
O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO E A ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE MERIT OF THE ADMINISTRATIVE ACT AND ARBITRATION WITH PUBLIC ENTITIES

Paula Butti Cardoso¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A insindicabilidade do mérito administrativo: limite à atuação jurisdicional (estatal ou privada). 2. *Requiem* pelo mérito administrativo. 3. O mérito administrativo não é critério de identificação da arbitrabilidade objetiva. Conclusão. Referências.

¹ Mestre (junho/2013) e Doutora (setembro/2023) em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procuradora na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN (desde 2013). Coordenadora do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União (desde 2018).

RESUMO: A Lei nº 9.307, de 1996, a Lei de Arbitragem, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.129, de 2015, passou a prever expressamente que a “Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Ultrapassadas as discussões em torno da arbitrabilidade subjetiva, a arbitrabilidade objetiva das disputas envolvendo a administração pública ganha papel de destaque. Na tentativa de identificar os “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública, alguns apresentam, como limite à arbitrabilidade, o mérito administrativo. Ocorre que existe uma diferença entre afirmar que o mérito administrativo constitui um limite à atuação jurisdicional, seja ela estatal, seja ela privada; e afirmar que é o mérito administrativo que constituirá o limite à arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo a administração pública. Diante do encolhimento do mérito administrativo que verificamos no direito administrativo contemporâneo, é necessário buscar outras formas de identificar os “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Arbitragem. Arbitrabilidade Objetiva. Mérito Administrativo.

ABSTRACT: Law No. 9,307, of 1996, the Brazilian Arbitration Law, amended by Law No. 13,129, of 2015, expressly provides that the direct and indirect bodies of the public administration may resort to arbitration to resolve conflicts regarding “patrimonial rights”. In what regards disputes involving public entities in Brazil, discussions regarding the parties in arbitration (subjective arbitrability) have given place to discussions regarding objective arbitrability. Some people understand that the merit of the administrative act constitutes a limit to arbitrability. Nevertheless, there is a difference between stating that the merit of the administrative act constitutes a limit to the action of a state court or an arbitral tribunal; and to affirm that the merit of the administrative act limits the objective arbitrability of disputes involving state entities. In the context of Brazilian contemporary administrative law, the merit of the administrative acts is “retracting”. Therefore, it is necessary to seek other ways to identify the “patrimonial rights” of public administration.

KEYWORDS: Administrative Law. Arbitration. Objective Arbitrability. Merit of the administrative act.

INTRODUÇÃO

Ultrapassadas as discussões a respeito da possibilidade de a administração pública utilizar a arbitragem para resolução de conflitos, em decorrência da previsão expressa trazida pela Lei nº 13.129, de 2015, no sentido de que a “administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, as discussões no âmbito da arbitragem envolvendo a administração pública se voltam agora à arbitrabilidade objetiva. Isso porque o critério estabelecido pelo legislador, que faz menção aos “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública, não permite identificação imediata dos conflitos que podem ser objeto de uma arbitragem.

Na tentativa de identificar os “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública, alguns apresentam, como limite à arbitrabilidade, o mérito administrativo. De acordo com clássicas lições de direito administrativo, o mérito corresponderia à margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade administrativa, ou seja, à possibilidade de a administração pública escolher uma entre várias soluções possíveis desde que atendido o interesse público. Por corresponder a uma margem livre, inarbitrável seria a decisão administrativa discricionária.

Ocorre que existe uma diferença entre afirmar que o mérito administrativo constitui um limite à atuação jurisdicional, seja ela estatal, seja ela privada; e afirmar que é o mérito administrativo que definirá o limite da arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo a administração pública. Se é certo que o mérito administrativo apresenta um limite à jurisdição, e, conseqüentemente, um limite à atuação dos árbitros, por outro lado é necessário reconhecer que declarar a insindicabilidade do mérito administrativo não possui um real impacto na definição da arbitrabilidade dos conflitos com a administração pública, principalmente diante do encolhimento do mérito administrativo que verificamos no direito administrativo contemporâneo.

Para identificar a arbitrabilidade dos conflitos envolvendo entes públicos, é preciso, então, para além do mérito administrativo, identificar quais são os atos administrativos que, a despeito de serem considerados vinculados ou discricionários, podem ou não podem ser identificados com um “direito patrimonial disponível” da administração pública.

1. A INSINDICABILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO: LIMITE À ATUAÇÃO JURISDICIONAL (ESTATAL OU PRIVADA)

Conforme ensina Medauar (2020, p. 146), o ato administrativo constitui “um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades

da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade”. Enquanto a legalidade do ato administrativo diz respeito a sua conformação às normas do ordenamento, a margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade administrativa - que é a faculdade conferida à administração pública de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis, todas igualmente válidas para o ordenamento, desde que atendido o interesse público² - corresponde ao seu aspecto de mérito. Assim, o mérito do ato administrativo “expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário” (2020, p. 113-114).

A discricionariedade, afirma-se de modo geral na doutrina clássica administrativista, evita o automatismo que ocorreria se os agentes administrativos tivessem sempre que aplicar rigorosamente normas preestabelecidas e supre a impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar. Assim, “a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas, e sempre crescentes necessidades coletivas” pois “a dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis” (Di Pietro, 2021, p. 222).

Como o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade de atuação da administração, ou seja, à discricionariedade administrativa na busca da consecução do interesse público, surge a questão relativa à sua (in)sindicabilidade. Em sendo o mérito o aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da administração pública, comumente afirma-se que ao poder judiciário descabe o exame do mérito das decisões da administração. O mesmo raciocínio deve ser aplicado quando se pensa na jurisdição arbitral: não poderá o tribunal arbitral decidir a respeito do mérito das decisões da administração pública.

Para Salles (2011, p. 218), havendo autorização legislativa para que a administração pública participe de arbitragem, fica admitida a arbitrabilidade de questões relativas a contratos administrativos (e até mesmo superadas

2 Também para Di Pietro (2021, p. 222), o poder da administração é discricionário quando a autoridade está autorizada pelo legislador a optar por uma dentre várias soluções possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico. A escolha é feita “segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”.

discussões sobre arbitrabilidade objetiva)³. Não obstante, o autor afirma que “há de se reconhecer a existência de limites, próprios do Direito Administrativo, à arbitrabilidade de controvérsias relativas a contratos administrativos”, sendo um desses limites o mérito administrativo. Para o autor, o mérito do ato administrativo “constitui um espaço de natural exclusão da jurisdição, seja ela exercida pelo juiz ou pelo árbitro” (2011, p. 215). Serviria o mérito, portanto, como um limite à arbitrabilidade de controvérsias contratuais envolvendo a Administração Pública, de forma que a “convenção de arbitragem não poderá abranger o mérito do ato administrativo, bem como a sentença arbitral não poderá sobre ele incidir” (2011, p. 260).

Na mesma linha, para Marolla (2016, p. 145), os litígios decorrentes do exercício de poderes discricionários da administração pública “não poderão ser submetidos à decisão arbitral, pois são fruto do julgamento de conveniência e oportunidade, entre as várias opções validamente possíveis ao administrador”. Tibúrcio (2018, p. 128) é da mesma opinião, declarando que “assim como não compete ao Judiciário substituir pelas suas as opções legítimas da Administração no exercício de atribuições discricionárias, tampouco o árbitro pode pretender algo semelhante”⁴.

Também Megna (2019, p. 260) declara que o árbitro, assim como o juiz estatal, não poderá, por sentença, interferir no mérito administrativo,

3 Nas palavras do autor (2011, p. 215): “A submissão da administração ao princípio da legalidade, por força de mandamento constitucional, condiciona a ação administrativa à existência de prévio permissivo legal. O requisito da autorização administrativa, dessa maneira, constitui, também, uma condição para arbitrabilidade de questões relativas a contratos administrativos. Esse requisito, conforme observado em capítulo específico sobre esse tema, está presente em grande parte da legislação brasileira sobre contratos administrativos, sendo certo que, diante da sua presença, prescinde-se da verificação quanto à natureza dos direitos envolvidos, exigida pela Lei de Arbitragem. O legislador, ao autorizar a arbitragem nessa esfera, já expressou o juízo necessário quanto à pertinência da solução das controvérsias por esse meio”. Marolla (2016, p. 90) comenta a posição do autor: “Não parece ser essa a melhor exegese da norma. Tivesse o legislador exaurido a análise quanto à adequação jurídica da arbitragem às concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, retirando do administrador qualquer margem de discricionariedade ante o caso concreto, a arbitragem não seria facultativa, mas obrigatória. Não obstante, tanto o art. 23-A da Lei 8.987/95, quanto o artigo 11, inciso III da Lei 11.079/04 trazem a arbitragem como uma faculdade conferida ao administrador público. Além disso, as normas remissão expressa à Lei 9.307/96, indicando que o emprego da arbitragem deverá ser feito nos termos dessa lei, o que faz com que o requisito objetivo, segundo o qual o conflito a ser submetido à solução arbitral deve versar sobre direito patrimonial disponível, também seja aplicável à Administração Pública”.

4 Entretanto, ressalta a autora que “a observância da juridicidade não apenas pode, mas deve ser aferida até mesmo pelos tribunais arbitrais”, de forma que mesmo em hipóteses de maior discricionariedade, poderão os tribunais arbitrais declarar a nulidade de atos praticados em desacordo com a ordem jurídica. Em sentido similar, Sena (2021, p. 50): “O árbitro poderia avaliar aspectos formais, como, por exemplo, a observância do rito legal necessário à edição dos atos normativos de cunho geral produzidos pela Agência Reguladora e aspectos relacionados à observância da legalidade estrita relativa ao conteúdo do ato quando comparado com a política pública definida na lei; entretanto, não poderia revisar aspectos técnicos, de conveniência e de oportunidade ou estabelecer escolhas diferenciadas daquelas escolhas realizadas pela Agência Reguladora para decidir o conflito.”

“entendido este como o continente daquilo que encerra o poder-dever discricionário”. Para o autor, não quer isso dizer que o juiz ou o árbitro não possam conhecer (no sentido de considerar sua existência) o mérito administrativo, até mesmo para usá-lo como fundamento fático de sua decisão. O que não poderiam é alterar o mérito administrativo, pois essa função não é de competência jurisdicional, mas administrativa. O mérito administrativo se apresentaria, assim, como limite negativo ao controle judicial ou arbitral, ou seja, como um núcleo cognoscível, mas imodificável pelo poder judiciário ou pelo tribunal arbitral⁵.

Por fim, Caldas (2020, p. 112-117), em monografia sobre o assunto, declarou que o mérito administrativo é um limite para a atuação jurisdicional, seja judicial, seja arbitral. Assim, “todos os parâmetros de controle aplicados pelo Judiciário, também devem ser observados na arbitragem” de forma que “mesmo possuindo interpretação pessoal divergente, devem os árbitros guardar deferência e entender legítima a decisão administrativa sempre que esta se mostrar razoável e tiver sido adotada com observância do devido processo legal”. Para o autor, o mérito do ato administrativo se apresentaria como um limite vertical à arbitrabilidade objetiva pois “embora condicione a atuação dos árbitros, não é analisado no âmbito da competência”⁶. Em outras palavras, “estando o conflito contido no escopo de uma convenção arbitral,

5 “Assim, por exemplo, se a Administração Pública decidiu por exercer sua faculdade de aumentar o objeto do contrato em 25% em relação ao que inicialmente previsto (art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993), poderá o árbitro tomar conhecimento desse fato e, sendo ele incontroverso, julgar a respeito das consequências patrimoniais daí advindas, a fim de fixar o justo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Não poderá, porém, interferir na decisão administrativa, alterando, por exemplo, a porcentagem de aumento do objeto do contrato que havia sido fixada pela Administração”.

6 Para Caldas (2020, p. 112) o “mérito administrativo, por ser expressão de uma função, não é economicamente valorável e, dessa forma, não pode ser submetido à apreciação pelos árbitros”.

a arbitragem é cabível em toda a extensão da matéria, mas, na profundidade da análise, os árbitros não poderão revisar o mérito administrativo”⁷.

Assim, é inevitável conclusão no sentido de que o mérito administrativo – correspondente ao juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, pela autoridade que exerce o poder discricionário – deve permanecer livre de qualquer interferência de natureza jurisdicional, sendo, portanto, insindicável. Isso significa que nem o juiz estatal, nem o tribunal arbitral, poderá, por sentença, interferir no mérito administrativo, que se apresenta como limite à atuação jurisdicional, seja ela estatal ou privada. Nesse sentido, a insindicabilidade do mérito administrativo se apresenta, sim, como limite à atuação dos árbitros no exercício da sua função jurisdicional. Não pode haver dúvidas a esse respeito. O problema que se coloca nesse artigo é outro: declarar a insindicabilidade do mérito administrativo seria suficiente para identificar todas as matérias que não podem ser submetidas à apreciação da jurisdição privada? Entendo que não, pelos motivos que serão a seguir expostos.

2. REQUIEMPELO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Nas últimas décadas, houve considerável evolução na matéria referente ao controle jurisdicional sobre os atos administrativos. Conforme Di Pietro (2021, p. 226), “após a Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido contra a ideia de insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário”. Explica a autora que o exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito, insuscetíveis de controle jurisdicional. Mas que, com o passar do tempo, teorias foram sendo

7 Para o autor, critérios de verificação da arbitrabilidade construídos a partir de dicotomias como “direito administrativo primário vs. secundário” e “atos de império” vs. “atos de gestão” gerariam vedações, a seu ver, indesejadas aos poderes dos árbitros (2020, p. 108). Cita o seguinte exemplo para ilustrar sua posição: “Seguindo o entendimento dessa corrente, mesmo que praticada uma resilição unilateral do contrato sem observância dos requisitos legais, os árbitros estariam impedidos de analisar essa ilegalidade. A parte privada não poderia pedir a declaração de ilegalidade e nem o tribunal arbitral reconhecer esse vício. Imagine-se o seguinte exemplo: O poder concedente declara a encampação de uma concessão (art. 37, da Lei nº 8.987/95), ou seja, pratica ato visando a retomada do serviço durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, sem que, contudo, tenha sido editada lei autorizativa específica. Ou seja, pratica o Poder Público um ato manifestamente ilegal. Uma expropriação sem base no ordenamento jurídico brasileiro. Neste caso, possuindo o contrato cláusula compromissória, se a concessionária desejar retomar o contrato, estaria ela impedida de fazer esse pedido ao tribunal arbitral? Os árbitros, por sua vez, não poderiam reconhecer a ilegitimidade da medida? Não se vislumbra qualquer motivo para essa vedação. Essa encampação indevida não é expressão do interesse público primário. Há, na verdade, sua violação. O Poder Público não possui um direito patrimonial indisponível de praticar atos ilegais. A impossibilidade de o tribunal arbitral reconhecer a ilegalidade do ato acarretará um prejuízo ainda maior para a sociedade, uma vez que o Poder Público deverá arcar com ampla indenização da concessionária, e, além disso, prestar diretamente ou fazer nova contratação do serviço. Menor prejuízo ao erário seria gerado se, reconhecida a nulidade, o contrato pudesse seguir seu curso natural.”

elaboradas para justificar a extensão do controle jurisdicional sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito.

A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público. Ocorre desvio do poder quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o detentor do poder jurisdicional autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a administração pública fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos em lei. Para Medauar (2020, p. 162), a teoria do desvio de poder representou importante passo no sentido de direcionar o exercício do poder discricionário aos fins de interesse público, explícitos ou implícitos, em razão dos quais esse poder foi conferido ao agente administrativo. Afinal, os poderes atribuídos aos agentes visam ao atendimento do interesse público pertinente à matéria em que esses agentes atuam e não à satisfação de interesses pessoais, de grupos ou de partidos.

A teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato. Quando a administração pública indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o detentor do poder jurisdicional terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Para Binenbojm (2014, p. 218), de acordo com a teoria dos motivos determinantes, a administração pública deve responder pelos motivos que elege como pressuposto para a prática do ato administrativo, havendo uma vinculação administrativa tanto à realidade como à juridicidade das razões de fato apresentadas pelo administrador na motivação do ato. Deste modo, ainda quando se esteja diante de ato cujo motivo não seja previsto em lei (motivo legal discricionário), a validade do ato estará condicionada à existência dos fatos apontados pela administração pública como pressuposto fático-jurídico para sua prática, bem como à juridicidade de tal escolha. Para Medauar (2020, p. 149), na teoria dos motivos determinantes, “os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente” de forma que “a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar”.

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados permite que detentor do poder jurisdicional passe a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de “mérito”. Para Binenbojm (2014, p. 226), a análise dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” destina-se a perquirir

se eles estabelecem: (i) uma área de escolhas puramente discricionárias; (ii) uma vinculação a uma única solução, alcançável por interpretação, e por isso plenamente sindicável; ou (iii) uma margem de livre apreciação por parte da autoridade administrativa, sujeita, porém, a balizamentos jurídicos controláveis pelo detentor do poder jurisdicional. Para Di Pietro (2021, p. 224-225), a grande dificuldade está em definir aprioristicamente todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implica a existência de discricionariedade para a administração pública, já que nos conceitos de valor, como os de moralidade, interesse público e utilidade pública, a discricionariedade pode existir, embora não signifique liberdade total, isenta de qualquer limite. Segundo a autora, é só pelo exame da lei, em cada caso, que podem ser extraídas conclusões⁸.

Também a chamada constitucionalização dos princípios da administração pública veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle jurisdicional sobre os “atos discricionários”. Houve, assim, para Binenbojm (2014, p. 211) uma ampliação da legalidade que “trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito”⁹. Até por isso, para o autor (2014, p. 39), as transformações recentes sofridas pelo direito administrativo tornariam imperiosa uma revisão da noção de discricionariedade administrativa, pois a “emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia

8 Segundo a autora: “No que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, ainda há muita polêmica, podendo-se falar de duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas. Esta segunda corrente é a que tem mais aceitação no direito brasileiro.”

9 Para o autor, a discricionariedade não seria nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderia um maior ou menor grau do controle judicial dos seus atos. Ainda para Binenbojm (2014, p. 211): “(...) é possível identificar, desde o século XIX, um longo percurso no sentido do cravejamento de parâmetros jurídicos à atividade administrativa discricionária. Esse balizamento foi, de início, restrito à lei, preservando-se intocável ao controle jurisdicional o núcleo ou mérito do ato administrativo. Assim, sucederam-se como etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa: (i) a teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicado dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência e finalidade); (ii) o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícito na lei (como desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes); (iii) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados; (iv) o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais”.

entre atos vinculados e atos discricionários”, mas sim “em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”¹⁰.

O autor não está sozinho nessa análise. Marques (2004, p. 246), também ressalta a importância do controle jurisdicional dos atos administrativos, que estaria diretamente ligada “ao fato de ser a regulação estatal, hodiernamente, exercida por órgãos dotados de crescente autonomia e independência”, de forma que “o controle judicial não deve ficar restrito à mera verificação de legalidade, mas deve atingir também, quando provocado, o juízo de proporcionalidade, na avaliação da necessidade, da adequação e da ponderação da medida regulatória em função dos objetivos da regulação”, já que os atos praticados afetam não apenas os interesses regulados (agentes econômicos), mas também os interesses da coletividade em geral¹¹.

Di Pietro (2021, p. 227), ressalta, entretanto, que não se deve confundir o controle do mérito com o controle dos limites legais da discricionariedade. Concordo com a autora, na medida em que as decisões que invalidam atos discricionários por desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivos ou de motivação, por infringência a princípios como o da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito em si, mas a legalidade do ato. Somente é possível falar em mérito, no sentido próprio e atual da expressão, “quando se trate de hipóteses em que a lei deixa à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o Direito; nesse caso, a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo judiciário” (Di Pietro, 2021, p. 227).

10 “Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nesses casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão. (...) De outra banda, o controle judicial será tendencialmente mais denso quanto maior for (ou puder ser) o grau de restrição imposto pela atuação administrativa discricionária sobre os direitos fundamentais. Assim, se as ponderações feitas pelo administrador (ou mesmo as do legislador) na conjugação entre interesses coletivos e direitos fundamentais revelarem-se desproporcionais ou irrazoáveis, caberá ao Poder Judiciário proceder sua invalidação. Em tal caso, o papel primordial dos juízes no resguardo do sistema de direitos fundamentais autoriza um controle mais acentuado sobre a atuação administrativa, respeitado sempre o espaço de conformação que houver sido deixado pela diretriz normativa” (Binenbojm, 2014, p. 41).

11 Para Martins (2001) “o juiz para mensurar se a competência discricionária exercida atendeu ou não à finalidade específica com eficiência deve analisar se a decisão administrativa (conduta, omissão, escolha, juízo) foi aquela que bem e melhor atendeu o interesse público”. Para o autor, isto não significa a eliminação do poder discricionário, mas apenas a ampliação da extensão do controle judiciário da administração pública, “tendo como parâmetro jurídico objetivo a eficiência a permitir a incursão do mérito da decisão administrativa”.

Diante da inegável evolução da matéria referente ao controle judicial sobre os atos administrativos, muito embora o ordenamento jurídico reserve ainda alguns espaços para a atuação discricionária da administração pública, não sendo possível confundir o controle do mérito com o controle dos limites legais da discricionariedade, serão muito poucas as situações em que será possível identificar um mérito administrativo “puro” e, portanto, verdadeiramente excluído do alcance do controle jurisdicional. De fato, e citando Palma (2015, p. 289), a premissa de diferenciar análise de mérito e análise de legalidade se mostra “pouco útil para lidar com o atual modelo de atuação administrativa, especialmente quando levado ao campo da regulação ou, mesmo, da consensualidade”. A noção de mérito administrativo é, no direito administrativo contemporâneo, uma noção cada vez mais instável. E é por isso que questiono a possibilidade e a utilidade de essa noção ser utilizada como base para definição de questão tão vanguardista como é a da arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo entes públicos.

3. O MÉRITO ADMINISTRATIVO NÃO É CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO DA ARBITRABILIDADE OBJETIVA

Não se questiona, conforme já afirmado, que o mérito administrativo é um limite para a atuação jurisdicional, seja ela estatal, seja ela privada. É preciso reconhecer a insindicabilidade do mérito administrativo (ou pelo menos, do que resta dele). Mas, note-se: isso não significa dizer que o mérito administrativo sirva como critério de identificação da arbitrabilidade objetiva. E isso por diversos motivos.

Já foi afirmado que pensar no mérito administrativo como um critério de arbitrabilidade não resulta num critério de grande utilidade prática. Diante da evolução da matéria referente ao controle judicial sobre os atos administrativos do mérito administrativo, a diferenciação entre a análise de mérito e a análise de legalidade se mostra pouco útil para lidar com o atual modelo de atuação administrativa, especialmente quando levado ao campo da regulação ou, mesmo, da consensualidade.

Além da evolução do controle e, conseqüentemente, do encolhimento do mérito administrativo no direito administrativo contemporâneo, identificar a efetiva “parcela” de mérito de um ato administrativo não é uma tarefa trivial. A esse respeito, Di Pietro (2021, p. 227) afirma que apenas após interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido é que o detentor do poder jurisdicional poderá concluir se foram ou não outorgadas à administração pública diferentes opções. De acordo com a autora, se, após a interpretação, o detentor do poder jurisdicional concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante

o direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Em outras palavras, “o que o judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade” ou seja, “o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito”, (Di Pietro, 2021, p. 227).

Assim, apenas após interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido é que o detentor do poder jurisdicional poderá concluir se está ou não diante de verdadeira discricionariedade administrativa. Assim, considerando a necessidade de o julgador proceder a uma série de análises ao longo do procedimento para verificar se foram atendidos os limites da discricionariedade administrativa (e, assim, identificar a existência ou não do verdadeiro mérito administrativo, insindicável), caso o mérito seja considerado critério de arbitrabilidade, apenas será possível ter uma resposta para a questão da arbitrabilidade do litígio ao final do procedimento arbitral, o que não se mostra nem um pouco conveniente em termos de efetividade da prestação jurisdicional.

Além disso, a Lei nº 9.307, de 1996 autoriza a administração pública direta e indireta a utilizar a arbitragem para dirimir “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Se o mérito administrativo é um espaço de conveniência e oportunidade de escolha pela administração pública, no atendimento do interesse público, sendo insindicável, ou seja, insuscetível de controle jurisdicional, forçoso reconhecer que sobre o verdadeiro mérito administrativo jamais poderá sequer haver, de fato, um conflito. Em outras palavras, se o ordenamento jurídico garante à administração pública um espaço de escolha que não pode ser questionado por quem quer que seja, a ponto de não poder ser objeto de controle por uma autoridade detentora de poder jurisdicional (estatal ou privado), não se pode cogitar da existência de conflito sobre o mérito administrativo, não fazendo sentido identificar o mérito administrativo como um critério de arbitrabilidade.

Por fim, não é possível identificar um direito patrimonial disponível da administração pública com um único elemento, isolado, do ato administrativo. Em primeiro lugar, porque, conforme Medauar (2020, p. 146), é o ato administrativo (e não qualquer um dos seus elementos considerados isoladamente) que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações. Em segundo lugar, porque nenhum elemento do ato administrativo, por si só, é economicamente valorável ou disponível e, dessa forma, não poderia ser submetido, individualmente, à apreciação pelos árbitros. Em terceiro lugar, se fosse possível afirmar que é o mérito administrativo que corresponde ao “direito indisponível” da administração pública para fins de limitação da arbitrabilidade objetiva, seria impossível pensar na existência de um ato

administrativo inarbitrável: todos os atos administrativos seriam passíveis de submissão à arbitragem e, em se identificando uma parcela de mérito administrativo, apenas essa ficaria resguardada da atuação dos árbitros.

Note-se que não se nega que será possível aos árbitros avaliar a legalidade de um ato administrativo (se foi praticado pelo sujeito competente, se obedeceu a forma prevista em lei, se foi atendida a finalidade do ato ou se houve desvio ou excesso de poder, ou a veracidade dos motivos que levaram à sua prática). Mas como é o ato administrativo que produz efeitos jurídicos, e não um elemento seu considerado isoladamente, essa análise de legalidade pelos árbitros caberá tão somente em relação a um ato administrativo arbitrável, ou seja, apenas em relação a um ato administrativo que se enquadre nos critérios de arbitrabilidade, de disponibilidade e patrimonialidade. E esses atos administrativos devem ser identificados de antemão. É dizer, a análise de legalidade de um ato administrativo por um tribunal arbitral apenas será possível se se tratar de um ato administrativo que verse sobre “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública.

E quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública? Sobre essa questão, os entendimentos na doutrina são diversos. Há quem entenda que, no âmbito dos contratos administrativos, a questão da arbitrabilidade objetiva não gera maiores discussões, pois todas as questões contratualizáveis atenderiam aos requisitos de patrimonialidade e disponibilidade. Nessa linha, afirma Aragão (2017a) que “o teste a ser feito é o seguinte: este poder, esta prerrogativa ou esta sanção é aplicável ao particular apenas porque ele firmou o contrato com a Administração Pública? Para todas as cláusulas em que a resposta for afirmativa, poderão as partes prever a arbitragem”. Para outros, a exemplo de Lemes (2007), no âmbito dos contratos firmados com a administração pública haveria cláusulas que não são disponíveis convencionalmente, como aquelas que decorrem de lei ou encerram poderes discricionários da administração pública, a exemplo das “cláusulas exorbitantes” e regulamentares, sendo a competência para seu exercício irrenunciável, cabendo ao árbitro apenas decidir sobre as repercussões patrimoniais delas decorrentes. Para outros, ainda, como Bandeira de Melo (2021, p. 911), “apenas conflitos decorrentes de questões atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro podem, em tese, ser equacionados por meio de arbitragem” tendo em vista que esta seria a única parte verdadeiramente “contratual” de um contrato administrativo.

Trata-se, enfim, de discussão bastante complexa e que não possui lugar neste breve artigo¹². O que importa é que fique consignado que

12 Tive a oportunidade de analisar o tema em minha tese de doutorado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em setembro de 2023 e que exprime, como não poderia deixar de ser, minha opinião acadêmica e pessoal.

independentemente da solução que se entenda como correta, diante encolhimento do mérito no direito administrativo contemporâneo, é imprescindível desvincular dela as novas construções que buscam identificar a arbitrabilidade objetiva dos litígios com a administração pública. Um tribunal arbitral apenas poderá analisar um ato administrativo que seja arbitrável, ou seja, que se refira a um direito patrimonial disponível da administração pública. E, diante da arbitrabilidade do litígio, poderá, aí sim, analisar a legalidade do ato, resguardando-se, entretanto, de interferir no seu conteúdo efetivamente discricionário, caso este venha a ser identificado.

CONCLUSÃO

O mérito administrativo deve permanecer livre de qualquer interferência de natureza jurisdicional, sendo, portanto, insindicável. Isso significa que nem o juiz estatal, nem o tribunal arbitral, poderá interferir no mérito administrativo, que se apresenta como limite à atuação jurisdicional, seja ela estatal ou privada. A insindicabilidade do mérito administrativo se apresenta, sim, como limite à atuação dos árbitros no exercício da sua função jurisdicional, não podendo haver dúvidas a esse respeito. Ocorre que declarar a insindicabilidade do mérito administrativo é insuficiente para identificar todas as matérias que não podem ser submetidas à apreciação da jurisdição privada.

No direito administrativo contemporâneo presenciamos uma inegável evolução da matéria referente ao controle judicial sobre os atos administrativos. Muito embora o ordenamento jurídico reserve ainda alguns espaços para a atuação discricionária da administração pública, e muito embora não se deva confundir o controle do mérito com o controle dos limites legais da discricionariedade, serão muito poucas as situações em que será possível identificar um mérito administrativo “puro” e, portanto, verdadeiramente excluído do alcance do controle jurisdicional. No atual modelo de atuação administrativa, diferenciar análise de mérito e análise de legalidade é pouco útil, principalmente no campo da regulação ou da consensualidade. Esse fato já me leva a afirmar que o mérito administrativo não serve como critério de identificação da arbitrabilidade objetiva. Mas não apenas esse fato.

Além da evolução do controle e, conseqüentemente, do encolhimento do mérito administrativo no direito administrativo contemporâneo, identificar a efetiva “parcela” de mérito de um ato administrativo não é uma tarefa trivial. Apenas após interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido é que o detentor do poder jurisdicional poderá concluir se está ou não diante de verdadeira discricionariedade administrativa. Assim, caso o mérito seja considerado critério de arbitrabilidade, apenas será possível

obter uma resposta para a questão da arbitrabilidade do litígio ao final do procedimento arbitral, o que não se mostra nem um pouco conveniente em termos de efetividade da prestação jurisdicional.

Além disso, sendo o mérito administrativo um espaço de conveniência e oportunidade de escolha pela administração pública, no atendimento do interesse público, forçoso reconhecer que sobre o verdadeiro mérito administrativo jamais poderá sequer haver, de fato, um conflito. Não faz sentido identificar o mérito administrativo como um critério de arbitrabilidade quando a Lei nº 9.307, de 1996 autoriza a administração pública direta e indireta a utilizar a arbitragem para dirimir “conflitos” relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Por fim, não é possível identificar um direito patrimonial disponível da administração pública com um único elemento, isolado, do ato administrativo. É o ato administrativo (e não qualquer um dos seus elementos considerados isoladamente) que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações. Nenhum elemento do ato administrativo é, por si só, economicamente valorável ou disponível. Aliás, se fosse possível afirmar que é o mérito administrativo que corresponde ao “direito indisponível” da administração pública para fins de limitação da arbitrabilidade objetiva, todos os atos administrativos seriam arbitráveis, ficando resguardada da atuação dos árbitros apenas a parcela do mérito administrativo. E isso não corresponde à realidade. Apenas quando um ato administrativo se enquadre nos critérios de arbitrabilidade, de disponibilidade e patrimonialidade, é que os árbitros efetivamente terão jurisdição para decidir acerca de um conflito a ele relativo.

Assim, diante encolhimento do mérito no direito administrativo contemporâneo, é imprescindível desvincular dele as novas construções que buscam identificar a arbitrabilidade objetiva dos litígios com a administração pública.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no direito administrativo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, 2017, p. 25-63.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BUTTI CARDOSO, Paula. *Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. 326 f. Tese (Doutorado em Direito).

CALDAS, Evandro Pereira. *Controle da administração pública pela via arbitral*. Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o controle da atividade de regulação estatal*. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 200-248.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, vol. 789, 2001, p. 62-85.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 22ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2020.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 35ª ed. São Paulo, Malheiros, 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros: 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SENA, Barbara Bianca. *Arbitrabilidade objetiva nas concessões de transmissão de energia elétrica*. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Dissertação (Mestrado em Administração Pública).

TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem envolvendo a administração pública: arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Histórico e situação atual*. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZZI,

Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2018, p. 111.

