável para a escolha do julgador. De acordo com o artigo 13 da Lei n. 9.307/96<sup>22</sup>, qualquer pessoa capaz e de confiança das partes pode ser escolhida como árbitra. Apesar disso, a tendência é que as partes optem por indivíduo que possui amplo conhecimento na matéria objeto da demanda para garantir maior eficácia à decisão (FLAUSINO, 2015, p. 66-67). Por essa razão, a escolha se pauta, costumeiramente, em critérios de “capacidade técnica, sabedoria, aptidão, conhecimento específico,

---

<sup>20</sup> Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral.

<sup>21</sup> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.

<sup>22</sup> Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

domínio teórico ou prático sobre o assunto, especialidade ou familiaridade com a matéria, experiência etc., tudo para se obterem decisões de primeiríssima qualidade” (CAHALI, 2014, p. 186).

A experiência técnica é importante principalmente em razão da possibilidade das demandas versarem sobre situações de grande complexidade. É plenamente factível encontrar uma pessoa capaz e de confiança das partes que também tenha especialização na área de debate. O conhecimento profundo permite uma decisão justa, adequada, confiável e condizente com a situação, passível de ser cumprida voluntariamente pelas partes, colocando fim definitivo ao conflito (FLAUSINO, 2015, p. 68).

A imparcialidade do árbitro se coloca também como característica essencial do procedimento arbitral. Cabe a esse ocupar lugar de equidistância dos envolvidos, de modo a proferir uma decisão justa e independente dos interesses pessoais das partes. Não se admite que essas exerçam qualquer tipo de controle ou tenham relacionamento pessoal com o árbitro, justamente em vistas de se afastar a parcialidade do julgador (SALLES, 2011, p. 50-51). Também não se admite que ele possua preconceitos ou restrições em relação a uma das partes, porque essa conjuntura pode gerar uma parcialidade inversa (CAHALI, 2014, p. 184). O princípio da imparcialidade conjuga o critério ético e técnico: o primeiro em razão da diligência e probidade que é exigida e o segundo em razão da tutela jurídica justa que deve ser alcançada (MUNIZ, 2006, p. 80).

Apesar de ser mais fácil se verificar o respeito à imparcialidade no momento da decisão, o princípio deve ser aplicado durante todo o procedimento. Não é admissível que o julgador atue no desenvolvimento do processo de modo tendencioso, ainda que tenha sido indicado, a princípio, por apenas umas das partes. O fato de a assinalação ter se dado por uma das partes não permite que o julgador seja considerado como defensor ou assistente dessa (CAHALI, 2014, p. 184). Cabe a outra parte aderir, por seu livre convencimento, à indicação e concretizar, conjuntamente, a nomeação.

Em vistas de efetivar essa premissa, a Lei geral de Arbitragem estabeleceu critérios que impedem a atuação de determinadas pessoas como árbitros. Conforme norma do artigo 14, Lei n. 9.307/96<sup>23</sup>, estão impedidos de atuar

---

<sup>23</sup> Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou

como árbitros os indivíduos que tenham relação com as partes ou com a própria demanda, devendo ser observada nessa apuração as próprias regras de impedimento e suspeição estabelecidas para os juízes no Código de Processo Civil (artigos 144 e 145, CPC<sup>24</sup>). Caso exista qualquer situação que possa gerar dúvidas com relação à imparcialidade do árbitro, cabe a ele mesmo revelar a circunstância e não aceitar a função (artigo 14, §1º, Lei 9.307/96<sup>25</sup>).

Confidencialidade também é requisito importante para a arbitragem. Essa se conceitua na proibição direcionada às partes, terceiros e ao árbitro de divulgar quaisquer informações obtidas e documentos produzidos durante o procedimento. Na análise da Lei n. 9.307/96, verifica-se que apenas no artigo 13, §6º<sup>26</sup>, o legislador dispôs acerca da necessidade de que os árbitros atuem com discrição. Esse comportamento é exigido apenas em relação ao julgador e pode ser considerado como a necessidade de sigilo com relação àquilo que ele tem acesso (MAROLLA, 2016, p. 153-154).

Apesar de não haver previsão expressa na Lei de Arbitragem da obrigatoriedade de que o procedimento se desenvolva de maneira confidencial, é possível que as partes convençam na cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Por não ser imperativa, a depender da vontade das partes, pode ser

---

suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

<sup>24</sup> Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

<sup>25</sup> Art. 14. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

<sup>26</sup> Art. 13. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

estabelecida a confidencialidade com relação a apenas alguns procedimentos, decisões, entidades envolvidas ou todos os atos do processo (SALLES, 2011, p. 55). O sigilo é cláusula que pode ser convencionada ou não pelas partes, não há qualquer impedimento de que os litigantes não a estipulem ou o façam de maneira mitigada (CARMONA, 2009, p. 51).

Casos os envolvidos optem pela instituição da cláusula de sigilo não será possível divulgar quaisquer documentos ou informações relativas à arbitragem estabelecida. Mesmo não sendo obrigatória a escolha, trata-se de uma tendência em razão da proteção conferida às negociações, estratégias de mercado que possam ser abordadas e informações íntimas das partes (FLAUSINO, 2015, p. 109). “[...] Nas relações comerciais, o sigilo se mostra oportuno pois, além de evitar disputas públicas que possam prejudicar a reputação e a imagem das partes no mercado, ele se presta a proteger segredos industriais e comerciais” (MAROLLA, 2016, p. 151).

Após a explanação das principais diretrizes da arbitragem, cumpre analisar a aplicação dessas quando presente, no procedimento arbitral, a Administração Pública.

### 3.2.2 Regime Jurídico na Esfera Pública

A Administração Pública tem possibilidade de utilizar a arbitragem para solucionar conflitos derivados de contratos administrativos realizados no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais em razão de possuir capacidade para contratar e existir expressa previsão legal nesse sentido. Atende, nessa perspectiva, o requisito subjetivo para a adesão ao procedimento arbitral. Além disso, poderá se valer do instituto sempre que o direito envolvido se trate de patrimônio disponível. Atendendo a essa limitação, o Estado cumpre também o requisito objetivo para a utilização da arbitragem. Cumpre verificar, por fim, se as características do procedimento, quais seja, autonomia da vontade, exclusão da jurisdição estatal, definitividade da decisão arbitral, especialidade e imparcialidade do árbitro e confidencialidade são compatíveis com a presença da Administração Pública.

Uma das importantes características do procedimento arbitral é a expressão da autonomia da vontade. As partes precisam manifestar claramente a

adesão ao procedimento para poderem se submeter a ele, além de terem a possibilidade de estipular cláusulas procedimentais, desde que não violem os princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento do árbitro. A autonomia privada, no âmbito público, por sua vez, não apresenta a mesma amplitude, em razão do necessário cumprimento do princípio da legalidade, estabelecido no caput do artigo 37, CF/88.

Enquanto que para os particulares é possível, em regra, a manifestação livre da vontade, cabe ao administrador público atuar nos estreitos limites da lei. O próprio instrumento legislativo permite a prática de atos com "liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo" (MEIRELLES, 2016, p. 122), mas isso não significa a atuação de modo arbitrário, haja vista que a discricionariedade exige a atuação dentro dos limites impostos pela lei, enquanto que a arbitrariedade configura a atuação em desacordo com a legislação (MEIRELLES, 2016, p. 122-123).

Todas as possibilidades de escolha do agente público estão dispostas no instrumento normativo. A Lei determina os limites da sua discricionariedade, trazendo expressamente em quais situações ele poderá optar por uma decisão ou outra. O poder discricionário está submetido ao princípio da legalidade e conseqüentemente ao interesse público. Meirelles (2016, p. 123) explica que "se a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe confere essa faculdade".

A liberdade conferida se justifica pela atuação direta do administrador na ordem social. Só este pode estabelecer com precisão o que é necessário em determinadas circunstâncias, a conveniência e melhor oportunidade para a prática de determinados atos. Seria impossível que o legislador previsse todas as situações do dia a dia da administração pública, sendo apenas os órgãos executivos capazes de decidir o que convém e o que não convém em face do interesse público (MEIRELLES, 2016, p. 124).

Com relação à possibilidade de a Administração Pública celebrar cláusula compromissória ou compromisso arbitral, verifica-se que o legislador deixou, na regra geral estabelecida na Lei n. 9.037/96, modificada pela Lei n. 13.129/15, para o Estado a decisão. Trata-se de faculdade, conferida à Administração Pública "afastar a justiça estatal e utilizar a privada nos conflitos

envolvendo direitos patrimoniais disponíveis” (MAROLLA, 2015, p. 180). Não é obrigatório o uso da arbitragem por parte do Estado, essa opção está no âmbito da discricionariedade pública, representada por meio da palavra poderá constante no parágrafo primeiro do artigo 1º da Lei de Arbitragem: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

Verifica-se a mesma discricionariedade expressa na norma do artigo 23-A da Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Segundo o dispositivo, “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem” (BRASIL, 1995). No mesmo sentido, o artigo 11, inciso III da Lei n. 11.079/04, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, previu a faculdade da Administração Pública estabelecer ou não na minuta do contrato, constante no instrumento convocatório da licitação, o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem. O complexo legislativo que autorizou expressamente o uso da arbitragem por parte do Estado também deixou a cargo desse a liberdade para instituí-la.

Outra questão com relação ao uso da arbitragem e discricionariedade pública encontra-se na possibilidade de a Administração estipular cláusulas procedimentais a serem aplicadas pelo árbitro. Inicialmente destaca-se que as mesmas limitações impostas ao particular são aplicáveis também à Administração Pública. Se para aquele, que possui ampla autonomia privada, é proibida a instituição de cláusulas que violem os princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento do árbitro, também para a Administração Pública, que deve atuar nos estreitos limites da lei, as limitações são aplicadas.

Por não haver previsão legal específica com relação ao procedimento que deve ser adotado no caso da arbitragem ser utilizada para resolução de conflito em que se envolva a Administração Pública, entende-se que se aplicam as regras gerais estabelecidas na Lei de Arbitragem com relação às cláusulas procedimentais, como por exemplo, escolha dos árbitros e validade e eficácia do laudo arbitral. Há a necessidade de se observar ainda, naquilo que não houver previsão, o respeito aos princípios gerais da administração pública, como

impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade, eficiência, motivação e todos os demais implícitos na legislação, em virtude dessa escolha se inserir no âmbito do regime jurídico público.

Cabe ao agente público, por exemplo, indicar as razões de fato e de direito que levaram à escolha de determinado árbitro, tendo em vista que esse ato também se submete ao controle jurisdicional com relação à veracidade da motivação. Deve-se também ser razoável na estipulação de prazos procedimentais, justamente em razão do princípio da eficiência e celeridade, caracterizadores da administração gerencial. A infringência de princípios administrativos é, em última instância, desrespeito à própria legalidade.

A autonomia da vontade do administrador público para instituir convenção de arbitragem não se limita, entretanto, apenas à questão da discricionariedade administrativa. A celebração de convenção de arbitragem por parte da Administração Pública exige, além da autorização legal para atuar discricionariamente, a definição da autoridade competente para instituí-la. Segundo Di Pietro (2017, p. 221), a competência é a "conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo". Verifica-se que a competência para a celebração do ato administrativo decorre da lei. Logo faz-se necessário que a lei defina o sujeito competente para celebrar a convenção de arbitragem. Em razão da ausência de vontade livre do administrador público, faz-se necessário que aquele que instituir a convenção de arbitragem tenha competência para a prática desse ato administrativo. Caso contrário, a convenção de arbitragem pode ser declarada nula, vez que a competência do sujeito é elemento vinculado do ato administrativo.

No momento da sua publicação, a Lei de Arbitragem não trouxe autorização expressa para que a Administração Pública se valesse da arbitragem privada, conseqüentemente não instituiu regras referentes à competência. Apesar disso, Moreira Neto (1997, p. 89), administrativista contemporâneo, já defendia nos seus estudos publicados na Revista de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, em 1997, que a autoridade administrativa que tinha competência para negociar e contratar a respeito de direitos patrimoniais disponíveis tinha competência para pactuar a convenção de arbitragem.

Essa foi a teoria utilizada pelo legislador, anos depois, para inclusão de novos dispositivos na Lei de Arbitragem. Por meio da Lei n. 13.129/15 foi

estabelecida a autorização legal para o uso da arbitragem privada pela Administração Pública e a competência para a instituição da convenção de arbitragem. De acordo com o artigo 1º, §2º da Lei de Arbitragem, "a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações".

A previsão legislativa se baseia no fato de que a convenção de arbitragem, seja ela cláusula compromissória ou compromisso arbitral, é considerada pelo Código Civil brasileiro como espécie de contrato privado, conforme artigos 851 a 853. Isso significa que o sujeito capaz de realizar contratos é o competente para instituir a convenção de arbitragem. No âmbito público a mesma premissa foi aplicada pelo legislador: as pessoas jurídicas, órgãos e agentes que possuem competência para celebrar o contrato administrativo serão aqueles que terão competência para instituir a convenção de arbitragem.

Com relação ao dispositivo legal, todavia, cumpre fazer dois apontamentos: a possibilidade de que pessoas jurídicas da administração indireta firmem convenção de arbitragem e a possibilidade de delegação da competência para instituição da cláusula de arbitragem no contrato administrativo.

Em observância do artigo 1º, §2º da Lei de Arbitragem, verifica-se que o legislador previu expressamente a competência para instituição de convenção de arbitragem apenas para a administração direta, ou seja, entidades federativas. Apesar de não haver menção sobre a possibilidade de que pessoas jurídicas da administração indireta firmem convenção de arbitragem, a pesquisa defende que também essas possuem tal competência. Isso porque as pessoas jurídicas que compõem a administração indireta fazem parte da administração pública e, quando criadas ou autorizadas por lei, recebem competência para celebrar contratos administrativos. Se o podem fazer de modo independente, em razão da ausência de hierarquia com a pessoa jurídica da administração direta, podem celebrar convenção de arbitragem.

Além disso, a legislação em apreço não faz qualquer comentário acerca da possibilidade de delegação da competência para instituição da cláusula de arbitragem no contrato administrativo. As características para a delegação de competências administrativas estão consolidadas na Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. A regra geral é a possibilidade de delegação, já que delegar é inerente à organização hierárquica

existente na própria estrutura administrativa. Só não será possível exercer o poder de delegar quando a lei faça proibição expressa, conforme norma do artigo 12 do instituo legal mencionado que preconiza que "um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares [...]".

Os atos indelegáveis, por sua vez, estão expressos no artigo 13 da Lei n. 9.784/99, sendo esses: "a edição de atos de caráter normativo; a decisão de recursos administrativos; as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade". Observa-se que nenhuma das hipóteses de impossibilidade de delegação refere-se a celebração de contratos administrativos ou fixação de convenção de arbitragem. Em razão de inexistência de proibição legal entende-se que a delegação de competência para firmar convenção de arbitragem é possível.

Cumprir frisar a "inconveniência de se concentrar a competência para celebrar a convenção de arbitragem nas mais altas instancias do Poder Executivo, pela pouca operatividade e questionável eficácia" (MAROLLA, 2016, p. 191). Atendendo aos critérios gerenciais é mais eficaz que a competência seja delegada para a entidade administrativa que firmará o contrato administrativo de concessão ou permissão de serviços públicos. Pela sua proximidade do consumidor e da empresa que executará a atividade pública essa pode vislumbrar situações em que será necessária a resolução extrajudicial de conflitos.

Pode-se concluir, com relação à autonomia da vontade, que quando a Administração Pública estiver envolvida em conflito existente no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais, é possível que ela opte pelo uso da arbitragem, tendo em vista ser essa escolha pertinente à discricionariedade administrativa. Com relação às cláusulas procedimentais, deve obedecer aos critérios estabelecidos na Lei de Arbitragem e naquilo em que essa for omissa, decidir motivadamente conforme os princípios administrativos. A competência para firmar a convenção arbitral será daquele agente público ou órgão que tem a competência para firmar o contrato administrativo, admitindo a possibilidade de delegação.

No que diz respeito à característica do afastamento da jurisdição estatal, parece insólito concluir que o próprio Estado, submetido ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e à revisão dos atos administrativos, poderia optar, discricionariamente, por não submeter ao Judiciário conflitos que o envolvam.

Não obstante, faz-se imprescindível observar a situação diante de outros princípios do Direito, como celeridade processual, eficiência da decisão e propriamente a busca pelo atendimento do interesse público.

Não é certo concluir que as mais adequadas respostas aos conflitos advêm apenas do Judiciário. Como já tratado, a especialidade do árbitro confere à decisão tecnicidade e legitimidade, fazendo com que as partes fiquem mais propícias ao seu cumprimento integral. Além disso, a celeridade do processo arbitral vai de encontro com a noção de eficiência administrativa e do atendimento ao interesse público com maior brevidade. Cumpre ainda lembrar que “não existe, a esse propósito, uma reserva de jurisdição, impondo que os litígios envolvendo a Administração devam ser, necessariamente, objeto de processo judicial” (SALLES, 2011, p. 45). Por tais razões e diante da previsão legal expressa de que a Administração pode se valer da arbitragem, aplica-se a ela a possibilidade de afastamento da jurisdição Estatal.

Para que haja vinculação da Administração Pública ao uso da arbitragem e consequente afastamento da competência judicial, é fundamental que a previsão da utilização da arbitragem diante de conflitos derivados dos contratos administrativos esteja prevista expressamente na minuta do contrato, já no edital da licitação. Essa previsão está estabelecida na Lei n. 11.079/04, sobre licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública. De acordo com o artigo 11, inciso III do instituto legal, o edital de licitação conterá a minuta do contrato e, caso a Administração Pública decida pelo emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, esses devem estar expressamente previstos no documento.

Ainda que a previsão mencionada conste apenas na Lei n. 11.079/04, deve ser considerada para todo estabelecimento de mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos. Isso se dá pelo fato de que a Administração Pública, quando realiza uma licitação, está submetida às regras estabelecidas no edital, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, estabelecido no artigo 41 da Lei n. 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos. De acordo com Bandeira de Mello (2014, p. 547) o princípio apregoa que cabe à Administração “respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame”. Dessa forma, havendo previsão expressa na minuta do contrato do uso da arbitragem, a Administração Pública está vinculada a submeter

seus conflitos ao procedimento arbitral, afastando a jurisdição estatal.

O afastamento da jurisdição estatal não impede, contudo, o posterior controle da decisão que envolva a Administração Pública. Isso se dá pelo fato de que as decisões em processo arbitral envolvem, por diversas vezes, interesses públicos que precisam ser garantidos acima das formalidades legais. Sob tal alicerce a pesquisa sustenta a possibilidade de controle do Tribunal de Contas, do Judiciário e Social em relação às decisões arbitrais.

Com relação ao controle exercido pelo Tribunal de Contas, faz-se imprescindível que a decisão atenda aos critérios de legalidade e economicidade. O controle financeiro se justifica pelo uso do dinheiro público e pelo necessário cumprimento da lei orçamentária. Não é plausível se admitir uma condenação arbitral que extrapole os limites orçamentários do poder público, previamente estabelecidos em lei. Disso resulta a necessária atuação fiscalizatória do Tribunal de Contas sobre as decisões arbitrais em que seja parte a Administração Pública. Não se trata de revisão de mérito, mas sim de cumprimento, em última instância, da legalidade administrativa.

O controle da decisão arbitral pode ser exercido ainda, de acordo com a pesquisa, pelo Judiciário. Ainda que não se possa rediscutir a questão meritória no âmbito do Judiciário, em razão da definitividade da decisão arbitral, a pesquisa defende a possibilidade de que essa seja desconstituída. A própria Lei de Arbitragem estabelece em seus artigos 32<sup>27</sup> e 33<sup>28</sup> a possibilidade de que seja declarada nula a sentença arbitral por parte do Judiciário. Apesar disso, os dispositivos não trazem hipóteses de anulação da decisão arbitral quando é parte do processo arbitral a Administração Pública.

A pesquisa defende que cabe ao Judiciário analisar a compatibilidade do ato com os princípios administrativos, com a lei, com a moralidade administrativa e com finalidade pública. Não se pode admitir que uma decisão arbitral imponha o cumprimento de uma obrigação por parte da Administração Pública que vá de encontro com o interesse público ou que exija o

---

<sup>27</sup> Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - revogado; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

<sup>28</sup> Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

descumprimento da legislação. Ainda, cabe ao Judiciário analisar questões envolvendo o ato administrativo de instituição da convenção de arbitragem, como a competência para firmar a convenção e a veracidade da motivação administrativa. Trata-se, em suma, do controle de legalidade em sentido amplo, compreendendo-se na verificação do uso antijurídico da arbitragem por parte da Administração Pública e até mesmo do árbitro.

Em vistas dos princípios gerenciais admite-se ainda o controle social das decisões arbitrais. Não é plausível se admitir o mero inconformismo com a sentença arbitral, mas é plenamente possível que a sociedade denuncie o descumprimento de preceitos administrativos e dê ensejo a anulação da decisão por via judicial ou do Tribunal de Contas.

A possibilidade de exclusão da jurisdição estatal com posterior controle não se relaciona com a característica da definitividade da decisão arbitral, isso porque a definitividade tratada se refere ao próprio processo arbitral. Não é cabível recurso da decisão proferida pelo árbitro, porque o procedimento visa celeridade na solução do litígio. Entende-se que essa característica se coaduna com a presença da Administração Pública, principalmente diante de sua característica gerencial. Em vistas de se garantir presteza nas decisões que envolvem o poder público, permitir a interposição de recursos acabaria por retirar o próprio escopo da arbitragem. Caso a Administração Pública opte por instituir convenção de arbitragem estará submetida também à definitividade da decisão ali proferida. Ressalta-se, novamente, as possibilidades de controle por parte do Tribunal de Contas, Judiciário e da sociedade.

A especialidade do árbitro também é critério totalmente compatível com a presença da Administração Pública no processo arbitral. O fato de o procedimento possuir um julgador com maior técnica permite que a decisão proferida alcance a melhor resolução e atenda ao interesse público. Quando couber à Administração, junto com a parte adversa, escolher o árbitro, haverá a necessidade de conjuntamente optarem por pessoa de confiança das partes e que possua amplo conhecimento na matéria abordada.

Por vezes os objetos que derivam conflitos dentro do ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais exigem percepção elevada e profusamente técnica. Quando se trata, por exemplo, do interesse do concessionário de serviços públicos na alteração do índice de revisão tarifária,

estabelecida conforme deliberações da autarquia, é plausível concluir que um árbitro, escolhido em razão da sua tecnicidade, pelo Poder Público concedente e pela concessionária, é capaz de realizar uma análise detida da matéria, tornando a decisão confiável, equilibrada e justa, sem afastar o interesse público.

Esse mesmo julgador, além de especialista, precisa ser imparcial na sua decisão. A imparcialidade do árbitro é critério que se compatibiliza com a presença da Administração Pública, que não deve indicar pessoas do seu quadro de pessoal que possam vir a proferir uma decisão inclinada aos interesses do Estado (SALLES, 2011, p. 53). Aqui se revela um importante argumento para afastar a possibilidade de as autarquias especiais atuarem como árbitras em um conflito envolvendo o Estado, tema que será discutido no tópico seguinte. Sendo as autarquias especiais pessoas jurídicas de direito público, integrantes da administração indireta, não é possível assegurar que elas serão imparciais em seu julgamento. A tendência será decidir em prol dos interesses públicos e do Estado, em desprezo às alegações da outra parte.

A imparcialidade deve ser observada na condução técnica do procedimento, com tratamento isonômico e sem apontamentos pessoais em relação aos envolvidos (FLAUSINO, 2015, p. 70), ainda que se trate da própria Administração Pública. A consideração, com relação a essa característica, é a necessidade de que o árbitro seja, preferencialmente, indivíduo cujas atividades não estejam relacionadas ao ambiente público, ou, caso servidor público, a matéria tratada na demanda esteja totalmente desvinculada das suas funções públicas.

A confidencialidade é característica atinente à arbitragem que não se compatibiliza, em regra, com a presença da Administração Pública no procedimento. “Essa possibilidade se torna inviabilizada devido à vedação de sigilo dos atos administrativos, imposto pelo princípio da publicidade previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal” (FLAUSINO, 2015, p. 109). A publicidade dos atos administrativos é medida que se impõe, mesmo diante do procedimento arbitral, tendo em vista que essa garante transparência dos atos públicos e posterior responsabilização. Na esfera administrativa só se admite sigilo quando for “imprescindível à segurança social e do Estado”, conforme artigo 7º, §1º da Lei n. 12.527/11, que regula o acesso a informações (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 117).

No seu aspecto positivo o princípio da publicidade indica o dever

conferido ao Estado de divulgar os atos de interesse público e no seu aspecto negativo na obrigação de impedir o desenvolvimento de procedimentos sigilosos. Se revela na transparência das atividades do Estado, que garante o controle judicial e social. Ainda que na arbitragem esteja-se falando da discussão de direitos patrimoniais disponíveis, é imprescindível que as informações sejam divulgadas, já que ela trata de bens e valores públicos e por vezes de elevada quantia (MAROLLA, 2016, p. 160-161).

A esse propósito é preciso que a convenção de arbitragem estabelecida pela Administração Pública e a parte adversa, preveja expressamente a ampla publicidade do procedimento arbitral, documentos apresentados, provas produzidas e decisão final (SALLES, 2011, p. 284). Vale lembrar que nesse caso a arbitragem se reveste das características do contrato administrativo, por essa razão se submete a Lei de acesso à informação (Lei n. 12.527/11), “que garante livre acesso aos dados e documentos produzidos pela Administração Pública ou por quem com ela se relacione, sob pena de ofensa direta ao princípio da publicidade” (FLAUSINO, 2015, p. 112). Caso o objeto da demanda exija sigilo em razão da preservação da segurança social e do Estado, é fundamental que a cláusula de sigilo seja amplamente motivada, a fim de não gerar anulação posterior da convenção de arbitragem por parte do Judiciário em razão de violação do princípio da legalidade.

Em uma perspectiva gerencial, entretanto, é imprescindível resguardar a intimidade da outra parte envolvida no procedimento arbitral. A contratação com o Estado se tornou mais vantajosa com o advento da Reforma Administrativa e com a introdução dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos não para permitir que informações confidenciais das empresas sejam reveladas em razão do princípio da publicidade do regime jurídico público. Entende-se que assuntos internos da entidade privada que compõe o outro polo da arbitragem e informações que não dizem respeito ao contrato celebrado com a Administração Pública devem ter sua privacidade preservada. Marolla (2016, p. 157-158) muito bem explica essa situação quando afirma que:

[...] o dever da Administração de fornecer informações não exclui as demais hipóteses legais de sigilo, nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, por pessoa natural ou por entidade privada que tenha

qualquer vínculo com o poder público. Caso existam, na arbitragem, documentos que, de alguma forma, veiculem segredo industrial ou comercial, há, de outra parte, dever legal imposto à Administração Pública de manutenção do sigilo, não em razão da arbitragem, mas da Lei de Acesso à Informação.

Por não ser atributo indispensável, a ausência de confidencialidade na arbitragem da qual faça parte da Administração Pública ou a confidencialidade restrita a algumas situações não impede o uso do mecanismo por parte do Estado. Mais do que uma visão simplista do procedimento é preciso considerar esse meio de resolução extrajudicial de conflitos como uma forma de promover outros princípios administrativos, como o da eficiência dos atos.

As perspectivas mencionadas relativas ao uso da arbitragem em ambientes sob o regime normativo e de fiscalização de autarquias especiais atendem à legislação e às características implementadas na administração com o advento da reforma gerencial. “Percebe-se que a utilização da arbitragem no âmbito da regulação significa concretizar um dos objetivos que serviram de base para a criação das agências reguladoras, relacionado a uma solução mais rápida dos conflitos” (SANTIAGO, 2014, p. 193).

Após a explanação das principais características da arbitragem, cumpre analisar as possibilidades gerenciais desse mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos ser escolhido para solucionar os conflitos surgidos entre pessoas, naturais ou jurídicas, que atuam no cenário apontado. É preciso averiguar se diante de um litígio surgido entre uma concessionária de serviço público e o poder concedente, ou entre um consumidor e uma concessionária de serviços públicos, critérios gerenciais sejam levados em consideração para tornar a decisão arbitral ainda mais eficiente para solução da lide.

### 3.3 ARBITRAGEM E A ATUAÇÃO DAS AUTARQUIAS ESPECIAIS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A escolha pela arbitragem revela uma opção célere e que atende aos princípios da eficiência. Havendo prévio acordo entre as partes, é possível que aqueles que se inserem no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização de autarquias especiais decidam por submeter eventual lide formada a um juízo arbitral. Em sendo todos capazes de contratar e desde que o objeto litigado seja patrimonial

e disponível, basta que a previsão esteja estipulada no contrato administrativo firmado entre poder concedente e concessionária de serviços públicos e entre essa e o usuário.

Apesar da pesquisa ter construído o entendimento da possibilidade de que a arbitragem seja selecionada por esses envolvidos, cabe discutir se as perspectivas gerenciais podem contribuir para inovações durante o procedimento realizado. Atendendo aos requisitos previstos na legislação e os critérios de ordem pública a pesquisa parte para a inserção de concepções gerenciais na arbitragem na solução de conflito entre concedente e concessionária e entre usuário e concessionária.

### 3.3.1 Arbitragem na Solução de Conflito Entre Concedente e Concessionária

Ao tratar sobre a arbitragem no âmbito das atividades reguladas percebe-se que o critério da eficiência é o privilegiado pelas partes. Diante de um conflito surgido entre poder concedente e concessionária, a celeridade da decisão se destaca e atende aos interesses da empresa privada envolvida. Havendo uma lide que imponha a pausa na prestação de um determinado serviço e que impossibilite, por exemplo, a sua retomada, o quanto antes a decisão for prolatada mais rápido a concessionária volta a lucrar sob o negócio jurídico fechado.

Vale salientar que por vezes as empresas privadas prestadoras de serviços públicos são empresas estrangeiras, cujos investidores e diretores estão mais habituados com o instrumento legislativo do país cede. Ao realizar negócios jurídicos em outras localidades, podem preferir neutralizar os efeitos de uma jurisdição local pela utilização de um procedimento neutro, como o arbitral. Em vistas de garantir que a decisão alcance a pacificação real do conflito, é possível que as partes optem pela aplicação da lei estrangeira conjuntamente com a local, já que cabe às partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (artigo 2º, §1º, Lei n. 9,307/96).

Ambas as partes, concedente e concessionária, atendem ao critério subjetivo da arbitragem, ou seja, possuem capacidade de contratar e conseqüentemente podem firmar cláusula arbitral. Além disso, a dúvida acerca da necessidade de previsão legislativa expressa para que a Administração Pública faça

a adesão à arbitragem já foi superada em razão da disposição do artigo 1º, §1º da Lei 9.307/96. Quanto ao critério subjetivo, isto é, aquilo que pode ser levado à arbitragem, há a necessidade de que se trate de bens patrimoniais disponíveis.

No tocante aos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, esses possuem cláusulas regulamentares e financeiras. As primeiras relacionam-se ao próprio objeto do contrato, submetendo-se ao poder de modificação unilateral do contrato administrativo por parte da administração. É de competência do Estado gerir e administrar a prestação de serviços públicos, justamente por ser esse o garantidor dos serviços. Por essa razão, as cláusulas regulamentares podem ser modificadas unilateralmente pela Administração Pública e não ensejam manifestação por parte do particular (MEIRELLES, 2016, p. 242). Sob essas justificativas, percebe-se a possibilidade de um conflito entre Estado e concessionária acerca de pontos constantes em cláusulas regulamentares. Neste caso não é possível que a lide seja submetida ao juízo arbitral, por decorrerem do poder regulador da Administração Pública.

Por outro lado, o contrato administrativo dispõe também de cláusulas financeiras, ou seja, normas relativas aos encargos do contratado e a retribuição do poder concedente, que garantem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. É preciso que a equação encargo-remuneração seja mantida durante toda a manutenção do negócio jurídico. Logo, é possível que as partes convençionem reajustes de preços e tarifas em razão de eventuais modificações na realidade contratual, como mudanças mercadológicas, desvalorização da moeda e aumento da inflação (MEIRELLES, 2016, p. 243-244). Tendo em vista que em se tratando de cláusulas financeiras é possível a modificação de disposições contratuais pela convenção das partes, é plausível se admitir que os conflitos surgidos no contrato, relativos ao equilíbrio econômico-financeiro, possam ser levados ao juízo arbitral.

A perspectiva se adequa à atuação de uma administração gerencial, voltada à eficiência e celeridade na resolução dos seus conflitos. Certamente que a submissão à arbitragem não envolverá prerrogativas do poder público, como cláusulas exorbitantes, retomada da prestação de serviços por parte do poder concedente ou aplicação de penalidades. Entretanto, poderá o árbitro decidir sobre aumento de tarifas, mudanças de matéria prima utilizada na prestação do serviço, amplitude da prestação e qualquer aspecto passível de valoração econômica, que

venha a influenciar no equilíbrio econômico financeiro.

A presença autarquia especial não se faz imprescindível no procedimento arbitral, vez que essa não é parte do contrato administrativo. Ressalta-se que o contrato de prestação de serviços públicos é firmado entre poder concedente, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e concessionária. Compete à autarquia especial fiscalizar, regular e normatizar a relação depois de firmada. Apesar disso, a pesquisa defende que à vista de premissas gerenciais, a autarquia especial, caso chamada a participar do procedimento arbitral, possa colaborar com importantes informações tendentes a pôr fim à demanda.

Em virtude da sua competência reguladora, a autarquia possui dados acerca do contrato e da sua prestação. Caso participe do procedimento arbitral, pode levar ao árbitro o seu conhecimento acerca, por exemplo, das taxas que vêm sendo cobradas, formas como o serviço tem sido prestado, índices de satisfação do consumidor e outras informações que sejam relevantes elementos do objeto em litígio. À vista das informações obtidas pelo árbitro de maneira imparcial, esse pode decidir sobre a demanda com a melhor técnica e precisão.

A natureza da participação da autarquia especial no procedimento arbitral será discutida no tópico seguinte, quando da explanação acerca da arbitragem na solução de conflitos entre usuário e concessionária. Independentemente de em qual arbitragem ocorrerá a intervenção, a pesquisa defende que a autarquia intervirá sob as mesmas condições.

### 3.3.2 Arbitragem na Solução de Conflito Entre Usuário e Concessionária

Dentre aqueles que se inserem no ambiente sob controle normativo e de fiscalização das autarquias especiais encontram-se o consumidor e a concessionária. Em havendo um contrato de concessão de serviços públicos para uma concessionária<sup>29</sup>, o cidadão-consumidor passa a ser usuário direto do serviço, podendo surgir, entre este e a concessionária, conflitos. Cumpre lembrar que, como regra geral, a responsabilidade da concessionária, por força do artigo 37, §6º da

---

<sup>29</sup> De acordo com Meireles (2016, p. 294) “Contrato de concessão de serviço público, ou, simplesmente, concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários”.

Constituição Federal, é objetiva e direta, sendo a do poder público concedente objetiva e subsidiária. Havendo um dano por parte da concessionária a um usuário consumidor, é até possível que o Estado responda, mas antes deverão ser esgotadas todas as tentativas de pagamento por parte da empresa concessionária (DI PIETRO, 2016, p. 296).

Apesar do contrato firmado entre a concessionária e o Estado ser de natureza eminentemente pública, não é possível afastar a consideração de que a empresa é fornecedora de um serviço à particulares, logo deve prezar, em toda a sua atuação, pelo respeito às normas de proteção do consumidor (Lei n. 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor). É possível concluir que, em havendo um conflito entre o usuário de um serviço público e a concessionária, faz-se necessário aplicar o Código de Defesa do Consumidor.

Tal premissa é confirmada pela Lei n. 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal. De acordo com o artigo 7º, aplicam-se aos usuários de serviços públicos as regras da Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor (Código de Defesa do Consumidor). Com efeito, a concessionária, em sua atuação diária, posiciona-se como fornecedora de serviços à particulares, logo deve garantir a esses os direitos previstos na legislação consumerista. Esse também é o entendimento pacífico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme exemplificado a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RODOVIA. **CONCESSIONÁRIA. RELAÇÃO COM USUÁRIO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. 1. **A empresa concessionária que administra rodovia mantém relação consumerista com os usuários**, devendo ser responsabilizada objetivamente por eventuais falhas na prestação do serviço. 2. É inviável, em sede de recurso especial, o reexame do conjunto fático-probatório da demanda. Inteligência da Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 342496 SP 2013/01470090-6, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 11/02/2014, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 18/02/2014) (**grifo nosso**).

Além das normas consumeristas, aos usuários deve ser garantido, de acordo com o artigo 7º da Lei n. 8987/95, o recebimento adequado do serviço

(inciso I), o acesso à informações para defesa dos seus direitos (inciso II), a multiplicidade de prestadoras para que possa escolher com liberdade o serviço a ser utilizado (inciso III) e a aproximação com o poder público para que possa levar a esse as irregularidades e os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço (inciso V e VI). Essas obrigações e aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor impõem-se a concessionária de serviços públicos.

Em havendo um conflito surgido no âmbito da prestação de serviços públicos, a pesquisa defende ser possível que consumidor e concessionária optem, para a sua resolução, levar a demanda à arbitragem. Tal premissa deve ser discutida, entretanto, a partir da análise de três itens: cumprimento da legislação aplicável, limites objetivos da demanda e limites subjetivos.

Com relação ao cumprimento da legislação aplicável, lembra-se que, conforme artigo 2º, §1º da Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem), "poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública". A regra geral é que consumidor e concessionária podem fixar as normas aplicáveis ao procedimento, entretanto não será possível afastar a aplicação das normas consumeristas. Isso se dá pelo fato de que, em primeiro lugar, as normas previstas na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) se aplicam à relação jurídica firmada, conforme explicitado, e em segundo lugar porque elas se consubstanciam em normas de ordem pública, conforme previsão do artigo 1º da Lei n. 8.078/90<sup>30</sup>. Em sendo normas de ordem pública e de interesse social não podem ser afastadas pelas partes que decidem submeter sua demanda à arbitragem, em razão da própria disposição do artigo 2º, §1º da Lei n. 9.307/96 transcrito.

Com relação aos limites objetivos da demanda, é plausível que as partes submetam a lide ao procedimento arbitral, vez que os objetos discutidos são patrimônios disponíveis de ambas as partes. A relação firmada entre consumidor e concessionária é uma relação eminentemente privada e que não envolve bens indisponíveis. Possível é que conflitos referentes, por exemplo, à prestação do serviço sejam resolvidos na esfera arbitral.

Em razão dos estudados limites subjetivos para o uso do instituto,

---

<sup>30</sup> Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

afirma-se que tanto consumidor quanto empresa concessionária são capazes de constituir a cláusula arbitral, por atenderem ao requisito estabelecido no artigo 1º da Lei n. 9.307/96, ou seja, são pessoas capazes de contratar. Não há qualquer impedimento legal para que o consumidor faça adesão à cláusula arbitral ou ao compromisso arbitral, desde que seja clara e sem mácula a expressão da sua vontade. De acordo com o artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor, só é vedado o uso da arbitragem em relações consumeristas quando essa for imposta compulsoriamente. Havendo vontade real, por parte do consumidor, de submeter o conflito que está envolvido ao juízo arbitral, essa opção é plenamente possível. O consumidor, seja pessoa física ou jurídica (artigo 2º, Código de Defesa do Consumidor), tendo plena capacidade para contratar, poderá optar deliberadamente por submeter suas controvérsias com a concessionária de serviços públicos ao juízo arbitral. Do ponto de vista subjetivo, há a possibilidade da lide ser submetida à arbitragem (BINENBOJM, 2016, p. 211).

Exemplifica-se a situação de interrupção do fornecimento de água na residência de um consumidor por parte de uma concessionária de serviços públicos. A princípio, considerando apenas o aspecto subjetivo, ou seja, capacidade das partes, é plenamente possível que essas submetam à demanda a um juízo arbitral, renunciando a jurisdição estatal. O árbitro observará as alegações das partes quanto ao motivo da interrupção do fornecimento do serviço, pagamento ou não de tarifas, necessidade da continuidade do serviço, dentre outros aspectos. Procedendo dentro das diretrizes do procedimento arbitral, estabelecidas pela Lei n. 9.307/96, proferirá decisão irrecorrível e não passível de ser rediscutida no Judiciário.

Em uma perspectiva gerencial, todavia, cumpre destacar a importância de que a autarquia especial com atuação no serviço discutido e o Estado participem do procedimento arbitral mencionado. Com relação à autarquia os argumentos relacionam-se à especialidade da entidade para manifestar-se sobre algum tema pontual envolvendo a prestação de serviços, tarifas exigidas e inclusive eventuais pontos sobre a continuidade do serviços estabelecidos no contrato administrativo firmado com o poder concedente. A contribuição da autarquia, chamada a se manifestar no procedimento arbitral, pode produzir para uma decisão eficiente e equânime. Salienta-se que essa participação não deve se dar na forma de árbitra, mas sim de terceiro interveniente, cujas informações podem contribuir

para a melhor solução da lide.

A autarquia especial não pode ser considerada como litisconsorte necessária ou facultativa da concessionária, inicialmente porque não há previsão legal nesse sentido e posteriormente porque essa não atende às características exigidas para o instituto. De acordo com o artigo 124 do Código de Processo Civil, “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a decisão influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”. No caso em apreço, a autarquia especial não figura em um dos polos da relação jurídica de direito material entre concessionária e consumidor, logo a decisão arbitral proferida não influi na sua atuação. O papel dessa é unicamente normatizar, fiscalizar e eventualmente aplicar sanções ao concessionário, logo não é parte do contrato firmado entre esse e seus usuários (BINENBOJM, 2016, p. 221-222).

A participação do Estado no procedimento arbitral também justifica-se em razão da efetividade da decisão arbitral. Como já mencionado, o poder concedente responde, no caso de dano causado ao consumidor, objetiva e subsidiariamente, ou seja, caso esgotadas as possibilidades de cumprimento da decisão por parte da concessionária, cabe ao Estado arcar com a quantia devida. Nesse caso, participando o Estado do procedimento arbitral, a decisão poderá ser executada, de maneira subsidiária, também contra ele. Essa possibilidade confere presteza à resolução da lide, já que o consumidor não necessitará entrar com uma ação judicial diversa contra o Estado caso a concessionária seja insolvente. A efetividade da decisão se consubstancia, então, no fato de que os dois responsáveis pelo inadimplemento da obrigação já farão parte do título executivo firmado com o término do procedimento arbitral. Isso corrobora para a mais célere execução da medida.

De acordo com as perspectivas gerenciais a pesquisa defende que a participação do Estado no procedimento arbitral colabora para a celeridade do cumprimento da decisão, mas não é possível afirmar que essa participação seja obrigatória. Não há legislação específica que exija a participação desse, como litisconsorte, no procedimento arbitral que se propõe a solucionar litígio existente entre concessionária de serviço público e consumidor. Não há sequer participação no contrato firmado entre as partes, logo o Estado não participa da relação de direito material, não podendo ser obrigatória a sua participação no procedimento arbitral.

Nas perspectivas tratadas já se posicionou o Superior Tribunal de

Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENCARGO EMERGENCIAL. CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL. UNIÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Trata-se aqui de recurso especial em que se afirma a ilegitimidade da União para figurar no polo passivo da demanda. A relação jurídica de direito material questionada nos autos é a estabelecida entre a concessionária de energia elétrica e os usuários, em que o objeto é o pagamento do encargo de capacidade emergencial. 2. Pacificou-se na jurisprudência das Turmas da 1ª Seção do STJ que, em demandas sobre a legitimidade da cobrança de tarifas, movidas por usuário contra a concessionária, não se configura hipótese de litisconsórcio passivo necessário da Agência Reguladora, que, na condição de concedente do serviço público, não possui interesse jurídico que justifique sua presença na relação processual. O mesmo raciocínio utiliza-se para a União. 3. Sabe-se que a relação jurídica de direito material entre a concessionária e o usuário foi estabelecida por força de um vínculo contratual. A União não faz parte nem do contrato e nem, portanto, da relação jurídica dele decorrente. 4. Recurso Especial a que se dá provimento para declarar ser a União ilegítima para figurar no pólo passivo como litisconsorte necessário na demanda proposta (REsp 754528/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/11/2009).

Com relação às autarquias especiais, conclui claramente Binenbojm (2016, p. 221) que “não se exige que a agência reguladora seja parte nas ações em que contendam as concessionárias do serviço público [...] e seus usuários”, prossegue o autor afirmando que “mesmo quando em disputa o cumprimento de política regulatória delineada pelas agências, estas não ostentam qualidade de parte em litígios envolvendo concessionárias e usuários do serviço público regulado”. O mesmo deve ser considerado em relação ao poder concedente. Não é plausível que esse seja considerado litisconsorte necessário na demanda entre consumidor e concessionária.

Apesar das considerações, isso não significa que autarquia especial e poder concedente do serviço público não possam ser partes em procedimentos arbitrais em que litiga consumidor e concessionária. Ao contrário, a participação de ambos atende a critérios gerenciais. Para tanto, faz-se imprescindível a previsão das participações na cláusula compromissória e que se esteja diante de um conflito passível de ser submetido à arbitragem. Com relação à autarquia especial e a sua possibilidade de contribuir com conhecimentos técnicos para o processo, a pesquisa compreende que essa poderia participar do procedimento como *amicus curiae*,

instituto previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil.

O *amicus curiae* é figura que intervém no processo para colaborar com o julgador, vez que não auxilia nenhuma das partes. O objetivo da intervenção é contribuir com informações mais específicas acerca da demanda, aperfeiçoar a decisão, contribuir para uma argumentação e fundamentação mais técnica e promover uma adequada definição do litígio (MARINONI, 2017, p. 281). No processo judicial sua intervenção se faz por determinação judicial ou a requerimento das partes, mas para que o instituto seja utilizado no procedimento arbitral faz-se necessária a expressa previsão pelas partes já no compromisso arbitral.

No caso da participação do Estado, por sua vez, não se admite que esse seja chamado ao processo como terceiro interveniente, vez que a adesão ao procedimento arbitral depende da vontade das partes. Para que haja a participação do Estado faz-se imprescindível que essa possibilidade esteja expressa na convenção de arbitragem e que esse se manifeste no sentido de aceitar a participação no processo arbitral. Neste caso, atuará como litisconsorte facultativo da concessionária e constará no título executivo firmado com a decisão final.

As possibilidades apresentadas da resolução de conflitos de um consumidor com uma concessionária de serviços públicos por meio do procedimento arbitral, a participação da autarquia especial como *amicus curiae* e do Estado como litisconsorte facultativo caracterizam possibilidades gerenciais para resolução de conflitos surgidos no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais.

A proposta de que pessoas envolvidas no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais optem por submeter suas demandas a arbitragem não se relaciona nem afasta a possibilidade de a própria autarquia especial solucionar os conflitos existentes entre o Estado e a concessionária de serviços públicos e entre essa e o consumidor também de maneira extrajudicial. Nessa hipótese, entretanto, haverá não a utilização da arbitragem tratada, mas sim a atuação em administrativo, conforme se verificará no tópico seguinte.

#### 3.4 ATUAÇÃO DA AUTARQUIA ANATEL EM PROCESSO ADMINISTRATIVO E A COMPATIBILIDADE COM PERSPECTIVAS GERENCIAIS

O uso da arbitragem em ambientes sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais não é incompatível e nem mesmo interfere na possibilidade dessas se valerem da sua competência para solução de conflitos. Essas entidades autárquicas especiais têm a competência para solucionar conflitos por via de processo administrativo, em razão de possuírem o conhecimento técnico da demanda e serem independentes dos demais poderes. Diante de um conflito entre poder concedente e concessionária e até mesmo entre o consumidor e a concessionária é possível que a autarquia especial solucione o conflito por via de processo administrativo.

A decisão proferida, entretanto, não impede a propositura de posterior ação judicial a respeito do mesmo tema, pois no ordenamento jurídico brasileiro não há o afastamento da jurisdição estatal em razão da existência de anterior processo administrativo. É possível que as partes que se valeram de processo administrativo desconsiderem a decisão proferida e proponham nova demanda no Judiciário ou ainda que solicitem que esse realize o controle judicial da decisão administrativa.

É fundamental sublinhar que as autarquias especiais podem atuar como solucionadoras de conflitos, mas nunca como árbitras, seja porque já possuem mecanismo próprio de deliberação de lides, seja porque não há previsão legal nesse sentido. Cumpre ressaltar que nem mesmo seria possível a escolha da autarquia como árbitra por parte dos envolvidos, porque essa, como entidade da administração pública indireta, tem a obrigação de decidir, em razão do regime jurídico administrativo a que se submete, em prol do interesse público. Suas decisões poderão ser evitadas de tendência pública e serem consideradas parciais. Essas entidades autárquicas proferem decisões administrativas nessa temática e não decisões arbitrais (BINENBOJM, 2016, p. 215-216).

Há diferenças entre a atuação das autarquias especiais em processo administrativo e soluções em arbitragem: eficácia da decisão, previsão normativa do processo e autonomia da vontade. É possível ainda pontuar outras diferenças, entretanto essas serão apresentadas juntamente com a análise das Resoluções da ANATEL que trazem a previsão do processo administrativo para resolução de conflitos.

No que se refere à eficácia da decisão, não força de título executivo nas decisões administrativas. Por sua vez, como já estudado, as decisões proferidas

pelo juiz arbitral são executáveis, inclusive podendo ser exigidas, caso haja descumprimento, no Judiciário. Outrossim, quanto à previsão normativa do processo, apesar da previsão da competência para solução de demandas por parte da autarquia especial estar disposta em lei, o processo para tanto encontra-se disciplinado no regimento interno de cada autarquia especial. Por outro lado, todas as normas relativas ao procedimento arbitral, seus princípios e regramentos, se pautam na legislação (Lei n. 9.307/96).

Quanto à autonomia da vontade, relembra-se que no processo arbitral as partes podem escolher o árbitro e convencionar novas cláusulas, desde que não infrinjam os princípios estabelecidos na Lei de Arbitragem. No caso do procedimento administrativo instaurado pela autarquia, quando há adesão pelas partes, não é possível que elas escolham o julgador ou estabeleçam qualquer novo regramento. A adesão, nessa hipótese, deve ocorrer de modo integral ao procedimento estabelecido no regimento interno, sem a possibilidade de novas modificações.

Binenbojm (2016, p. 2016) esclarece que conquanto "o *nomen iuris* soe enganoso, a competência do ente regulador para arbitramento de conflitos não se confunde com a eleição da via arbitral pelas partes para a solução definitiva de controvérsias decorrentes de ajustes por elas celebrados". Nessa perspectiva e considerando a competência das autarquias especiais para solução de demandas por via de processo administrativo, parte-se para a verificação de se essa possibilidade também se encontra em consonância com os princípios gerenciais introduzidos pela reforma do Estado. A pesquisa faz um recorte para analisar o processo administrativo para resolução de conflitos previsto no regimento interno da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), considerando-se a existência e a utilização ampla do procedimento. Também nesse caso

[...] o meio alternativo de composição de conflitos encampado pela ANATEL se traduz em um verdadeiro processo administrativo, qualificado pelas mesmas prerrogativas e limitações do regime jurídico de direito público, cujo resultado final pode ser discutido no Poder Judiciário. Ou seja, esse procedimento, apesar de ser denominado como tal, não é dotado das características da arbitragem (SANTIAGO, 2014, p. 180).

Ainda que as Resoluções produzidas no âmbito da ANATEL e o seu

Regimento Interno nomeiem como arbitragem o processo de resolução de conflitos desenvolvido pela autarquia esse não possui as características necessárias para ser reconhecido como arbitragem privada. Ainda que possua relevância e atenda aos critérios de eficiência e tecnicidade não pode ser denominado como arbitragem por não estar embasado na Lei n. 9.307/96.

A competência da ANATEL para solução administrativa de conflitos está prevista no artigo 19, XVII da Lei n. 9.472/97 (Lei geral de Telecomunicações), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e que criou a própria autarquia especial. Conforme norma constante no dispositivo, à autarquia compete “compôr administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações” (BRASIL, 1997). A partir dessa previsão a autarquia criou, por meio da sua competência normativa, três caminhos para que as operadoras de telecomunicações possam se valer da técnica de solução de demandas: procedimento para resolução de disputas em interconexão, o procedimento para resolução de conflitos em compartilhamento de infraestrutura envolvendo agentes dos setores de telecomunicações, elétrico e petrolífero e a arbitragem e a mediação exercidas pela Agência nos casos de compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações, disputas entre operadoras que se subsumam às hipóteses previstas nos contratos de concessão ou diretamente no Regimento Interno da Agência (OLIVEIRA, 2009, p. 137).

Em relação à primeira possibilidade, ou seja, resolução de disputas em interconexão, cumpre esclarecer que, conforme parágrafo único do artigo 146 da Lei n. 9.472/97 (Lei geral de Telecomunicações), a “interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis” (BRASIL, 1997). A interconexão entre as redes de telecomunicações é obrigatória, em vistas de se garantir a comunicação entre os usuários, mas também de instituição livre, observada apenas a regulamentação da própria autarquia (arts. 147, 148 e 149, Lei n. 9.472/97).

Cabe aos interessados estipular livremente as condições para a interconexão de redes, por meio de acordo (artigo 153, *caput*, Lei n. 9.472/97), mas caso esse não seja realizado, “a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão” (artigo 153, § 2º, Lei n. 9.472/97) (BRASIL, 1997). Com o intuito de regulamentar o procedimento de arbitragem previsto na Lei geral de

Telecomunicações, a ANATEL publicou a Resolução n. 410 de 2005, que dispôs acerca do Regulamento Geral de Interconexão. Nessa, consoante o anexo III do documento, há as disposições sobre a forma como o processo de arbitragem na lei previsto na Lei n. 9.472/97 deve ser realizado.

Apesar da nomenclatura utilizada pelo legislador e replicada pelo agente normatizador, a análise da Resolução revela que a arbitragem prevista não se assemelha à arbitragem como mecanismo privado de solução de demandas, estabelecida na Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem). O estudo da Resolução gera a conclusão de que diversas são as características que as diferem: possibilidade de escolha unilateral do processo administrativo, definição prévia do julgador, publicidade como regra geral do processo administrativo, cabimento de recurso administrativo e possibilidade de submeter posteriormente a demanda à jurisdição estatal.

Com relação à escolha unilateral do procedimento, destaca-se que no caso da arbitragem prevista para solução de demandas sobre interconexão é possível que apenas um dos envolvidos faça o requerimento à autarquia para submissão da demanda ao procedimento (artigo 14, anexo III, Resolução n. 410 de 2005). Como já estudado, no caso da arbitragem estabelecida pela Lei n. 9.307/96, é imprescindível que ambos os envolvidos optem por levar a demanda ao juízo arbitral.

O julgador, no caso da Resolução mencionada, já está previamente definido, sendo obrigatório que a demanda seja solucionada pela Comissão de Arbitragem composta por três membros nomeados pelo Presidente da Anatel (artigo 2º, anexo III, Resolução n. 410 de 2005). No caso da arbitragem estabelecida pela Lei n. 9.307/96, cabe às partes a livre escolha do árbitro, não se admitindo, em qualquer hipótese, uma predeterminação. Ainda, no caso da arbitragem prevista pela ANATEL a publicidade é regra geral do procedimento (artigo 5º, anexo III, Resolução n. 410 de 2005), enquanto que na arbitragem privada a regra é que as partes podem estipular livremente pelo sigilo do processo. Apenas em se tratando da presença da Administração Pública em um processo de arbitragem privada é que a publicidade se aplica como regra geral, em vistas da determinação do artigo 37, *caput*, da CF/88.

Das decisões proferidas pela Comissão de Arbitragem da ANATEL é cabível recurso ao Conselho Diretor, no prazo de 10 (dez) dias corridos (artigo 5º,

anexo III, Resolução n. 410 de 2005), enquanto que as decisões proferidas pelo árbitro do procedimento privado de solução de conflitos são irrecorríveis, conforme artigo 18 da Lei n. 9.307/96. Por fim, observa-se que a Resolução n. 410 de 2005 da ANATEL não dispõe sobre a impossibilidade de que a decisão proferida pela Comissão seja posteriormente submetida ao Judiciário, enquanto que a arbitragem privada corresponde a uma prévia renúncia da jurisdição estatal, como já abordado em tópico próprio.

O procedimento arbitral instituído pela ANATEL na Resolução n. 410 de 2005 para solução de demandas relativas à interconexão possui diversas divergências em relação à arbitragem privada estabelecida na Lei n. 9.307/96. Nessa esteira, a pesquisa defende que a previsão da Resolução não corresponde à arbitragem privada regulada legislação, trata-se de um processo administrativo de solução de litígios relativos à interconexão. Entoa-se, portanto, nessa pesquisa, a necessidade de que o processo administrativo realizado pela ANATEL seja denominado arbitramento de conflitos e não arbitragem.

O fato, entretanto, não indica que a autarquia tenha criado um mecanismo em conflito com a arbitragem prevista pela Lei n. 9.307/96, muito pelo contrário. O que se observa é que a ANATEL, apropriando-se de algumas características previstas na Lei n. 9.307/96, desenvolveu um procedimento próprio para que demandas entre operadoras de telecomunicações também possam ser solucionadas em seu âmbito, no viés de um processo administrativo. Não há conflito entre os procedimentos. É plenamente possível que as empresas mencionadas, por atenderem aos critérios exigidos pela Lei de Arbitragem (capacidade contratual), submetam a demanda a um tribunal arbitral privado, caso o litígio verse sobre direitos patrimoniais disponíveis. Caso queiram, podem ainda escolher a via do processo administrativo, regulado pela ANATEL. Não há antagonismo nos procedimentos, mas sim duas formas de resolução extrajudicial de conflitos que atendem aos princípios gerenciais da Administração Pública.

A segunda possibilidade de solução de conflitos por parte da ANATEL corresponde ao procedimento para resolução de conflitos em compartilhamento de infraestrutura envolvendo agentes dos setores de telecomunicações, elétrico e petrolífero. Havendo um conflito entre agentes exploradores de serviços públicos de energia elétrica, prestadores de serviços de telecomunicações e agentes exploradores de serviços de transporte dutoviário de

petróleo, relativamente ao compartilhamento de infraestrutura, há a necessidade de se observar a Resolução Conjunta n. 02 de 27 de março de 2001 (ANEEL, ANATEL E ANP).

Originariamente, a solução da demanda indicada estava prevista na Resolução n. 01, de 24 de novembro de 1999 (ANEEL, ANATEL E ANP). No artigo 23 da já superada Resolução, havia expressa menção da arbitragem, a ser realizada por comissão estabelecida por membros da ANEEL, ANATEL E ANP, como meio de solução de demandas envolvendo os três segmentos regulados. Com a publicação da Resolução Conjunta n. 02/2001, que alterou a Resolução n. 01/1999, a expressão arbitragem foi retirada do *caput* do artigo 23, justamente porque há, no caso, não um procedimento arbitral típico, mas sim um processo administrativo de solução de lides (OLIVEIRA, 2009, p. 140).

Essa constatação encontra-se evidente em vários artigos da Resolução Conjunta n. 02/2001, nova resolução que trata sobre o tema. Pode-se destacar as seguintes diferenças entre o procedimento arbitral privado e o processo administrativo em comento: previsão de julgador e obrigatoriedade de tentativa prévia de conciliação.

Com relação à previsão de julgador, nesse processo administrativo está prevista a existência de Comissão própria de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, sendo composta por dois representantes de cada autarquia (artigo 10, Resolução Conjunta n. 02/2001). Caso se tratasse de um procedimento arbitral privado, caberia às partes a escolha de árbitro de sua confiança e não a aceitação de um julgador pré-definido.

Ainda evidenciando a diferença entre o procedimento arbitral privado e o processo administrativo destaca-se a exigência de prévia tentativa de conciliação por parte dos demandantes para que a lide seja submetida à Comissão (artigo 19, Resolução Conjunta n. 02/2001). Caso se tratasse de um procedimento arbitral típico, submetido aos regramentos da Lei n. 9.307/96, não seria necessária a tentativa antecedente de negociação para resolver o conflito. A escolha da arbitragem privada submete-se apenas a definição da convenção de arbitragem e não há uma tentativa de resolução do conflito anterior à submissão ao procedimento.

A terceira modalidade de resolução de conflitos a ser realizada pela ANATEL envolve os casos de compartilhamento de infraestrutura entre as próprias

prestadoras de serviços de telecomunicações. Nesse caso, de acordo com a Resolução n. 683, de 05 de outubro de 2017, que aprovou o Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura de Suporte à Prestação de Serviço de Telecomunicações, eventuais conflitos surgidos podem ser dirimidos pela Anatel, no exercício da função de órgão regulador, mediante os processos administrativos de resolução de conflitos estabelecido no Regimento Interno da ANATEL (artigo 8º, Resolução n. 683/2017).

Observa-se, inicialmente, que a Resolução n. 683/2017 estabelece que o tipo de procedimento a ser realizado pela ANATEL, na resolução de conflitos de compartilhamento de infraestrutura entre as próprias prestadoras de serviços de telecomunicações, será administrativo. O *caput* do artigo 8º da Resolução traz categoricamente a expressão procedimento administrativo, mas indica que esse será disciplinado pelo Regimento Interno da ANATEL. Em consulta à Resolução n. 612, de 29 de abril de 2013, que estabeleceu o Regimento Interno da ANATEL, tais procedimentos são denominados mediação, arbitragem administrativa e reclamação administrativa (artigo 92, Resolução n. 612/2013 - Regimento Interno da ANATEL).

Haja vista que a discussão da pesquisa se encontra no âmbito da arbitragem, apenas essa técnica, dentre as três mencionadas, será analisada em comparação à arbitragem prevista na Lei n. 9.307/96. Para tanto, destaca-se a atuação da ANATEL no Processo Administrativo nº 53500.013660/2013, ocorrido no âmbito da autarquia especial, em que a empresa Lafaiete Provedor de Internet e Telecomunicações LTDA solicitou a instauração de processo de arbitragem em virtude de a empresa Telemar Norte Leste S/A ter negado o compartilhamento de dutos no Município de Congonhas-MG. Em virtude da obrigatoriedade disposta na Lei geral de Telecomunicações de que empresas de telecomunicações compartilhem estruturas funcionalmente compatíveis (artigo 73, Lei n. 9.472/97), a empresa Lafaiete entendeu irrazoável a negativa e solicitou a instauração do procedimento (ANATEL, 2015).

No caso em questão, foi designada como responsável para o arbitramento da demanda a Superintendente de Competição (SCP), que expediu decisão determinando à empresa Telemar Norte Leste “que se abstivesse de indeferir a solicitação da empresa LAFAIETE” (ANATEL, 2015). Da decisão proferida, a empresa Telemar Norte Leste interpôs recurso para o Conselho Diretor, alegando que tinha interesse em disponibilizar os dutos para a empresa Lafaiete,

mas que há muito havia realizado um estudo sobre a viabilidade de compartilhamento, logo que haveria necessidade de novo estudo a ser custeado pela empresa solicitante (ANATEL, 2015).

O recurso foi analisado pelo Conselheiro Relator Igor Vilas Boas de Freitas, que iniciou sua argumentação tratando sobre a obrigatoriedade do compartilhamento de estrutura (artigo 73, Lei n. 9.472/97). Abordou ainda a existência do Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura entre as Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 274/2001 da ANATEL. No documento evidencia-se a necessidade de se “estimular a otimização de recursos, a redução de custos operacionais e evitar a duplicidade de infraestrutura para prestação de serviços” (ANATEL, 2015).

De acordo com o Conselheiro Relator, para a garantia da livre, justa e ampla competição entre as empresas é fundamental que os dutos sejam compartilhados, sendo incabível a negativa por parte da empresa Telemar Norte Leste. Prosseguiu a fundamentação da decisão com a explanação sobre a ausência de justificativa técnica para a negativa da empresa recorrente, o que teria, inclusive, motivado a realização por parte da ANATEL com o objetivo de verificar a viabilidade do compartilhamento. No relatório de fiscalização, apresentado no bojo do processo administrativo, restou demonstrado que “1) Há viabilidade técnica para passagem de novos cabos nos dutos avaliados, nas caixas vistoriadas; 2) Conforme item 5.2.2 não existe inviabilidade técnica de compartilhamento nos dutos das caixas vistoriadas” (ANATEL, 2015).

Após as explanações da decisão, o Conselheiro Relator firmou entendimento no sentido de que a recorrente não tinha razão na demanda, logo o recurso administrativo foi conhecido, mas improvido no mérito, conforme ementa:

SUPERINTENDÊNCIA DE COMPETIÇÃO. PEDIDO DE ARBITRAGEM. COMPARTILHAMENTO DE DUTOS. SNOA. VIABILIDADE TÉCNICA. CONDIÇÕES DE COMERCIALIZAÇÃO DA ORPA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. 1. A negativa de compartilhamento de dutos da TELEMAR NORTE LESTE S/A localizados no município de Congonhas-MG foi realizada de maneira indevida. 2. O compartilhamento dos dutos deve respeitar as condições de comercialização dispostas na Oferta de Referência de Produto de Atacado de Infraestrutura Passiva da TELEMAR NORTE LESTE S/A. 3. Recurso conhecido e não provido (ACÓRDÃO nº 535/2015 - Processo nº 53500.013660/2013. Conselheiro Relator Igor Vilas Boas de Freitas. Análise nº 219/2015 - GCIF. Reunião do Conselho Diretor nº 790, item 3.3, realizada em 03 de dezembro de 2015).

A análise do caso concreto exposto, que possui regramento processual arbitral previsto no Regimento Interno da ANATEL, indica que a hipótese não se trata da arbitragem privada de solução de conflitos prevista na Lei n. 9.307/96 em razão das seguintes diferenças: natureza do processo, estabelecimento prévio da autoridade competente para solução da demanda, possibilidade de substituição do julgador, impossibilidade de convenção das partes sobre normas procedimentais, previsão de recurso da decisão e de execução na esfera administrativa.

Com relação à natureza do processo, a priori, verifica-se que a arbitragem exposta no Regimento Interno da ANATEL ganha, como qualificação ao seu nome, a expressão “administrativa”. Considerada como de natureza administrativa a arbitragem estipulada pelo agente normatizador, verifica-se de antemão o primeiro indício de que também essa forma de solução de conflitos prevista para a ANATEL não deve ser considerada como semelhante à arbitragem privada, estabelecida na Lei n. 9.307/96, mas sim como um processo administrativo típico.

Enfatiza-se novamente o estabelecimento prévio de uma autoridade competente para a solução da demanda. No caso da arbitragem administrativa em destaque, não é possível que as partes escolham aquele que solucionará a demanda, porque já existe, no âmbito da autarquia especial, servidor previamente designado para tanto (artigo 95, Resolução n. 612/2013 - Regimento Interno da ANATEL). Essa situação foi verificada no processo mencionado, já que as empresas envolvidas, Lafaiete e Telemar Norte Leste, não escolheram o árbitro, mas sim tiveram imposto a sua demanda a solução por parte da Superintendente de Competição.

Com relação à possibilidade de substituição do julgador, conforme artigo 98 do Regimento Interno da ANATEL, é possível que o árbitro competente para solução do conflito, caso entenda conveniente, encaminhe o procedimento para deliberação em regime de colegiado, propondo a instituição de uma Comissão de Arbitragem formada por no mínimo três árbitros. Verifica-se que, nessa situação, o árbitro inicialmente designado para a solução da demanda é substituído por uma

comissão. Tal hipótese é impensável diante do procedimento estabelecido pela Lei n. 9.307/96. Conforme amplamente abordado em tópicos anteriores, a escolha do árbitro privado é realizada em razão da confiança que as partes depositam nele, não sendo admitida, salvo hipótese de suspeição ou impedimento, a sua substituição. Caso a arbitragem prevista no Regimento Interno da ANATEL se tratasse do mesmo procedimento privado de solução de demandas estabelecido na Lei n. 9.307/96 não haveria a hipótese abordada de substituição do julgador estabelecido.

O Regimento Interno da ANATEL também não abre espaço para que as partes convençam novas disposições sobre os prazos, documentos a serem juntados e ônus de provas. O procedimento é fixado no regimento e quando há a adesão das partes à solução da demanda por parte da autarquia reguladora essas aderem ao procedimento conforme estabelecido, sem possibilidades de alterações. Conforme já estudado, a arbitragem privada prevista na Lei n. 9.307/96 traz a possibilidade de que as partes escolham “livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública” (artigo 2º, §1º, Lei n. 9.307/96).

É cabível, da decisão proferida pela autoridade competente para arbitragem administrativa, recurso administrativo ou pedido de reconsideração, conforme artigo 96, inciso VIII do Regimento Interno da ANATEL. No caso exposto, a empresa Telemar Norte Leste interpôs recurso contra a decisão da Superintendente de Competição. Após o ato processual, a demanda foi submetida à reanálise por parte do Conselho Diretor. Como já tratado, no caso da arbitragem prevista pela Lei n. 9.307/96, não há qualquer possibilidade de interposição de recurso da decisão final (artigo 18, Lei n. 9.307/96).

Caso haja descumprimento da decisão proferida na arbitragem administrativa, conforme artigo 101 do Regimento Interno da ANATEL, será encaminhado relatório à Superintendência de Controle de Obrigações, para providências cabíveis. Ou seja, verifica-se aqui a possibilidade de que a demanda, não tendo alcançado a pacificação social pretendida, prossiga na esfera administrativa, sob a forma de uma espécie de execução administrativa. No caso da arbitragem privada, estabelecida pela Lei n. 9.307/96, caso a decisão proferida pelo árbitro não seja cumprida essa deve ser exigida no judiciário, tendo em vista se tratar de título executivo. Não há possibilidade de que a execução da decisão continue por via do processo privado de solução de conflitos.

Concluiu-se que a competência conferida à ANATEL para solução extrajudicial de conflitos entre as operadoras de serviços de telecomunicações encontra-se inserida na esfera do processo administrativo e não na hipótese de se posicionar como árbitra em um processo privado estabelecido pela Lei n. 9.307/96. Não é cabível que a ANATEL seja escolhida como árbitra pelas partes demandantes, inicialmente por sua função eminentemente pública, que compromete a imparcialidade como julgadora e em segundo lugar porque não há previsão legal nesse sentido.

Vale rememorar que a ANATEL é autarquia especial, partícipe da Administração Pública indireta e por isso submetida ao regime jurídico administrativo. Se aplica a ela a necessidade de observância de todos os princípios administrativos implícitos e explícitos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, dentre eles o princípio da legalidade. Segundo esse, só é possível que a Administração Pública atue nos estreitos limites da lei e, ainda que haja discricionariedade prevista na legislação, é preciso que a essa seja exercida dentro dos parâmetros legais. Não havendo previsão legal expressa de que a ANATEL pode ser escolhida como árbitra diante de um conflito privado, certamente essa hipótese é incabível.

Conclui-se que a possibilidade de as partes submeterem seus conflitos à arbitragem em nada se relaciona ou interfere na competência conferida às autarquias especiais para solução de demandas. Como visto nesse tópico, é possível que a autarquia especial resolva a demanda por meio de processo administrativo, que não afastará a posterior jurisdição estatal e que estará sujeito ao controle judiciário. Cumpre, entretanto, ressaltar que a opção, estabelecida previamente em contrato (cláusula arbitral), pela via da arbitragem para solução da controvérsia afasta a possibilidade de que as partes submetam o mesmo conflito à autarquia especial.

Isso dado que quando convencionam pela arbitragem não é admissível que as partes optem por qualquer outra instância decisória. Irrazoável seria que a decisão afastasse apenas a jurisdição estatal, prevista constitucionalmente (artigo 5º, XXXV, CF/88), mas não a instância administrativa. Entende-se que havendo cláusula arbitral estabelecida previamente no contrato não é possível que as partes submetam o conflito à agência especial (BINENBOJM, 2016, p. 217).

Por outro lado, caso as partes escolham levar a demanda à autarquia especial é plausível, atendendo à lei e em uma perspectiva gerencial, que posteriormente firmem compromisso arbitral. O compromisso arbitral é realizado quando o conflito já existe e as partes querem submetê-lo à arbitragem privada. Ora, não existindo coisa julgada na decisão administrativa, em permanecendo insatisfeitas as partes, podem elas, ao invés de levar a demanda ao Judiciário, firmar compromisso arbitral e submeter a demanda à arbitragem. A escolha pela arbitragem após a decisão administrativa proferida pela autarquia especial que não conseguiu a pacificação social atende aos critérios de eficiência e celeridade. A demanda será solucionada de maneira mais técnica e célere se for direcionada para a arbitragem privada ao invés de para o Judiciário.

A opção pela resolução extrajudicial de conflitos em autarquias especiais está em compasso com as diretrizes do Estado gerencial. Em vistas de garantir a eficiência na atuação administrativa, outorga-lhe a possibilidade de dirimir conflitos porque a "administração pública sempre apresenta resultados superiores quando atua na linha do consenso, como, por exemplo, quando logra substituir a imposição de uma conduta pelo fomento ao cumprimento espontâneo" (MOREIRA NETO, 2001, p. 124).

A utilização do processo administrativo para solução de conflitos por parte da autarquia especial vai de encontro com os valores constantes no mercado, além de outros previstos constitucionalmente, como a eficiência do desempenho da administração. A atuação da ANATEL nesse quesito propõe uma solução mais célere, além de técnica, que vem a atender às necessidades de usuários, concessionárias e do próprio poder concedente. A ferramenta se representa

[...] importante na garantia de uma ampla, livre e justa concorrência entre as prestadoras de serviços de telecomunicações, na medida em que coíbe a morosidade do Poder Judiciário e a possibilidade de discussões meramente protelatórias, viabilizando a prolação célere de uma decisão que, muitas vezes, afetar a esfera jurídica de praticamente todos os usuários dos serviços de telecomunicações (SANTIAGO, 2014, p. 185-186).

A política regulatória da ANATEL que se volta para a convivência harmoniosa entre operadoras de telecomunicações demonstra claramente que a autarquia se encontra em compasso com as perspectivas da administração

gerencial. Além de atender aos critérios da eficiência, em razão de promover a pacificação social de modo mais técnico e célere, promove a cooperação entre as concessionárias, o que atende, em última instância, o próprio consumidor (SANTIAGO, 2014, p. 194).

Sob tais argumentos verificou-se que a autarquia especial não pode ser entendida como árbitra no processo de arbitragem privada previsto pela Lei n. 9.307/96, mas que a opção por essa via não afasta a possibilidade de que ela atue em sua competência para solução de demandas. Essa competência se insere no âmbito do processo administrativo, o que afasta a hipótese de ser considerado como arbitragem privada. Trata-se de processo administrativo que pode ser conhecido como arbitramento de conflitos. Caso as partes tenham estipulado cláusula arbitral em contrato, não será possível que submetam a demanda à autarquia especial, mas caso não exista essa previsão no contrato, é possível que se tente a solução pela via administrativa e, se não alcançar o resultado esperado, leve a demanda à arbitragem privada, vez que essa perspectiva atende aos parâmetros de uma administração pública gerencial.

## CONCLUSÃO

No Brasil, a reforma administrativa gerencial teve como marco legal a Emenda Constitucional n. 19/98, que introduziu o valor da eficiência dentre as premissas da administração pública. O regime jurídico administrativo gerencial não retirou controles tradicionais, mas sim acrescentou o dever de justificar as escolhas públicas por meio de outros valores de igual envergadura: economicidade, razoabilidade, responsabilização e eficiência.

A pesquisa a pontou os estudos estratégicos de Luiz Carlos Bresser-Pereira (1934), ministro da administração e reforma do Estado (1995-1998), sistematizados na teoria do modelo básico de reforma da gestão pública. Nesse estudo, Bresser-Pereira utiliza como critérios as formas de propriedade, formas de administração e atividades desenvolvidas pelo Estado. O principal objetivo foi definir as atividades de exclusiva atuação do Estado e aquelas que poderiam ser prestadas pela iniciativa privada. Enfatiza, na sistematização, as autarquias especiais.

A importante atuação gerencial das autarquias especiais confere a elas um regime jurídico especial, que corrobora para o exercício de suas atividades de maneira autônoma e independente. Além desse, as autarquias especiais possuem competências regulatória, de fiscalização e de solução de litígios, em razão do amplo conhecimento dos objetos discutidos em contratos de concessão e permissão de serviços públicos e da proximidade com os fatos geradores das lides. A viabilidade da solução extrajudicial de demandas por parte das autarquias especiais não se confunde com a possibilidade de que a Administração Pública se valha de meios privados de solução de conflitos.

Destacou-se que aqueles que atuam no ambiente sob controle normativo e de fiscalização das autarquias especiais, ou seja, concessionárias, consumidores e Poder concedente, podem se valer desses mecanismos, para solucionar demandas derivadas de contratos administrativos. Todas essas pessoas atendem ao critério subjetivo para utilização da arbitragem, ou seja, possuem capacidade contratual. Ainda que se trate da Administração Pública, a pesquisa demonstrou a possibilidade de que essa também opte pela resolução extrajudicial de conflitos, vez que, além de possuir capacidade contratual, já existe disposição expressa na Lei de Arbitragem assegurando essa possibilidade (artigo 1º, § 1º, Lei n. 9.307/96 alterado pela Lei n. 13.129/15).

Para que o conflito seja submetido ao juízo arbitral, faz-se necessário que o objeto seja patrimônio disponível, ou seja, que possa ser valorado economicamente e que os envolvidos tenham plena disposição. Quando presente na contenda a Administração Pública, será considerado patrimônio disponível o objeto que possa ser valorado economicamente, seja bem público dominical, sem afetação pública, ou, caso se trate de discussão atinente ao âmbito dos contratos administrativos, que a cláusula esteja dentre aquelas financeiras, que garantem a manutenção da equação econômica do contrato.

Dentre os valores centrais da arbitragem passíveis de avaliação destacou-se na pesquisa que o regime jurídico na esfera privada exige as características da preponderância da autonomia da vontade, exclusão da jurisdição estatal, especialidade e imparcialidade do árbitro, confidencialidade e definitividade da decisão arbitral. O estudo apontou que as características do processo são compatíveis com a presença da Administração Pública, entretanto merecem ajustes em razão do regime jurídico de direito público.

O regime jurídico na esfera pública exige que o procedimento arbitral sofra algumas adequações. A autonomia da vontade se submete ao princípio da legalidade e ao estabelecimento da pessoa jurídica competente para instituir a convenção de arbitragem. Essa, conforme mencionado, será aquela competente para a realização do contrato administrativo, sendo admitida a delegação de competência. Na minuta do contrato, deve constar a preferência do uso da arbitragem, mas tal fato não afasta a possibilidade posterior de controle exercido pelo Tribunal de Contas, Ministério Público, Poder Judiciário e pela sociedade. A publicidade do processo deve ser regra, mas caso haja dados relativos ao desenvolvimento econômico da empresa e segredos mercadológicos, deve ser garantida a privacidade da pessoa jurídica de direito privado. Pactua-se a discussão acerca do uso da arbitragem no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais com as conclusões de que a possibilidade vai de encontro com os princípios da nova administração pública gerencial.

Havendo um conflito surgido no âmbito da prestação de serviços públicos, o estudo concluiu pela possibilidade de que consumidor e concessionária optem, para a sua resolução, levar a demanda à arbitragem. A participação da autarquia especial, ainda que essa não faça parte da relação jurídica material, contribui para que o árbitro tenha conhecimento acerca de informações contratuais

importantes, tal qual a forma de prestação do serviço, índices de satisfação do consumidor e outros relevantes elementos do objeto em litígio.

Com relação à natureza jurídica dessa participação, não será considerada litisconsorte necessária ou facultativa da concessionária, mas sim, em razão da sua possibilidade de contribuir com conhecimentos técnicos para o processo, tal qual *amicus curiae*, instituto previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil. Na arbitragem realizada entre consumidor e concessionária é possível ainda que o Estado participe da demanda, justamente em razão da sua responsabilidade objetiva e subsidiária no adimplemento do contrato. Nesse caso, faz-se imprescindível que essa possibilidade esteja expressa na convenção de arbitragem e que esse se manifeste no sentido de aceitar a participação no processo arbitral. Neste caso, atuará tal qual litisconsorte facultativo da concessionária e constará no título executivo firmado com a decisão final.

Ressaltou-se que a proposta de que pessoas envolvidas no ambiente sob o regime normativo e de fiscalização das autarquias especiais optem por submeter suas demandas à arbitragem não se relaciona nem afasta a possibilidade de a própria autarquia solucionar os conflitos existentes entre o Estado e a concessionária de serviços públicos e entre essa e o consumidor também de maneira extrajudicial. Nessa hipótese, entretanto, haverá não a utilização da arbitragem tratada, mas sim a aplicação do já conhecido processo administrativo, por vezes denominado de arbitramento.

Fez-se um recorte para analisar o arbitramento de conflitos previsto no regimento interno da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), considerando-se a existência e a utilização ampla do processo. A opção pelas partes da submissão da lide à via administrativa também está em compasso com as diretrizes gerenciais, não se constituindo em conflito com a possibilidade de escolha pela arbitragem privada. A utilização do processo administrativo por parte da autarquia especial atende a eficiência do desempenho da administração. A atuação da ANATEL nesse quesito propõe uma solução mais célere, além de técnica, que vem a atender às necessidades de usuários, concessionárias e do próprio poder concedente.

A pesquisa concluiu no sentido de que a autarquia especial não pode ser árbitra no processo de arbitragem privada previsto pela Lei n. 9.307/96, justamente porque possui competência administrativa para solucionar as demandas

ocorridas no ambiente sob sua regulação e fiscalização, por via de processo administrativo. Caso as partes tenham estipulado convenção arbitral no contrato administrativo, devem buscar a aplicação da arbitragem diante do conflito surgido, em razão da disposição prévia sobre o tema. Caso não exista essa previsão no contrato, é possível que se tente a solução pela via administrativa e, não alcançando o resultado esperado, leve a demanda à arbitragem privada, vez que essa perspectiva também atende aos parâmetros de uma administração pública gerencial.

## REFERÊNCIAS

ABRÚCIO, Luiz Fernando. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos ENAP**, Brasília, n. 10, p. 01-52, 1997.

\_\_\_\_\_, Fernando Luiz. O longo caminho das reformas nos governos estaduais: crise, mudanças e impasses. In: MELO, Marcus André (Org.). **Reforma do Estado e mudança institucional no Brasil**. Recife: Massangana, 1999. p. 161-198.

ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti de. Reconstrução e reforma do Estado. In: VELOSO, João Paulo dos Reis; ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti de (coords.). **Governabilidade e Reformas**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995. p. 129-198.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 335-349.

AMARAL, Alexandra da Silva. **Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

ANATEL. **Processo nº 53500.013660/2013**. Recorrente/Interessado: TELEMAR NORTE LESTE S/A (CNPJ/MF nº 33.000.118/0001-79) e LAFAIETE PROVEDOR DE INTERNET E TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CNPJ/MF nº 10.552.549/0001-42). Conselheiro Relator: Igor Vilas Boas de Freitas. Brasília, 07 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=339643&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=339643.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 9-23.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAUJO, Edmir Netto. A aparente autonomia das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 39-58.

\_\_\_\_\_, Edmir Netto. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 39/248 de 16 de abril de 1985**. Dispõe sobre proteção ao consumidor. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21426-21427-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

AZEVEDO, Sérgio de. Reforma do Estado e mudança institucional: variáveis exógenas e endógenas. In: MELO, Marcus André (Org.). **Reforma do Estado e mudança institucional no Brasil**. Recife: Massangana, 1999. p. 111-142.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de controvérsias pelas agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 187-212, out./dez. 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red livros, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 207-228.

\_\_\_\_\_, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação transformações: político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 fev. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 579, de 30 de julho de 1938. Organiza o Departamento Administrativo do Serviço Público, reorganiza as Comissões de Eficiência dos Ministérios e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 jul. 1938. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-579-30-julho-1938-350919-publicacaooriginal-126972-pe.html>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 39.855, de 24 de agosto de 1956. Cria a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 ago. 1956. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-39855-24-agosto-1956-333365-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d83740.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d83740.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 86.215, de 25 de julho de 1981. Fixa normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal, nos casos que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 jul. 1981. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-86215-25-julho-1981-435410-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 nov. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7244.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7244.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 fev. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 set. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9427cons.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/leis/2-lei-9472>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 ago. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9478.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9986.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jun. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10233.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.909, de 04 de março de 2009. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 mar. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de

Contratações Públicas – RDC [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 ago. 2011. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976 [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 mai. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 11.308 - DF (2005/0212763-0)**. Agravante: União. Agravado: Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de junho de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147580/agravo-regimental-no-mandado-de-seguranca-agrg-no-ms-11308-df-2005-0212763-0>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

\_\_\_\_\_, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 222-259.

BUTLER, Eamonn. **A contribuição de Hayek às idéias políticas e econômicas de nosso tempo**. Tradução de: Carlos dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987. 176 p. Tradução de: Hayek: his contribution to the political and economic thought of our time, 1983.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação**, Resolução CNJ 125/2010. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **Ciência e Trópico**, Recife, v. 34, n. 2, p. 297-323, jul./dez. 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DALARRI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 32, n. 128, p. 63-67, out./dez. 1995.

\_\_\_\_\_, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A arbitragem em contratos administrativos - repercussões da nova Lei n. 13.129, de 16.5.15. In: CÂMARA, Alexandre Freitas;

PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 273-285.

\_\_\_\_\_, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARIA, Eduardo José. **O Direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Caio Márcio Marini. Crise e reforma do Estado: uma questão de cidadania e valorização do servidor. In: PETRUCCI, Vera; SCHWARZ, Letícia (Orgs.). **Administração pública gerencial: reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 63-95.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FLAUSINO, Vagner Fabricio Viera. **Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada**. Curitiba: Juruá, 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem: doutrina, legislação, jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Rio Grande do Sul, v. 21, p. 141-148, mar. 2002.

HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós nacional: ensaios políticos**. Tradução de: Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 219 p. Tradução de: Die postnationale Konstellation: Politische Essays, 1998.

\_\_\_\_\_, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. 398 p. Tradução de: Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1962.

HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão**. Tradução de: Leonel Vallandro. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1977. 234 p. Tradução de: The Road to Serfdom, 1944.

HELAL, Diogo Henrique. Do patrimonialismo ao paradigma gerencial: paradoxos na administração pública municipal de Caeté – MG. **Administração Pública Gestão Social**, Viçosa, v. 1, n.1, p. 23-45, jan./mar. 2009.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã**. Tradução de: João Paulo Monteiro e

Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. 230 p.  
Tradução de: Leviathan, 1651.

HOFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. **Cadernos Cedes**. Campinas, n. 55, p. 30-41, nov. 2001.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001.

JÚNIOR, José Cretella. Da arbitragem e seu conceito categorial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, n. 98, p. 127-138, abr./jun. 1988.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na administração pública - fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIPPMANN, Walter. **A reconstrução da sociedade**. Tradução de: Neil R. da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1961. 334 p. Tradução de: The good society, 1937.

MACEDO, Marcelo Ernandez; ALVES, Andrea Morais. Reforma administrativa: o caso do Reino Unido. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 48, n. 03, p. 62-83, set./dez. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MASTRANGELO, Claudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências reguladoras e suas características. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 218, p. 71-91, out./dez. 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

METCALFE, Les; RICHARDS, Sue. **La modernización de la gestión pública**. Tradução de: Eduardo Zapico Goñi e Luis E. Echebarría Ariznabarreta. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989. 341 p. Tradução de: Improving Public Management, 1987.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do serviço público**, Brasília, v. 51, n. 2, p. 105-119, abr./jun. 2000.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa**: emenda constitucional 19/98. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul./set. 1997.

\_\_\_\_\_, Diogo Figueiredo de. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2006.

OLIVEIRA, Arthur Coimbra de. O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 111-159, jan./dez. 2009.

PACHECO, Regina Silva. Reformando a administração pública no Brasil: eficiência e accountability democrática. In: MELO, Marcus André (Org.). **Reforma do Estado e mudança institucional no Brasil**. Recife: Massangana, 1999. p. 223-237.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de direito civil**: parte geral. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1.

RUA, Maria das Graças. Desafios da administração pública brasileira: governança, autonomia, neutralidade. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 48, n. 03, p. 133-152, set./dez. 1997.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTIAGO, Rafael da Silva. Arbitragem e regulação: uma análise da aplicação do juízo arbitral no setor das telecomunicações. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 177-230, jan./dez. 2014.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação**. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras**: a sua independência e o princípio do estado democrático. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Livro Quatro. Tradução de: Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1996. 400 p. Tradução de: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776.

SOMARRIBA, Marcês; DULCI, Otavio. A democratização do poder local e seus dilemas: a dinâmica atual da participação popular em Belo Horizonte. In: DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de (Orgs.). **Reforma do Estado e democracia no Brasil**: dilemas e perspectivas. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 391-425.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 125-162, abr./jun. 1999.

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. Tradução de: Alexandre Morales. **Revista novos estudos**, São Paulo, ed. 92, v. 31, n. 1, p. 35-56, mar. 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 1-5, jul./set. 2000.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Consulta n. 008.2171993-9. Interessado: Deputado Federal Paulino Cícero, Ministro de Estado de Minas e Energia**. Entidade: Companhia Hidro-Elétrica do São Francisco. Relator: Homero Santos. Brasília, 15 de julho de 1993. Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Dec/19940307/GERADO\\_TC-17446.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Dec/19940307/GERADO_TC-17446.pdf)>. Acesso em: 29 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Relatório de auditoria n. 004.031/2003-0. Interessado: Congresso Nacional**. Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Relator: Adylson Motta. Brasília, 28 de maio de 2003. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=4031&p2=2003&p3=0>>. Acesso em: 29 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Relatório de auditoria n. 005.605/2002-9**. Interessado: Odenir José Sanches (Diretor-Presidente da Concepa) e José Alexandre Nogueira de Resende (Diretor-Geral da ANTT). Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre (Concepa). Relator: Marcos Vinicius Vilaça. Brasília, 13 de março de 2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProcesso?num=00560520029>>. Acesso em: 30 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Relatório de levantamento n. 008.402/2005-4**. Interessado: Congresso Nacional. Entidades: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e 19ª Unidade de Infraestrutura Terrestre. Relator: Augusto Nardes. Brasília, 05 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=8402&p2=2005&p3=4>>.

Acesso em: 01 nov. 2017.

TOLEDO, Enrique de la Garza. Neoliberalismo e Estado. In: LAURELL, Asa Cristina (Org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de: Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 71-89.

VELASCO, Juan Carlos. Deliberación y calidad de la democracia. **Claves de razón práctica**, Espanã, n. 167, p. 36-43, nov. 2006.

VICENTE, Maximiliano Martin. A crise do Estado de bem-estar social e a globalização: um balanço. In: \_\_\_\_\_. **História e comunicação na ordem social**. São Paulo: UNESP, 2009. p. 123-146. E-book. ISBN 978-85-98605-96-8. Disponível em: < <http://books.scielo.org/id/b3rzk/pdf/vicente-9788598605968-08.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas - uma apreciação geral. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n.1, p. 49-59, jan./mar. 1984.

\_\_\_\_\_, Beatriz Marques de Souza. **Reforma administrativa na era de Vargas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 143-172, jan./mar. 1999.

WEBER, Karl Emil Maximilian. **Ensaio de sociologia**. Tradução de: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982. 530 p. Tradução de: *Essays in Sociology*, 1924.

WILLOUGHBY, William Franklin. **Principles of public administration**: with special reference to the national and state governments of the United States. Washington: The Brookings Institution, 1927.