

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO ALTERNATIVO E
CONSENSUAL DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Simone Cristine Araújo Lopes

BELO HORIZONTE
2010

Simone Cristine Araújo Lopes

**A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO ALTERNATIVO E
CONSENSUAL DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como linha de pesquisa “Estado, Constituição e Sociedade no Paradigma do Estado Democrático de Direito” e no ramo de Direito Público - Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria

BELO HORIZONTE
2010

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L864a Lopes, Simone Cristine Araújo
A arbitragem como instrumento alternativo e consensual de controle da administração pública / Simone Cristine Araújo Lopes. Belo Horizonte, 2010.
191f.

Orientador: Edimur Ferreira de Faria
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Controle administrativo. 2. Arbitragem. 3. Processo administrativo. 4. Coisa julgada. I. Faria, Edimur Ferreira de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 35.078.3

Simone Cristine Araújo Lopes

**A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO ALTERNATIVO E
CONSENSUAL DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Dissertação apresentado ao
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais.

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria (Orientador) – PUC/MG

Prof. Dr. Giovani Clark – PUC/MG

Prof. Dr. Vicente de Paula Mendes - UFMG

Prof.^a Dr.^a Maria Tereza Fonseca Dias (Suplente) – UFOP

Belo Horizonte, 23 de março de 2010.

A Deus e à Speculum Iustitiae.

Ao meu pai, Eloi Lopes Bezerra (in memoriam), que, saindo de Pernambuco, sua terra natal, atrás de seus sonhos, não desistiu jamais, fixando-se nessas minhas Minas Gerais, Estado que carrego num coração que bombeia sangue plenamente nordestino.

À minha mãe, Maria do Carmo de Araújo Lopes (in memoriam), que o acompanhou na jornada, com carinho constante, apesar de todas as dificuldades inerentes à caminhada.

AGRADECIMENTOS

“Gratidão: a mais frágil das virtudes!” Autoria desconhecida

Aos meus professores de ontem, hoje e sempre, em especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Edimur, amparo e bússola segura nas horas de maior sobressalto durante a realização desse trabalho e ao Prof. Dr. João Alberto de Almeida, que primeiro me suscitou o interesse sobre a Arbitragem, ainda na graduação.

Aos parentes, ligados por sangue, amor e/ou destino.

Aos amigos e amigas de todas as horas, lugares e de momentos decisivos, em especial, Rosana, Jefferson, Prof. Vinícius Gontijo, Alexandre, Juliana(s), Matatias.

À Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais – FAPEMIG – e à PUC/MG. Em especial, aos alunos serranos, meus primeiros, que me estimularam a prosseguir singrando meu barco no mar aberto da vida.

Aos funcionários da Secretaria da Pós-Graduação em Direito.

Aos bibliotecários que encontrei, cujo auxílio sempre foi valioso para desenvolvimento da pesquisa bibliográfica.

Aos membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Trabalho de Minas Gerais, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, da Justiça Federal e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, todos em Belo Horizonte/MG, que, de qualquer forma, colaboraram para o desenvolvimento da pesquisa de campo implementada.

A todos que me ajudam a chegar.

Miguilim olhou. Nem não podia acreditar! Tudo era uma claridade, tudo novo e lindo e diferente, as coisas, as árvores, as caras das pessoas. Via os grãozinhos de areia, a **pele da terra**, as pedrinhas menores, as formiguinhas passeando no chão de uma distância. (...)

- Vai, meu filho. É a luz dos teus olhos, que só Deus teve poder para te dar. (...)

E Miguilim **olhou** para todos **com tanta força**. Saiu lá fora. Olhou os matos escuros de cima do morro, aqui a casa, a cerca de feijão-bravo e são-caetano; o céu, o curral, o quintal; os olhos redondos e os vidros altos da manhã. Olhou, mais longe, o gado pastando perto do brejo, florido de são-josés, como um algodão. O verde dos buritis, na primeira vereda. **O Mutum era bonito! Agora ele sabia.** (ROSA, João Guimarães. Campo Geral. In: **Manuelzão e Miguilim**. 15. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984, p. 139-142. Grifos acrescentados.)

*

A Banca

Simone Cristine Araújo Lopes
15 de setembro de 2009

Para a Mestra Juliana Brina

Ela chega com sua espada de ideias.
Luta desigual em terreno defensivo,
Porque o fio de seu aço já não corta.

Cega por não se amolar,
Preserva a sensibilidade resiliente
De quem sente dores que curam,*
Sem se quebrar.

E, então, entre lances de esgrima,
Lá e cá, irresistíveis,
Contorcem-se de amor à sabedoria,
De um saber com sabor de saudade.

(*) Extraído de um verso da Juliana, de espírito poeta.

RESUMO

Esta dissertação tem como objeto de estudo a Arbitragem inserida no rol de relações jurídicas travada entre o cidadão e a Administração Pública, como verdadeiro instrumento alternativo e consensual de controle jurisdicional e administrativo. Seu objetivo foi analisar a possibilidade desse novo método de resolução de controvérsias envolvendo entes da Administração Pública indireta e mesmo a direta, demonstrando que essa é uma perspectiva que deve ser encarada não só para os contratos administrativos tal como previstos no ordenamento jurídico vigente, mas, além disso, como via de realização de efetiva prestação jurisdicional e contenciosa, atenta aos princípios do Estado sob regime democrático e de Direito. Foi realizada pesquisa de campo, envolvendo coleta de dados e entrevistas para a aferição opinativa de membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e de câmaras de arbitragem na capital mineira. A pesquisa investigou, ainda, textos doutrinários, jurisprudência, legislação em vigor e aspectos históricos para melhor compreensão do processo arbitral na vida jurídica brasileira. Os resultados mostram que a Arbitragem pode ser utilizada como efetivo meio de controle dos atos administrativos em geral, bastando, apenas, a eleição administrativa por esse mecanismo, após a devida autorização legal. Trata-se de uma nova modalidade de controle da Administração Pública, denominado controle jurisdicional e administrativo, uma vez que o laudo arbitral resultante fará coisa julgada, desafiando nova compreensão do Direito Administrativo no Brasil sob a perspectiva nuclear do processo administrativo. Não obstante, é de se salientar que a Arbitragem Administrativa encontra-se em fase embrionária, permitida, em regra, aos contratos administrativos de concessão pública de grande vultou econômico, o que não impede o Estado de buscá-la como meta, em vista do direito fundamental do cidadão comum à celeridade processual.

Palavras-chave: controle jurisdicional e administrativo. coisa julgada. processo administrativo.

ABSTRACT

This thesis aims at studying the Arbitration, within the scope of legal relationships built between the citizen and the Public Administration, as a real alternative and consensual instrument of jurisdictional and administrative control. This thesis main objective was to analyze the possibility of this new method for the settlement of disputes involving the indirect and even direct Public Administration entities, demonstrating that this is a perspective that should be considered not only for the administrative contracts, as per the provisions of the legislation in force, but also as a means to effective jurisdictional and contentious fulfillment, in the light of the principles of the state under a democratic regime and the Rule of Law. A field research was done involving data collection as well as interviews to survey the opinions from members of the Public Prosecution Service, the Judiciary branch, and chambers of arbitration in Belo Horizonte. There was also investigation in doctrinary texts, jurisprudence, legislation in force and historical aspects in order to better understand the arbitral proceedings in the Brazilian legal history. The results show that Arbitration can be utilized as an effective means of control of administrative acts in general, being sufficient the administrative choice of this mechanism, after due legal authorization. This is a new genre of control of the Public Administration, named jurisdictional and administrative control, since the resulting arbitral award will be deemed as *res judicata*, challenging to a new comprehension of the Administrative Law in Brazil over the nuclear perspective of the administrative proceeding. In spite of this, it is also necessary to stress that the Administrative Arbitration is still in an incipient phase, considering that it is only allowed, as a general rule, for administrative contracts of public concession of great economic volume, which does not prevent the state of seeking it as a goal in view of the fundamental right of the citizen to the procedural celerity.

Keywords: jurisdictional and administrative control. *res judicata*. administrative proceeding.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 Pergunta: “Órgão a que está vinculado?”.....	163
TABELA 2 Pergunta: “Tempo de Bacharelado em Direito”.....	164
TABELA 3 Pergunta: “Você considera que a Arbitragem, como concebida na legislação brasileira, é um instrumento que substitui o Judiciário na solução de controvérsias?”.....	164
TABELA 4 Pergunta: “Na sua opinião, o instrumento da Arbitragem pode ser aplicado em controvérsias envolvendo a Administração Pública (Direito Administrativo)?”.....	164

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.(s) – Artigo(s)

Coord.(s) – Coordenador(es)

Des. - Desembargador

Ed. - Edição

J. - Julgado

Min. - Ministro

N.º - Número

Org. - Organizador

P. – Página

Rel. - Relator

S(s). – Seguinte(s)

T. - Turma

Trad. - Tradução

V. - Venerando

LISTA DE SIGLAS

ACi – Ação Cível
ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental
Agl – Agravo de Instrumento
AgRg – Agravo Regimental
AI – Ato Institucional
AL – Alagoas
AMS – Apelação em Mandado de Segurança
ANP – Agência Nacional do Petróleo
CC – Código Civil
Ccom – Código Comercial Brasileiro de 1850
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTN – Código Tributário Nacional
DF – Distrito Federal
DJ – Diário de Justiça
DJe – Diário de Justiça Eletrônico
DL – Decreto-Lei
DOMG – Diário Oficial de Minas Gerais
EC – Emenda Constitucional
GB – Guanabara
GO - Goiás
HC – Habeas Corpus
INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
LAB – Lei de Arbitragem Brasileira (Lei n.º 9.307/96)
LSA – Lei das Sociedades Anônimas
MG – Minas Gerais
MPT – Ministério Público do Trabalho
MS – Mandado de Segurança

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
PLS – Projeto de Lei do Senado
PPP – Parceria Público-Privada
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RJ – Rio de Janeiro
RMS – Recurso em Mandado de Segurança
SE – Sentença Estrangeira
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCE – Tribunal de Contas do Estado
TCU – Tribunal de Contas da União
TFR – Tribunal Federal de Recursos
TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 A ARBITRAGEM BRASILEIRA EM VIGOR.....	20
2.1 A Arbitragem brasileira na Administração Pública.....	22
2.2 A discussão sobre a Arbitragem no ramo do Direito Administrativo.....	26
2.2.1 <i>Histórico do Poder Judiciário e da Arbitragem no Brasil</i>	32
2.2.1.1 <u>A autoridade judiciária no Brasil Colônia e a necessária Arbitragem</u>	36
2.2.1.2 <u>O Poder Judicial no Brasil imperial e o prestígio da Arbitragem</u>	40
2.2.1.3 <u>Poder Judiciário no Brasil República anterior a 1988 e o Caso Lage</u>	50
2.2.1.4 <u>O Poder Judiciário após 1988 e o incremento da Arbitragem</u>	66
2.2.1.4.1 Do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário e à Arbitragem.....	79
2.2.2 <i>Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado</i>	92
2.2.2.1 <u>A Arbitragem na Administração Pública como controle</u>	110
2.2.2.2 <u>Paradigma do Direito Administrativo sob o prisma do Ato Administrativo</u>	120
2.2.2.3 <u>Da concepção Democrática como processo</u>	121
2.2.2.4 <u>Do Processo Administrativo como realização democrática</u>	124
2.2.3 <i>A (in)disponibilidade do interesse público</i>	127
2.2.4 <i>Da Res Extra Commercium</i>	151
3 O REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA BRASILEIRA....	153
4 RESULTADO DA PESQUISA DE CAMPO.....	161
5 CONCLUSÃO.....	165
REFERÊNCIAS.....	170
APÊNDICE.....	188

1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho, quando apresentado em forma de projeto ao processo seletivo do Programa de Pós-Graduação em Direito, tinha como objetivo verificar o alcance e os limites da aplicação da Arbitragem como novo instrumento de controle dos atos da Administração Pública. Pretendia-se, a partir de uma reinterpretação respaldada por uma visão jurídica embasada em teorias de hermenêutica jurídica, mormente constitucional e administrativa, comprovar o uso da Arbitragem no Direito Administrativo.

O instituto jurídico arbitral, tema desta dissertação, como se verificará, não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A inovação, que, aliás, motivou e ainda justifica o enfrentamento do tema nestas páginas e pelos debates que, certamente, se seguirão, reside no fato de que a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 - a Lei de Arbitragem Brasileira (LAB) - dispõe, em seu art. 1º, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, o que, em tese, afastaria as pessoas administrativas, visto que regidas pelo princípio de indisponibilidade e supremacia do interesse público, bem como pelo que dispõe o art. 18 de que o “árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”, e que, portanto, substituiria, em tese, o controle de atos administrativos judicial.

Se a Arbitragem é meio de solução de litígio para direitos patrimoniais disponíveis e, ademais, configura-se o laudo arbitral ou a decisão de árbitros como verdadeira sentença, é de se perguntar se as leis posteriores - que possibilitam a entes da Administração Pública optarem por esse instrumento jurídico para resolver conflitos - seriam constitucionais e em estrito acordo com o que dispõe a própria LAB, não extrapolando o que autorizou a lei nacional.

O Direito Administrativo brasileiro vem passando por substanciais mudanças, estruturais e legais. Tendo origem, como ramo autônomo, em fins do século XVIII e início do século XIX, assim como outros ramos jurídicos, acompanhou a evolução do constitucionalismo em face de novas realidades, a demandar novas respostas, jurídicas, a esses fatos. Tanto é que o próprio conceito de Estado de Direito tornou-

se Estado Constitucional de Direito (CANOTILHO, 1992), deixando patente a supremacia da Constituição em relação às demais normas, inclusive administrativas.

A Administração Pública está afetada a fins informados por princípios próprios - cogentes tanto quanto regras - entre os quais se inclui o interesse público. E para a consecução desses fins, ela pratica atos que podem conter vícios toda vez que não atender aos princípios administrativos, resultando daí litígios passíveis dos instrumentos de controle da Administração Pública nas modalidades admitidas, ou seja, interno, pela própria Administração (controle administrativo), ou externo, pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional) e pelo Poder Legislativo (controle legislativo).

Esses vícios podem ser de tal gravidade que autorizam o manejo da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, que trata dos atos de improbidade administrativa, podendo resultar em ação penal promovida pelo Ministério Público, com as devidas sanções administrativas, cíveis e até penais contra o agente público que tiver agido de forma lesiva ao erário ou à moralidade administrativa.

Assim, atos administrativos nulos, de pleno direito, não autorizam sequer a origem de Direitos, conforme assentado na doutrina, embora haja temperamentos legais, como no caso de negativa de liminar ou de efeito *ex tunc* quando o Juízo verificar que a aplicação desses efeitos podem gerar grave lesão à segurança jurídica ou em nome de excepcional interesse social ou público, como, por exemplo, prevê o art. 27 da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que trata das ações de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal – STF – e mesmo em casos sob as quais perpassa o princípio da confiança legítima, consagrada no Direito alemão, pela qual há “posições intermediárias (direitos imperfeitos, interesses) que merecem ser consideradas e protegidas” (BRASÍLIA, AMS n.º 2004.35.00.011.107-5/GO).

Por esses motivos, em nome da preservação do ordenamento jurídico ao qual a Administração se submete, é que se abre a possibilidade da atuação do controle externo que, tradicionalmente, é exercido pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo por meio de suas Casas ou órgão, como é o Tribunal de Contas e, internamente, por si, em vista do princípio de autotutela.

Ressalte-se que tal controle se exerce, inclusive, contra atos discricionários e supostamente privativos de certo Poder, como já assentado pelo STF quando decidiu, em questão preliminar e prejudicial, acerca da admissibilidade de mandado de segurança impetrado por Senadores da República que pretendiam, a despeito da maioria dos membros do Senado que impossibilitavam a abertura de Comissão

Parlamentar de Inquérito, o direito da minoria à sua instauração, negando aquilo que a Corte chamou de “indevassável círculo de imunidades” pela lavra do voto do Min. José Celso de Mello, em 2005.

A despeito das críticas doutrinárias do que se convencionou chamar de “ativismo judicial”, o que se pretende aqui, destacando esses pontos, são os modelos tradicionais de controle dos atos administrativos em geral, justificando-se a presente dissertação que visa a indicar um instituto jurídico como meio de solução desses impasses entre a Administração e o cidadão, que é a Arbitragem.

Percebe-se a tendência, no Direito Administrativo brasileiro, de possibilitar a participação de terceiros interessados na atividade administrativa, já que destinatários do atuar administrativo, direta ou indiretamente.

Aliás, constatou-se que o processo arbitral pode funcionar no controle de atos discricionários, que, em sua conotação jurídica nada mais são que atos de discricionariedade administrativa com *aspectos vinculados*, no dizer de Araújo (1992) e, além disso, a *Arbitragem Administrativa* não é modalidade de controle, a rigor, externo, mas misto, uma vez que mescla a *função jurisdicional* com a *função administrativa* no resultado final, a saber, a *sentença arbitral*.

É que, embora o árbitro seja um terceiro em relação à Administração, esta *participa do processo de sua escolha e nomeação*, nos termos da LAB, conferindo-lhe o *munus* de julgar com capacidade de coisa julgada a controvérsia, *ex vi lege* e, dessa forma, obriga as partes em litígio processual.

Apesar de esse modelo de solução de litígios ganhar espaço, principalmente após a promulgação da Lei nº 9.307/96 para casos envolvendo contratos entre pessoas privadas e fora do arcabouço administrativo públicos, em especial no ramo do Direito Empresarial, a Lei de Arbitragem Brasileira ainda é muito pouco aplicada para contratos em que a Administração Pública seja contratante, o que não impede, entretanto, a existência de cláusulas compromissórias, mais frequentes, em reduzidíssima proporção se comparada com outros ramos jurídicos, não submetidos ao regime jurídico administrativo.

Trata-se de um mecanismo eficiente e rápido, embora haja resistência de sua aplicação a controvérsias que envolvam os chamados direitos patrimoniais indisponíveis (art. 1º da LAB). Cumpre distinguir os direitos patrimoniais indisponíveis daqueles direitos que são passíveis de transação, enfrentado durante a pesquisa.

Como o verdadeiro pesquisador não faz pesquisa, mas *ela se faz*, percebeu-se, no decorrer dos estudos que, *mesmo em face dos direitos patrimoniais indisponíveis não há porque se opor ao método arbitral*. Em outras palavras, incidentes ao ramo do Direito Administrativo e Direito Público em geral: *mesmo em casos de evidente interesse público será cabível a Arbitragem*.

Tal afirmativa pode impressionar em vista da costumeira lição de que não há disponibilidade de interesse público. Ocorre que o que se percebeu, na pesquisa, é o fenômeno de *sacralização* de termos comuns ao Direito, inibitórias de qualquer tentativa de questionamento ou melhor adequação, recorrendo, para o uso do termo de sacralizar, às ponderações do professor italiano Agambem (2005). Sacralizar um conceito, um *standard* jurídico qualquer, segundo esse pesquisador, significa retirar do uso livre, apto à discussão ao comum das pessoas, do cidadão, enfim. Já *profanar*, que é a proposta na obra citada, significa restituir tais coisas, conceitos, ao uso livre de significados aprisionados, adequados a uma nova realidade, condizente com sua finalidade.

Tais tópicos – sacralizar e profanar – remontam a vínculos de poder e ideologia. Para exemplificar, tome-se o termo “segurança nacional”, que, *per se*, impede a qualquer pessoa o acesso a informações e, portanto, uma exceção ao princípio constitucional administrativo da publicidade.

Durante o regime militar, iniciado em 1964, qualquer discussão sobre a tortura como impeditiva de validade de confissão em Delegacia era obstada pelo argumento de que era um meio necessário, em tese, de obtenção de informações para garantir a segurança nacional, a qual “toda pessoa natural ou jurídica é responsável” (art. 1º do Decreto-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, que dispõe sobre “os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências”)¹.

Já sob a égide da Constituição de 1988, recentemente, houve o pedido de abertura das contas pagas pelo uso de cartões corporativos por membros de alto escalão do governo brasileiro, o que foi negado em face da suposta segurança nacional.

¹ Para detalhes, veja-se o Manual de Interrogatório, elaborado pelo Gabinete do Ministro do Exército e seu Centro de Informações (CIEEx), no ano de 1971: http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/cecilia_coimbra_tortura_br_cultural.pdf. Acesso em 01 de março de 2009.

Mesmas palavras para fins discutíveis. Ao invocar a “segurança nacional”, coloca-se um óbice intransponível ao assunto e retira-o do campo do debate por insuficiência de dados e até mesmo predisposição para discutir.

A lei existe para a Administração Pública que detém o *dever* de buscar o interesse público, entendido como satisfação da coletividade, do qual o cidadão é parte. Age em nome de terceiros e, por isso mesmo, só atua nos limites da competência para obter o fim legal, como ensinado por Mello (2000).

Diante disso, numa perspectiva evolutiva dos instrumentos de controle da Administração Pública, não só pela forma dos atos de fiscalização e correição já existentes, tem-se a Arbitragem como uma provável opção de composição para determinados casos, *atendendo a critérios de consensualidade e participação* do cidadão e administrado.

Tem-se a importância do objeto de estudo visado, que pretende verificar a *hipótese* de aplicação da Arbitragem como instrumento jurídico de controle dos atos da Administração Pública, mediante reinterpretação respaldada por uma visão jurídica coerente com o ordenamento jurídico vigente, em especial com relação às teorias hermenêuticas constitucional-administrativas, bem como o limite desse novo instrumento de composição de interesses antagônicos, a saber: o público e o privado.

Para tanto, tome-se Kelsen (1994, p. 390), que, reconhecendo as interpretações feitas pelo órgão aplicador do Direito, admite o exercício de sua influência na criação do Direito, o que, modernamente, tem-se denominado “leis-quadro”:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem.

Assim, o fato de o Direito brasileiro conceder blindagem jurídica ao interesse público, qualificando-o como indisponível ou supremo, não se pode considerá-lo como obstáculo intransponível para a admissibilidade da Arbitragem na relação obrigacional geral ou contratual com o Estado.

Crê-se que tal possibilidade atende aos princípios administrativos constitucionais, mormente o da legalidade, o que não afasta um princípio de

constitucionalidade², bem como da eficiência, moralidade e razoabilidade (art. 2º, *caput*, Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Desse modo, a dissertação pretende, como objetivo geral, analisar o alcance e os limites da aplicação da Arbitragem como instituto jurídico alternativo e consensual de controle dos atos da Administração Pública nos conflitos entre o ente administrativo e o *outro* – pessoa jurídica ou física - cidadão.

Já quanto aos objetivos específicos perseguidos, buscou-se selecionar bibliografia referente ao estudo proposto e analisar as peculiaridades dos atos administrativos no Brasil desde a entrada em vigor da Lei de Arbitragem, com estudo do direito estrangeiro, sempre que pertinente; definir o alcance da autorização legal para a utilização da Arbitragem como meio de controle da Administração Pública; verificar eventuais antinomias e lacunas, no ordenamento jurídico, referentes ao objeto de estudo; estudar o conteúdo da LAB, doutrinas e jurisprudências, inclusive estrangeira; selecionar teorias econômicas ou sociológicas que justifiquem o emprego da Arbitragem, inclusive nas relações com o Estado; compreender as normas que, a princípio, se mostrem como obstáculo à utilização da Arbitragem como meio de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública; e, por fim, estabelecer os limites de utilização da Arbitragem como meio alternativo de controle ou composição de interesses diante dos atos da Administração Pública, partindo do pressuposto de que a LAB, por si, pode ser adaptada ao regime jurídico do Direito Administrativo para as relações que envolverem direitos patrimoniais relacionados ao interesse público.

Tendo por objetivo a elaboração do resultado da pesquisa necessita-se do estudo em *duas vertentes metodológicas*: dogmático-formalista e a empírico-sociológica.

Não se pode desconsiderar a vertente dogmático-formalista, pois esta visa a avaliar as estruturas do Direito, que, a princípio, é independente da sociedade para fins de pesquisa acadêmica, ou seja, o objeto de sua investigação é a norma

² Para aprofundar a problemática “princípio da legalidade e princípio de constitucionalidade”, que sugere uma releitura do princípio da legalidade previsto na Constituição considerando a norma constitucional como **lei superior** indica-se a leitura da preciosa colaboração doutrinária a respeito em: MOREIRA, João Batista Gomes. A Nova Concepção do Princípio da Legalidade no Controle da Administração Pública. In: FERRAZ, Luciano. MOTTA, Fabrício (coordenadores). *Direito Público Moderno* – Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 65-84.

jurídica, bem como suas fontes formais, desde o processo técnico, passando pela interpretação e, por fim, à aplicação das normas.

Já a empírico-sociológica busca analisar os fins do Direito diante de um contexto histórico e social, que, como disse Kelsen (1994), influi e pode determinar posterior aplicação normativa.

No estudo, abordar-se-á os ramos constitucional, administrativo, civil e teorias gerais do Direito, Processo e do Estado, cujas fontes serão as normas (legislação), doutrina, jurisprudência e os princípios gerais de Direito, não subestimando monografias, dissertações e teses, em direito nacional e estrangeiro, correlatos ao tema.

Apesar do estudo ser, a princípio, técnico, pois seu ponto de partida é a codificação, considera-se imprescindível o estudo de campo, o que foi feito no possível, com juristas, árbitros e operadores do Direito envolvidos com a Arbitragem no cotidiano, devidamente mencionados no decorrer do trabalho, garantida a intimidade, quando solicitada, sem negligenciar o rigor científico, ou seja, o compromisso com a verdade acadêmica.

Por fim, uma observação importante é que as grafias das citações foram mantidas tal qual extraídas do texto consultado, a fim de preservar eventual intenção autoral e, dessa forma, conferir credibilidade.

Ressalte-se, ainda, que o objeto será a *Arbitragem nacional*, assim entendida como aquela em que a Administração Pública brasileira e outra pessoa, física ou jurídica, com capacidade jurídica para contratar conforme as leis no Brasil, sejam partes e *estejam submetidas ao ordenamento jurídico brasileiro*.

2 A ARBITRAGEM BRASILEIRA EM VIGOR

Embora sempre presente na legislação brasileira e pouco utilizada na prática, o instituto da Arbitragem, hoje, é regida pela Lei n.º 9.307/96.

Trata-se de método de solução de litígios, opcional ao Poder Judiciário. Dessa forma, ninguém é obrigado a submeter seus interesses em contraposição a outros interessados perante um árbitro ou tribunal arbitral, sendo que este se forma pela composição colegiada de três árbitros ou mais, sempre em número ímpar. As partes, somente se acordarem a respeito da instituição da Arbitragem, é que se vincularão à sua instituição, ao processo e decisão final, que, por ficção jurídica, recorrendo ao entendimento do Ministro Marco Aurélio (BRASIL, SE 5.206/Reino da Espanha), é sentença.

Logo, a Lei de Arbitragem Brasileira – LAB – dispõe que as partes, desde que capazes - requisito subjetivo – poderão “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” – requisito objetivo.

A lei não distingue pessoas capazes de qualquer espécie, pública ou privada, física ou jurídica.

Por outro lado, há de se atentar para um equívoco muito comum quando se fala em Arbitragem: ela não é arbitramento, ou seja, não se trata de mera fixação de valores de qualquer relação jurídica entre as partes. Tácito (2005, p. 139), por exemplo, citou artigos do código civil referentes a arbitramento, ato jurídico distinto daquele da Arbitragem em que o árbitro *julga*, no rigor do termo; não contabiliza. Pode até fixar condenação, representável numericamente, mas sempre embasado em *fundamentos jurídicos* escolhidos pelas partes, previamente, quais sejam, regras de direito ou equidade (art. 2º, LAB).

A lei prevê a *convenção de arbitragem* que tem como espécies a *cláusula compromissória* e o *compromisso arbitral*.

A primeira é manifestação de vontade das partes de que aquela relação jurídica entre elas, *se houver controvérsia*, será resolvida por Arbitragem (art. 4º, LAB). Cláusula, aliás, autônoma com relação ao contrato, ou seja, a nulidade deste não resulta a daquela, tendo o próprio árbitro poderes de *competência da*

*competência*³ para julgar “existência, validade e eficácia da convenção arbitral” (art. 8º, parágrafo único da LAB). A cláusula é executável em juízo, nos termos dos arts. 6º e 7º da LAB, em caso de resistência da outra parte em realizar o passo adiante da cláusula, o compromisso arbitral.

Ressalte-se que, nos contratos de adesão, somente o aderente pode instituir a Arbitragem de que trata a cláusula compromissória que anuiu por aderência (§2º do art. 4º da LAB). Visa a proteger a parte, em tese, mais fraca da relação.

Já o compromisso arbitral é a “convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.” (art. 9º, *caput*, LAB). Logo, refere-se a um litígio que se concretizou no momento de sua lavratura, cabível a verificação dos requisitos subjetivos e objetivos para a instituição da arbitragem, ainda que, quando da cláusula compromissória, eram presentes. É que a cláusula compromissória não obriga, por exemplo, herdeiros incapazes, não só pela sua incapacidade – requisito subjetivo – mas, também pela indisponibilidade do universo da herança – requisito objetivo – como observado pelo Min. Jobim (BRASIL, SE 5.206/Reino da Espanha).

Aliás, mesmo no curso do processo arbitral é possível suspendê-lo pela superveniência de controvérsia a respeito de direitos indisponíveis (art. 25, LAB).

A Arbitragem pode ser instituída em processo em trâmite perante o órgão do Poder Judiciário, denominada *arbitragem judicial*. Mas, para tanto, deve ser celebrado o compromisso nos autos em que as partes nomeiam o juiz para, de acordo com as normas estabelecidas pelas partes e demais requisitos previstos no art. 10, LAB, julgar *como árbitro*.

A *arbitragem extrajudicial* é a realizada fora da órbita do Poder Judiciário, por pessoas físicas, privadas, capazes e escolhidas pelas partes e de sua confiança (art. 13, LAB).

Realizado o compromisso e aceita a nomeação pelo árbitro ou tribunal – quando forem três árbitros - (art. 19, LAB) fica *instituída a arbitragem*, que se processará conforme o procedimento adotado (art. 21, LAB), sempre respeitados os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento do árbitro (§2º do art. 21, LAB).

³ O italiano Ricci (2004, p. 43-44), explicando o poder do árbitro a respeito de sua própria competência, explica: “Fala-se (empregando-se terminologia alemã) de “*kompetenz-kompetenz*” (competência da competência) para salientar que o árbitro, assim como o juiz, tem a tarefa de decidir acerca de seus próprios poderes.”

O laudo arbitral, proferido pelo árbitro, equivale à sentença arbitral, título executivo nos termos do art. 31, LAB, somente anulável nos termos do art. 32, LAB, hipótese de nulidade do compromisso; vício de quem não podia ser árbitro; nos casos de ausência de fundamentação nos termos do art. 26, LAB; se proferida fora dos limites da convenção arbitral ou não decidir todo o convencionado; em caso de prevaricação, concussão ou corrupção passiva; se proferida fora do prazo estipulado (as partes podem estabelecer prazo para o julgador prolatar sentença arbitral e, se não o fizer, será de seis meses nos termos do art. 23, *caput*, LAB); ou em caso de desrespeito aos princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento do árbitro.

Por fim, a sentença arbitral estrangeira, lavrada fora do território nacional, será “reconhecida ou executada no Brasil”, conforme tratados internacionais ratificados no país ou conforme a LAB, bastando a homologação pelo STF (arts. 34 e 35, LAB), podendo ser negada a homologação se *demonstrado pelo réu* – não de ofício - a incapacidade das partes, convenção arbitral inválida, falta de notificação de sua parte a respeito da instituição do processo arbitral, violando o contraditório e ampla defesa, sentença arbitral proferida fora dos limites convencionados ou impossível de separar a parte excedente daquela submetida à Arbitragem, instituição do processo arbitral em desconformidade com as espécies da convenção arbitral ou por outros fatores impeditivos de força executiva da sentença arbitral por anulação ou suspensão do órgão judicial do país onde foi prolatada (art. 38, LAB).

De ofício, o STF só pode negar homologação se o objeto do litígio não é suscetível de resolução arbitral conforme a LAB ou em caso de ofender a ordem pública nacional (art. 39, LAB).

Com as disposições da Lei n.º 9.307/96, que prestigiam o mecanismo de solução de litígios pela via arbitral, evidentemente, houve um incremento de sua utilização pelos interessados num julgamento rápido, eficiente e confiável de pendências pessoais, em especial, no ramo empresarial e civil.

Não obstante, ramos do direito público, em especial, o Direito Administrativo, tendem a recorrer a esse método alternativo e consensual de dirimir litígios, objeto da presente dissertação.

2.1 A Arbitragem brasileira na Administração Pública

Tem-se que a fiscalização e a correção dos atos da Administração Pública são feitos, tradicionalmente, pelos órgãos dos Poderes de Estado, tendo por objetivo conformar a prática desses atos com o ordenamento jurídico.

Esse controle pode ser realizado tanto interna (pelo próprio praticante do ato impugnado) como externamente (órgão parlamentar, político ou judicial), atento ao art. 5º, XXXV⁴ e ao art. 37, *caput*⁵, da Constituição da República do Brasil de 1988, verdadeira garantia do Estado Democrático de Direito.

Tais controles têm como pano de fundo o princípio da autotutela e os demais princípios constitucionais administrativos.

Entretanto, dada a natureza do “defeito”, objeto de controle, pode ocorrer que o ato seja anulado por declaração de ilegalidade com efeitos *ex tunc*, visto que de atos nulos, *ipso iure*, não se originam direitos.

Nesse caso, vislumbra-se o que se convencionou denominar interesse público, tendo em vista que pelos princípios da moralidade e legalidade presume-se pela ilibada e correta atuação administrativa.

Por outro lado, há atos que chegam a gerar efeitos, principalmente se amparar ou mesmo constituir direitos, se bem que sempre poderá haver a apreciação judicial conforme preconiza uma interpretação pós Constituição de 1988 da Súmula 473⁶, do STF.

⁴ Art. 5º, XXV, CR/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵ Art. 37, *caput*, CR/88: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”

⁶ Súmula 473, STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Ressalte-se que a referida súmula teve data de aprovação em Plenário em 03/12/1969 e, portanto, adequada ao entendimento doutrinário, legislativo e jurisprudencial daquele momento, o que importa dizer que os atos discricionários, por exemplo, eram imunes ao controle judicial, visto que exclusivos ao controle e poder de revogar da própria Administração, em respeito ao princípio de separação de poderes, ao contrário do ambiente jurídico atual, de ativismo judicial e mecanismos de ponderação, do que são simples amostra as Súmulas Vinculantes, entendidas, por alguns estudiosos, como verdadeira atuação do Poder Judiciário como órgão legislativo, nos termos já preconizados por Hans Kelsen e Piero Calamandrei, citados por MELO (2008). Por outro lado, não há “faculdade” de anular atos ilegais, mas verdadeiro dever, o que vislumbra, a partir da leitura da súmula pretoriana, uma visão ainda tímida do respeito à lei como verdadeiro princípio vetor de legalidade imposta à Administração Pública. Basta dizer que um dos maiores administrativistas brasileiros, Meirelles (1995), chegou a mencionar o fato de que o princípio de obediência da Administração à lei só adveio, como norma positivada, com a lei da ação popular, Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 2º, parágrafo único, c, pela qual se define os atos ilegais passíveis de nulidade, bem como com o princípio expresso no *caput* do art. 37, CR/88. Antes, o princípio da legalidade era admitido doutrinariamente.

Essa disposição dos atos está em harmonia com o que preconiza o art. 55⁷ da Lei n.º 9.784/99, que possibilita a convalidação nos casos em que não houver lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros. Dispositivo similar se tem no art. 66⁸ da Lei Estadual n.º 14.184/02, do Estado de Minas Gerais.

Verifica-se, portanto, que os tipos de controle tradicionais (judicial, administrativo e legislativo), em regra, deixam pouca margem para adequação dos interesses envolvidos, primando em resguardar a supremacia do interesse público. Assim, o Juízo de controle terá que declarar o Direito, sendo o mérito uma apuração, em última análise, sobre a legalidade do ato.

Convencionou-se que, em alguns casos, a composição é impossível tendo em vista o interesse público envolvido e o Direito tutelado. Trata-se, portanto, de direito indisponível e, por vezes, irrenunciável, que toca à segurança jurídica e ao Estado Democrático de Direito.

Mas há atos que, por se relacionarem a direitos patrimoniais e que, portanto, seriam disponíveis se não fosse o Estado o outro sujeito da relação jurídica, são passíveis de transação.

A interpretação possível, portanto, é de que o Direito Administrativo autoriza a transação em determinadas situações por suas regras e princípios. Exemplo disso é a garantia do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo que não visa outra coisa senão o “respeito mútuo de interesses” no qual “enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva”, no dizer de Mello (2000, p. 560). Logo, o contratante pode requerer a readequação das cláusulas contratuais se comprovar relevante alteração da realidade socioeconômica, a onerar-lhe em demasia. E outros doutrinadores chegam a dizer que “em verdade, o equilíbrio econômico-financeiro representa, sim garantia do contratado, mas, **por isso mesmo e em mesma medida, proteção ao interesse público**”.⁹ Daí poder-se concluir, em tese, que o interesse público não é divorciado do interesse particular.

⁷ Art. 55, Lei n.º 9.784: “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

⁸ Art. 66, Lei do Estado de Minas Gerais n.º 14.184: “Na hipótese de a decisão não acarretar lesão do interesse público nem prejuízo para terceiros, os atos que apresentarem defeito sanável serão convalidados pela Administração”.

⁹ Araújo, 2003, p. 483. Grifos do autor.

Diante dessas novas tendências do Direito Administrativo, a dissertação ora proposta pretende apontar a Arbitragem como instrumento jurídico, consensual e alternativo, de controle da Administração Pública nos casos em que comportar a sua utilização, conforme dispõe a Lei n.º 9.307/96 e mesmo leis administrativas próprias, que já a admitem expressamente.

De fato, há diversos dispositivos legais apontando o mecanismo arbitral para a resolução de questões controvertidas com a Administração Pública, direta e indireta. Veja-se:

- 1) Art. 23, XV¹⁰, Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, lei de concessões e permissões da prestação de serviços públicos previstos no art. 175, CR/88, ainda antes da entrada em vigor da LAB, de 1996. O que importa na referida disposição, para o presente estudo, é a essencialidade de previsão nos contratos de concessão de um “modo amigável”, antagônico aos parâmetros de uma *relação jurídica de subordinação*, como é o caso entre a Administração Pública e o administrado. A Arbitragem estaria prevista de forma *implícita*, haja vista que não existe a submissão das partes a esse procedimento sem a anuência delas. Ademais, deve-se registrar que a arbitragem sempre esteve prevista no ordenamento jurídico brasileiro, porém sem que o laudo arbitral fosse considerado sentença, o que só foi admitido na LAB. Antes, havia a dependência de homologação judicial;
- 2) Art. 23-A¹¹, Lei n.º 8.987/95, com a alteração promovida pela Lei n.º 11.196/05, que prevê a arbitragem, dessa vez, *explicitamente*;
- 3) Art. 11, III¹², da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, lei de parceria público-privada;

¹⁰ Art. 23, XV, Lei n.º 8.987/95: “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.”

¹¹ Art. 23-A, Lei n.º 8.987/95: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

¹² Art. 11, III, Lei n.º 11.079/04: “O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de solução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

- 4) Art. 93, XV¹³, da Lei n.º 9.472, de 16 de junho de 1997, lei de telecomunicações, implicitamente;
- 5) Art. 43, X¹⁴, da Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, lei de política energética e instituição do Conselho Nacional de Política Energética e da Agência Nacional do Petróleo – ANP, que, aliás, não só autoriza como admite a *Arbitragem internacional*;
- 6) Art. 13¹⁵ da Lei do Estado de Minas Gerais n.º 14.868, de 16 de dezembro de 2003, que, ao contrário das leis federais, já estabelece o foro arbitral e de execução do laudo arbitral, a adoção do procedimento, bem como critérios básicos para escolha dos árbitros, podendo ser considerada cláusula compromissória *ex vi lege*, bastando, para sua validade, apenas que o instrumento de parceria público-privada o indique, conforme critério consensual e alternativo entre as partes contratantes.

Dessa forma, percebe-se, claramente, na legislação administrativa em vigor, adesão ao processo arbitral como mecanismo alternativo e consensual de solução de litígios entre Poder Concedente e Concessionário, entre parceiro público (Estado) e o parceiro privado (particular), entre sociedades de economia mista (Petrobrás) e a ANP, autarquia federal, ou entre a ANP e sociedades empresárias ou consorciadas.

2.2 A discussão sobre a Arbitragem no ramo do Direito Administrativo

A despeito da evolução legislativa que autoriza a Arbitragem nas relações com a Administração Pública, autorizadas vozes, dedicadas ao estudo do Direito

¹³ Art. 93, XV, Lei n.º 9.472/97: “O contrato de concessão indicará: XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.”

¹⁴ Art. 43, X, Lei n.º 9.478/97: “O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X – as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.”

¹⁵ Art. 13, Lei do Estado de Minas Gerais n.º 14.868/03: “Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem. § 1º - Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada. § 2º - A arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral.”

Administrativo, apontam a sua inconstitucionalidade e, no mínimo, incompatibilidade com o regime jurídico administrativo.

Basta dizer que Mello (2008), em sua principal obra, afirma que todo o Direito Administrativo será regido sob o prisma de dois axiomas nevrálgicos, a saber: *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* e o *princípio de indisponibilidade do interesse público* e, de tal forma é assim, que todos os temas afetados ao Direito Administrativo, tratados nesse opúsculo, estará sob regência do regime jurídico administrativo, distinto do regime jurídico privado.

Assim, compreende-se a resistência de Mello (2008) não só ao uso da Arbitragem para solução de questões envolvendo a Administração Pública, como, até mesmo, ao fenômeno de parcerias público-privadas, por exemplo, a seu ver, demasiadamente benéficas ao parceiro privado em detrimento do parceiro público, bem como a outras figuras jurídicas criadas sob a égide de reforma administrativa brasileira do século XX, de cunho consensual e participativo, implementadas desde a década de 90, todas tratadas no livro em comento. Sobre a Arbitragem, especificamente, vejam-se as considerações de Mello (2008, p. 711) com realce crítico e irônico:

Novidade lamentável e, ao nosso ver, grosseiramente inconstitucional é o disposto no art. 23-A [da Lei n.º 8.987/95], também incluído pela referida Lei 11.196. De acordo com ele, conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato podem ser solvidos por mecanismos privados, inclusive por arbitragem, que deverá ser efetuada no Brasil e em língua portuguesa. É inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais se põem em um “contrato” de concessão de serviço público. Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência. Disparate de um tão desabrido teor só poderia ser concebido no dia em que se reputasse normal que motoristas multassem os guardas de trânsito, que os contribuintes lançassem tributos sobre o Estado e os cobrassem executivamente ou em que os torcedores, nos estádios de futebol, colocassem ordem nas forças da polícia, dissolvendo algum ajuntamento delas.

Assim, Mello não admite a arbitragem nos litígios com a Administração Pública em vista da *indisponibilidade de interesse público*, da *inconstitucionalidade do afastamento do controle pelo Poder Judiciário substituído por sujeitos privados*, da *condição de coisa fora do comércio* ao serviço público, mesmo se autorizadas por

lei. Em outro lugar, Mello (2008, p. 783) ressalta, na mesma linha, ao analisar a lei federal de PPP:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III [Lei n.º 11.079/04], possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo o que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos -, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares (cf. n. 21). Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade com um todo, e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunda um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricado ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.

Com as devidas homenagens e indispensável *venia*, devem-se fazer algumas ressalvas às ponderações de Mello, deixando, porém, para tratamento investigativo específico, os motivos para a inadmissibilidade da arbitragem, segundo seu entendimento, adiante tratadas.

Em primeiro lugar, cumpre retificar o entendimento equivocado de que o árbitro seja um “sujeito privado”, particular ou “simples árbitro”, antagônico à “autoridade pública no exercício da própria competência”. Não é esse o tratamento que lhe dá a lei. De fato, a Lei n.º 9.307/96, quando, em seus dispositivos do art. 13 ao art. 18, Capítulo III, intitulado “Dos Árbitros”, dispõe sobre a *nomeação* dos mesmos para funcionarem como “*juiz de fato e de direito*”, que profere “*sentença*” não “sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (art. 18 da LAB), está, em verdade, *conferindo status de agente público ex vi lege ao árbitro enquanto estiver no exercício da competência de exercer a atividade arbitral* até seu final, ou seja, com a prolação do laudo arbitral ou sentença, embora não integrante do Poder Judiciário em vista do disposto no art. 92¹⁶, CR/88.

Tanto é assim que os mecanismos de recusa dos árbitros pelas partes envolvidas no procedimento atendem, de maneira muito semelhante, às exceções

¹⁶ Art. 92, CR/88: “São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.”

de juízes togados por fundamento de suspeição ou impedimento (art. 14¹⁷, *caput*, LAB), submetidos, ainda, aos “deveres e responsabilidades”, o que não exclui, por óbvio, as consequências em âmbito cível e, quiçá, penal, nos termos do art. 17¹⁸ da LAB e art. 327¹⁹, do Código Penal Brasileiro.

Como ensina o próprio Mello (2008), os requisitos para a caracterização de agente público são dois: um, objetivo, ou seja, decorrente da *natureza estatal da atividade* a desempenhar; outro, subjetivo, que é a *investidura nela*. No caso de árbitros, há o critério objetivo que é prolatar laudo arbitral, verdadeira *função jurisdicional*, atividade estatal *delegada extraordinariamente* e nos limites autorizados pela norma, e há o critério subjetivo, haja vista a nomeação e o *status* de funcionário público conferido por força de lei positiva.

Tal figura não é nenhuma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, chegando Meirelles (2005, p. 80) a mencionar até a categoria de “agentes honoríficos” como os

cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário.

É o caso de mesários eleitorais, ou de sua *excelência*, o jurado de um Tribunal de Júri²⁰, cuja decisão, constitucionalmente prevista, detém “soberania dos

¹⁷ Art. 14, *caput*, Lei n.º 9.307/96: “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 suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previstos no Código de Processo Civil.”

¹⁸ Art. 17, Lei n.º 9.307/96: “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.”

¹⁹ Art. 327, Código Penal Brasileiro, com a alteração pela Lei n.º 9.983/00: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

²⁰ “O Tribunal do Júri é integrado por um juiz de direito, que é o seu presidente, e pelos vinte e um jurados sorteados entre os inscritos na lista geral e anual. A palavra *jurado* vem do “juramento, que faziam outrora e ainda hoje, sob a forma de compromisso cívico, são obrigados a fazer os cidadãos ao serem investidos na função de julgador, em conselho de sentença”. É o jurado, em termos jurídicos, o leigo do Poder Judiciário, investido, por lei, na função de julgar em órgão coletivo a que se dá o nome de Júri. (...). De acordo com o artigo 436, os jurados são escolhidos dentre cidadãos de “notória idoneidade” (...). Além disso, embora não seja expressa disposição de lei nesse sentido, não podem ser alistados e servirem como jurados aqueles que por problemas físicos ou intelectuais sejam incapazes de exercer as funções de julgar (...)” (Mirabete, 2002, p. 509). Daí, os advogados e

veredictos” (art. 5º, XXXVIII, c), ou seja, nem o Juiz - ainda que portador de diploma de Bacharel em Direito, aprovado em concurso de provas e títulos, nomeado e empossado - pode contrariar a decisão do mais simplório Conselho de Sentença.

Ressalte-se que o ordenamento jurídico faculta, *ex vi lege*, o exercício do poder de “voz de prisão” ao simples cidadão para cercear a liberdade e posse de bens de propriedade de outro cidadão que, dadas as circunstâncias, é ou pode ser o autor de um crime e munido das armas criminosas, em flagrante delito, nos exatos termos e limites dos arts. 301 e 302²¹ do Código de Processo Penal.²² Evidente que há o interesse público de garantia da instrução criminal em fase de inquérito policial, nesse caso, para delimitar a materialidade do crime e a autoria.

Feito esse breve aparte, parece evidenciar-se o equívoco doutrinário ao afirmar ser o árbitro um particular ou sujeito privado. O fenômeno de atribuir *função jurisdicional* a pessoas não inseridas no interior do aparato estatal, como a juiz togado – mas, nem por isso, deixando de exercer função pública *ex vi lege* - não é novidade no mundo atual em que se verifica um alargamento do conceito de *jurisdição* para os fins da Teoria Geral do Processo, como se verificará ao longo do trabalho e já exposto nos termos de Marinoni (2005) e Carmona (2004).

Mesmo civilistas como Fiúza (1995) que não admitiam a Arbitragem com a Administração Pública, hoje, mudaram seu posicionamento para admiti-la nos contratos administrativos (2001).

Gasparini (2007, p. 710-711), mais cauteloso, afirma:

Arbitragem é o acordo de vontade pelo qual as partes designam um ou mais árbitros, com a finalidade de solucionar um litígio surgido entre elas, **cujo objeto seja disponível**, e se comprometem a acatar a decisão proferida. **Nossa cultura é avessa a esse modo de solucionar pendências**, o que é muito comum em outros países. **Entre nós, a solução quase sempre será encontrada no Judiciário**. No que concerne à **arbitragem para a solução**

promotores que atuam no Tribunal do Júri, em regra, atribuírem ao conselho de sentença – jurados – o tratamento excepcional de “Excelência”.

²¹ Art. 301, Código de Processo Penal (CPP): “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

²² Nesse sentido, veja-se a explicação de Mirabete (2002, p. 377): “A nossa legislação, como outras, prevê a faculdade de qualquer pessoa capturar alguém em flagrante delito (flagrante **facultativo**). Trata-se de um caso especial de exercício de função pública transitória exercida por particular, em caráter facultativo e, portanto, de exercício regular de direito. Embora a lei não seja expressa, admite-se que o particular, autor da prisão, que pode ser o ofendido, possa apreender coisas em poder do preso desde que relacionadas com a prova do crime e da autoria.”

de controvérsias em que um dos contendores é a Administração Pública, o rechaço do procedimento arbitral foi maior, não obstante existir legislação e jurisprudência que a permitam. O Tribunal de Contas da União entendeu inadmissível a arbitragem na solução de litígios públicos, por contrariar os princípios básicos de Direito Administrativo e por inexistir lei a respeito. Na Decisão n. 188/95 essa Corte de Contas acolheu a arbitragem para a solução desses litígios **desde que fosse respeitado o princípio da indisponibilidade do interesse público.**

A Lei federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, ao mencionar em seu art. 23 as cláusulas essenciais ao respectivo contrato, indica no inciso XV como tal a relativa “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”. Essa prescrição, no entanto, era restrita aos contratos de concessão e permissão. **Para os demais contratos administrativos a controvérsia continuou.** Com o advento da Lei federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que instituiu e disciplinou a arbitragem em nosso Direito, a dúvida de então parece não mais ter razão. Com efeito, seu art. 1º deixa claro que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para a solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, onde se encontra a Administração Pública. (...). Portanto, **parece certo se afirmar que não há na vigência e nos termos dessas leis qualquer óbice à utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos decorrentes da execução dos respectivos contratos.** Fora daí, ainda, **parece-nos, perdura a controvérsia.** (...)

A despeito do esforço intelectual, parece que a colocação é mais confusa que esclarecedora. Em primeiro lugar, se a arbitragem é cabível para solução de litígios cujo objeto seja disponível, a Administração Pública, em vista do conhecido *princípio de indisponibilidade do interesse público*, jamais poderia ser parte perante juízo arbitral. Por outro lado, Gasparini menciona que, mesmo existindo legislação²³ e jurisprudência²⁴ admitindo esse mecanismo de solução no ramo jurídico administrativo, o rechaço era “maior”. Porém, passados alguns anos, com *novas leis*, “a dúvida de então parece não mais ter razão”, já que há “direitos patrimoniais disponíveis, onde se encontra a Administração Pública”. Ora, a conclusão desafia o princípio da legalidade para distinguir uma lei *mais legal* que outra, promulgada anos depois.

²³ De fato, há cláusulas arbitrais em contratos com entes da Administração Pública indireta antes mesmo da LAB. Nesse sentido, veja-se Cretella Neto (2004, p. 155): “Digna de nota, portanto, a existência de cláusula arbitral inserta em contrato padrão elaborado pela empresa de economia mista brasileira Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, que detinha o monopólio para a exploração de petróleo, conferido pela Lei nº 2.004, de 03.10.1953.”

²⁴ Realmente, “o caso mais famoso sobre a aplicação do juízo arbitral em demanda de que tenha participado o Poder Público foi o referente ao Espólio de Henrique Lage (RTJ 68/393).” (Meirelles, 2009, p. 253), que terá uma abordagem mais aprofundada no presente trabalho, em tópico próprio. Registre-se que os processos que não foram submetidos à arbitragem, envolvendo o Espólio, continuaram até data recente, por exemplo, o Agravo de Instrumento n.º 2002.02.01.047871-5, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rel. Des. Fed. Sérgio Schwaitzer, 7. T, disponível em <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108710/1/1/110733.rtf>. Acesso em 21 out. 2009.

Por sua vez, Araújo (2007, p. 161) afirma que a compatibilidade da previsão de Arbitragem para a PPP é de *constitucionalidade “duvidosa*, em face do art. 5º, XXXV, da CF, pelo qual nenhuma lesão a direito ou interesse poderá ser subtraída pela lei à apreciação do Poder Judiciário”. Ou seja: se há controle externo da Administração Pública, com função jurisdicional, ela só poderá ser exercida pelos juízes togados, previstos no art. 92, CR/88.

Sendo assim, têm-se várias vozes contrárias à Arbitragem no Direito Administrativo, principalmente, sobre quatro aspectos, a saber:

- 1) A inconstitucionalidade da arbitragem por afastar o Poder Judiciário da apreciação de lesão ou ameaça a Direito, cláusula pétrea (art. 5º, XXXV, CR/88), ou, em outras palavras, a solução de litígios envolvendo a Administração Pública só poderia ser solvida por esse Poder da República no exercício de função jurisdicional;
- 2) A supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que impossibilita a Arbitragem que parte de um princípio consensual e paritário entre as partes;
- 3) A indisponibilidade do interesse público, afastando, por força do art. 1º da LAB, a arbitragem, que é aplicável apenas sobre “direitos disponíveis”;
- 4) A condição jurídica dos bens e interesses da Administração Pública como *res extra commercium*.

Diante dessas colocações que afastam a aplicação da arbitragem do ramo administrativo, julga-se, por bem, começar por enfrentá-las, uma a uma, em tópicos distintos, porque o reconhecimento de uma só delas terá, como consequência, a conclusão da pesquisa pela inconstitucionalidade ou incompatibilidade do processo arbitral envolvendo partes integrantes da Administração Pública. Apenas se superadas é que se terá razão de ser o estudo sobre sua adequação a um regime jurídico.

2.2.1 Histórico do Poder Judiciário e da Arbitragem no Brasil

Como já se verificou, em breves linhas, um dos motivos de resistência à Arbitragem é o argumento de que cabe, em última análise, ao Poder Judiciário,

integrante da máquina jurisdicional estatal, o dever de julgar, especialmente aqueles que envolvam a Administração Pública.

Embora o argumento seja jurídico – dispositivo constitucional prevendo o acesso ao Poder Judiciário como verdadeiro direito fundamental (art. 5º, XXXV, CR/88) – em verdade, ele oculta argumento metajurídico, qual seja, de desconfiança no árbitro, visto que, supostamente, por estar desprovido de garantias semelhantes ao constitucionalmente assegurado aos integrantes da magistratura nacional, não haverá como exercer a função com imparcialidade e isenção, preocupação que, aliás, não é novidade para os tempos atuais.

O quesito “confiança” é imprescindível quando se vai nomear alguém para decidir uma querela, quer seja através da máquina estatal ou mesmo pela vontade das partes.

Tanto é assim que a Arbitragem existe muito antes da criação do ente “Estado” Moderno – e com ele, o órgão jurisdicional - como recordam Cretella Neto (2004) e Leal (2005), e, evidentemente, as partes elegem essa forma de autocomposição – e seu próprio árbitro, importante frisar - em vez da autotutela ou justiça privada, confiando a solução do litígio por alguém munido da *confiança* – como outro viés da *imparcialidade judicial* - das partes diretamente envolvidas.

Amaral (2008), em precioso artigo onde enfrentou a aplicação da Arbitragem para a composição de direitos individuais trabalhistas, recorda que Platão, ciente da importância da confiança das partes nos árbitros nomeados, entendia que estes deveriam ser eleitos pelos próprios destinatários de suas decisões, segundo acordo mútuo e com a incumbência de ser o primeiro órgão encarregado de função jurisdicional, não integrante do aparato estatal (conforme o modelo de “Estado” da época), sendo este chamado a intervir, apenas, quando não satisfatória a decisão.

Registro importante é que Platão remeteu as partes a árbitros que fossem *vizinhos*, devendo se entender esse termo como aquele que, sendo próximo das partes, terá pleno conhecimento da causa que decidirá em vista da própria familiaridade com a querela, resguardada a necessária imparcialidade. Portanto, tem-se, desde essa época remota da história da humanidade, a preocupação com a *fidúcia* aos árbitros, bem como a característica de *especialidade* de quem decidirá a causa.

No trabalho de campo desenvolvido durante a elaboração da presente dissertação, houve entrevistas com juízes integrantes da magistratura que, em

breves palavras, ressaltaram o receio de que os árbitros nomeados para uma Arbitragem fossem inidôneos, ou, ainda, o temor de que possam sofrer intimidações durante a sua atuação arbitral, por parte de um agente interessado em algum tipo de ganho na causa e que tenha, de alguma forma, proeminência social, política ou econômica perante aquele que vai proferir a decisão arbitral.²⁵

Por outro lado, houve manifestação de integrante do Poder Judiciário que confirmou a preferência pessoal de se submeter à arbitragem, descrente na eficiência do próprio órgão que integra no que toca à celeridade dos processos e à decisão especializada, isto é, com conhecimento do magistrado não apenas jurídico, mas, sobretudo, empresarial no que diz respeito a litígios envolvendo sociedades empresárias ou contratos mercantis de maior complexidade, por exemplo.

Outra observação, feita por magistrado entrevistado, ressalta que o Estado, em verdade, não tem interesse na Arbitragem para causas menores. Para ele, o instituto está previsto para grandes contratações por pressão internacional.²⁶ No mais, a Administração Pública se vale da protelação dos feitos por meio de recursos que, sabidamente, é sucumbente, se beneficia do abarrotamento no Judiciário e, em alguns casos, usa da magistratura para se isentar de responsabilidades e transferir a um juiz o risco de uma decisão que, politicamente, lhe é desinteressante tomar, haja vista a negativa repercussão que causaria no meio social, aos cidadãos destinatários do ato que, devendo ser administrativo, acaba por ser judicial em desvirtuamento do sistema preconizado de *check and balances*, próprio ao princípio de separação dos poderes.

²⁵ Não se revelarão nomes em vista do compromisso assumido de direito à intimidade e sigilo aos entrevistados que, desse modo, puderam ficar mais à vontade para expressar seu pensamento. Desse modo, fazem-se as declarações na dissertação rogando fé no grau acadêmico e pelo compromisso de seriedade e isenção assumidos. Todas as afirmativas têm por base anotações feitas durante a entrevista ou logo após e o período e local das pesquisas de campo estão detalhadas no campo próprio referente às tabelas com o resultado da “coleta de dados” feita junto aos Ministérios Públicos (Trabalho, Federal e do Estado de Minas), Fórum da Justiça (Trabalho, Federal e do Estado de Minas Gerais), bem como os Tribunais (do Trabalho e do Estado de Minas), todos em Belo Horizonte/MG, durante o 2º semestre de 2009 (vide Apêndice).

²⁶ De fato, conforme texto da Justificação ao Projeto de Lei que resultou na LAB, apresentada pelo hoje Senador Marco Maciel, há a menção de que ela foi fruto da denominada *Operação Arbitrer*, promovida pelo Instituto Liberal de Pernambuco sob a coordenação do Dr. Petrônio R. G. Muniz e participação de Selma Marques Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, conforme lei-modelo proposta, em 1985, pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. REBELLO, Nilson da Silva. RES: Solicita material sobre a Lei de Arbitragem ao Senador Marco Maciel. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por : araujolopes2720@yahoo.com.br em 27 out. 2009. Lei-modelo citada disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>. Acesso em 03 de nov. 2009.

Não é difícil demonstrar a verossimilhança da afirmação do ilustre juiz. Basta mencionar que é altamente lucrativo ao Estado atuar na ilicitude, isto é, ‘empurrar’ o pagamento de suas contas – de que sabe devedor - até o último segundo, já que os juros pagos são os menores no mercado (0,5% - meio por cento) ao mês²⁷ e há o mecanismo de precatórios, previsto no art. 100, CR/88²⁸, para só mencionar esses fatos.

Nessa perspectiva, não é difícil perceber o quanto se espera do Poder Judiciário no regime democrático, constitucionalmente instaurado pela Constituição de 1988. Não obstante, nem sempre foi assim e, se houver retrospectiva da evolução histórica desse Poder, constatar-se-á que *muitas das desconfianças aos árbitros de hoje* são, em grande parte, *as mesmas com relação aos juízes de antanho* – dentro de variados formatos de nomeação e competência ao longo da história - que atuaram em terras brasileiras desde a chegada da esquadra de Cabral.

Ademais, há de se ter em conta não apenas o aspecto meramente histórico da evolução do Judiciário, mas, sobretudo, da própria função jurisdicional no Brasil,

²⁷ Interessante observar que no RE 453.740/RJ, o Pleno do STF travou interessante discussão a respeito dos juros moratórios sob o prisma dos princípios da razoabilidade e da isonomia. O Ministro Relator Gilmar Mendes dava provimento a recurso da União para determinar que os juros aplicados para devolução de valores devidos a servidor, recorrido, seriam de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês, nos termos do art. 1º-F da lei n.º 9.464/97, constitucionais a seu ver. Não obstante, a Ministra Cármen Lúcia, em oportuna abordagem principiológica da norma federal, abriu divergência em face da diferença de tratamento para o pagamento de juros moratórios, visto que, se o servidor fosse o devedor da União – o inverso dos pólos na referida ação - teria que arcar com os juros previstos no código civil, à falta de previsão específica legal, ou seja, com 1% (um por cento) ao mês ou 12% (doze por cento) ao ano, ferindo, no entendimento da ministra mineira, os princípios da isonomia e razoabilidade. Não obstante a acalorada discussão travada em Plenário, com pedido de vista, o recurso – da União – foi provido por maioria, sendo vencidos, pela tese divergente aberta pela Ministra Cármen, os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

²⁸ Que, aliás, foi objeto da PEC n.º 351/2009, de iniciativa do Senador/AL Renan Calheiros, para implementar, em apertada síntese: 1) “leilão de deságios”, 2) exclusão de juros moratórios do valor devido pela Fazenda Pública, cabível, apenas, correção monetária e índice de juros praticados para a caderneta de poupança, 3) vedação de pagamento de precatório quando houver dívida ativa inscrita contra o credor, o que é, deveras, interessante, porque vários devedores do Fisco buscam a compensação dos créditos do precatório (próprio ou cedido) pelos seus débitos fiscais, e, não raro, o Estado recusa aceite ao “cheque” que ele mesmo emitiu! A Súmula 406, do STJ prevê, inclusive que “a Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatórios”. Ou seja: transformou-se o sistema de precatórios no Brasil naquilo que ele jamais deveria ser, qual seja, privilégio de pagamento por mora *ad aeternum* ao Estado, conforme Emenda Constitucional n.º 62, de 11 de novembro de 2009 de que tratou a PEC n.º 351/2009 e contra a qual foi ajuizada a ADIn n.º 4359, no STF, por 6 (seis) entidades, representativas da classe dos advogados, magistrados, ministério público e servidores. Na verdade, o sistema de precatório visa, tão-somente, a conferir prazo para adequação orçamentária administrativa, tendo em vista a realidade pública, diferente da privada. Isso porque, ao contrário de uma sociedade empresária devedora, por exemplo, o Estado *não pode falir* ou ter bens públicos penhorados ou adjudicados em vista de sua afetação para uma *finalidade pública*. Indica-se a leitura complementar, objetiva e histórica, do Ministro do STJ, Sidnei Beneti (2009, p. 38-39).

a fim de se entender a crescente aceitação da solução alternativa e consensual de litígios e, inclusive, o fenômeno do ativismo judicial, em paralelo.

De fato, na apresentação à obra de Lenine Nequete a respeito do Poder Judiciário no Brasil, em 4 (quatro) volumes, abarcando desde o período colonial até os tempos após a Constituição de 1988, o Min. Carlos Mário da Silva Velloso observou que o “brasileiro é judiciarista (...), ainda nos alvares do descobrimento (...), Martim Afonso de Souza, pela Carta del Rei de Portugal, de 1530, foi investido de amplos poderes de jurisdição administrativa e judiciária”. (NEQUETE, 2000).

Feita esse intróito, analisar-se-á a atuação jurisdicional brasileira, como órgão estatal (judicial) e como órgão privado (arbitral).

2.2.1.1 A autoridade judiciária no Brasil Colônia e a necessária Arbitragem

Com a instituição das Capitanias Hereditárias, os titulares das Cartas – Donatários - que detinham os territórios sob sua administração, obviamente, passaram a exercer a função de julgar, delegando-a, por outro lado, a ouvidores, em vista da vastidão do território.

Aplicava-se, por óbvio, a legislação portuguesa, sendo a primeira delas, as Ordenações Manuelinas (1521-1603), que dispunha julgamento conforme o “costume” e previa a instituição de árbitros no Título LXXXI pelas partes,²⁹ com a qual se obrigariam por fé e compromisso a dar cumprimento “por sua determinação e sentença [do árbitro]”. Acontece que, no que a Ordenação não dispusesse, o juiz poderia organizar a “sua” justiça.

Basicamente, no que interessa, implicavam as Cartas de doação, desde logo, nisto que nas terras da Capitania não haveriam de entrar em tempo algum “nem corregedor, nem alçada, nem alguma outra espécie de justiça para exercer jurisdição de qualquer modo em nome d’El-Rei”. Investia-se, destarte, o Capitão e Governador, dos mais amplos poderes relativamente à organização da “sua” justiça. (NEQUETE, p. 7, crônica dos tempos coloniais, v. 1)

²⁹ Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas//l3p303.htm> Acesso em 27 out. 2009. Iniciativa da Universidade de Coimbra, Portugal.

Não é difícil imaginar o porquê da previsão da Arbitragem nas Ordenações Manuelinas, já com o Estado Nacional formado, tal como concebido pelos primeiros teóricos da formação do Estado moderno. Embora Portugal pós-reconquista, em torno do século XIII, fosse estruturado numa organização centrada conforme conceitos clássicos como soberania, povo e território, é evidente que essa forma organizacional era embrionária, e, por isso mesmo, precária, não havendo como garantir a presença de juízes nomeados pelo Rei em todo o território português e, muito menos, além-mar.³⁰

Nesse sentido, basta mencionar, que das quinze Capitanias Hereditárias instituídas pelo governante português, a maioria fracassou ou nem chegou a ter a posse efetivada pela vinda do Donatário a terras brasileiras. Ora, se nem a maior autoridade conferida pelo soberano mediante a Carta de Doação (que dava a posse à terra, pelo Rei) e pela Carta Foral (que estabelecia direitos e deveres ao donatário) para cá veio, o que dizer de juízes nomeados, direta ou indiretamente, originária ou por sucessão, pelos Reis portugueses na vastidão do Brasil nascente, ainda colônia.

Dessa forma, para garantir aos súditos de “El-Rei” o acesso a uma forma de solução de litígios reconhecida pela Ordenação e, portanto, válida até para os próprios juízes nomeados diretamente pelo soberano, é que se possibilitou a Arbitragem aos interessados.

Quanto à qualidade moral dos juízes coloniais,

o nível da magistratura não era satisfatório. Muitos desembargadores exerciam paralelamente o comércio e tinham interesse nas causas de sua alçada. Esta situação se agravou no século XVII, só vindo a melhorar com a criação dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda (ATHENIENSE, 2008).

Convenha-se que o acesso à justiça era artigo de luxo àquela época. Afinal, tinha-se uma população maciçamente analfabeta, vivendo em regime servil, quase feudal, escravocrata, patrimonialista, patriarcal, de uma religiosidade quase supersticiosa e inquisitorial, acrítica e de cunho absolutista. Num panorama desses,

³⁰ Aliás, registre-se que os magistrados que funcionavam em Portugal não queriam vir ao Brasil, mesmo na época da instauração do primeiro Tribunal de Justiça na então colônia, dada na Bahia, em 07 de março de 1609 (ATHENIENSE, 2008). De fato, vir para o Brasil, ainda que para exercer alto cargo na magistratura – o Tribunal da Relação equivalia ao Tribunal em Portugal - devia ser considerado tudo, menos promoção, haja vista costumes régios como determinar que os ciganos que cometessem crimes na Metrópole fossem degredados para terras brasileiras. Veja-se: Provisão de D. José I. Disponível em <http://www.historiacolonial.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=501&sid=72> Acesso em 03 out. 2009.

imagine-se qual seria a “justiça dos juízes”, embasados em “costumes” daqueles tempos.

Ademais, registre-se que os Juízes Ordinários e Vereadores exerciam a função de julgar, deixando patente a confusão de uma atividade jurisdicional com a atividade administrativa e, por isso mesmo, vinculada à vontade do Donatário que podia nomear e dispensar os “magistrados” que não lhe agradassem, bem como funcionava como autoridade judiciária revisora de qualquer decisão de seus “subordinados”.

A anarquia que reinava nas “justiças” de cada Capitania era tamanha e tão disparatadas as decisões que resultou na criação do Ouvidor-Geral, nomeado pelo Governador Geral, destacando, portanto, uma forma de governo e justiça mais centralizado a partir de 1549, dando fim ao modelo colonial primevo. Pero Borges, o primeiro Ouvidor, tinha função de correição de todos os juízes que atuassem nas terras brasileiras, bem como última instância recursal.

Apesar dessa Ouvidoria-Geral, inicialmente ocupada pelo Desembargador egresso de Portugal e integrante da Casa de Suplicação da Metrópole, ter obtido relativo sucesso administrativo e judicial, havia a *suspeição de parcialidade* das suas decisões, o que motivou os Oficiais da Fazenda de Salvador, em 1564, requisitar uma instância colegiada, com mais juízes, como informa Carrillo (2003, v. 1).

As Ordenações Filipinas, por sua vez, foi promovida num espírito conservador por parte do Rei espanhol Filipe II (1603) que procurou demonstrar, desse modo, o respeito pelas tradições legislativas de Portugal que ficou sob domínio hispânico no período do Império da União Ibérica entre 1581 a 1632, inclusive no que tocava à Arbitragem, agora no Título XVI.³¹

Não obstante, mesmo após o termo da dominação espanhola, as Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até o advento do Código Civil Brasileiro de 1916³², que seguiu o fenômeno mundial de codificação, sob o paradigma positivista, a abolir critérios jurídicos outros que não a lei, como usos e costumes, admitidos nas

³¹ Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p578.htm> Acesso em 27 out. 2009. Por iniciativa da Universidade de Coimbra, Portugal.

³² Art. 1807, do Código Civil Brasileiro, de 1º de janeiro de 1916: “Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”.

Ordenações. Critérios que, apesar de tudo, vieram a ser reincorporados pela Lei de Introdução ao Código Civil, *supletiva*, em caso de omissão da lei.³³

Dessa forma, as Ordenações Filipinas não alteraram as disposições das Manuelinas, com relação à arbitragem, que se manteve com força de sentença, sendo o árbitro juiz por “determinação e sentença” [julga o mérito e o direito], funcionando os juízes estatais ordinários como instância, apenas, para executar a sentença do árbitro e prevendo várias fases processuais, como da tomada e valor das provas testemunhais, por exemplo. As alterações, quando muito, restringiram-se à utilização de um vernáculo em português arcaico para outro, menos arcaico.

Uma curiosidade das Ordenações é que se qualquer das partes arbitrais – autor, réu [compromissários] e árbitro – falecesse, estaria, desde logo, dissolvido o procedimento arbitral, não obrigando os herdeiros, salvo se, no caso de árbitros, um deles, vindo a falecer e havendo previsão no compromisso arbitral, poder ser nomeado outro. Isso só reforça como a *arbitragem vincula-se ao princípio de confiança* entre as partes envolvidas, de forma que se o pai confia no árbitro nomeado, não pode essa fidúcia paterna vincular o filho-herdeiro se aberta a sucessão, ainda mais se for menor e, desse modo, civilmente incapaz.

Já no que toca à justiça estatal, os procedimentos variavam de acordo com a “qualidade” das pessoas envolvidas no litígio. É fato que certas pessoas, devido à sua “maior qualidade” eram dispensadas de interrogatório e certos tipos de punição. Sem falar, claro, nas diferenças de tratamento por raça ou credo. Basta mencionar que a heresia, por exemplo, era suficiente para que o nobre perdesse a sua condição nobiliárquica e privilégios decorrentes dessa condição, no processo.

Essa característica de pessoalidade nas causas judiciais é herança da Idade Média e do Antigo Regime, vindo a ser substituído pelo princípio de igualdade de todos perante a lei com o Iluminismo, como destaca Neves (2008).

Com a Independência do Brasil, dada em 1822, a situação do órgão jurisdicional estatal não se alterou em termos estruturais. Ao contrário, os problemas inerentes à aplicação da “sua” justiça, conforme noticiou Nequete, persistiu, até mais explicitamente. Veja-se a citação de L. F. de Tollenare em notas de viagem ao Brasil pouco antes da proclamação de independência, entre 1816 a 1818, no auge do

³³ Art. 4º, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

período de relativo progresso decorrente, entre outros fatores, na elevação da Colônia à condição de “Reino” com a chegada da família portuguesa em 1808:

É lamentável dizê-lo, mas a justiça é muito venal. Consigno isto aqui porque é opinião geral; quero crer que há exceções; citam-nas. É preciso que os litigantes lisonjeiem os juizes; o sucesso das causas depende das recomendações. O governador ordena ou impede os julgamentos; espreita-se frequentemente a sua opinião para agir de acordo com ela. Com vencimentos de 300 a 400\$00 réis (2000 a 2400 francos), vários juizes vivem com esplendor. Não são inamovíveis. Em todos os países lamentam-se os processos, mas, sobretudo, neste. (Nequete, 2000, p. 160, Império, v. 1).

2.2.1.2 O Poder Judicial no Brasil imperial e o prestígio da Arbitragem

Ao contrário do que afirmou o Min. Velloso, na apresentação à obra de Nequete (2000), o Poder Judiciário brasileiro não se fez poder político apenas com a República. Em verdade, nos termos do art. 10 da Constituição de 1824, há a afirmação, expressa, de que o “Poder Judicial” é um dos Poderes Políticos.

Não obstante, é fato que a Lei Magna detinha forma liberal com fundo absolutista. Ocorre que os representantes da Nação seriam, apenas, o Imperador e a Assembleia Geral, que compreendia a Câmara de Deputados e a Câmara de Senadores, ou, simplesmente, Senado,³⁴ com um fator de desequilíbrio nessa composição dos poderes: a existência do Poder Moderador, soberano e que exercia não só funções do Poder Judicial, nos termos da Constituição,³⁵ como até poder hierárquico perante todos os juizes, haja vista o poder do Imperador de “suspender os juizes por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos juizes,

³⁴ Título 3º - Dos Poderes, e Representação Nacional da Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824: Art. 9º: “A divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.” Art. 10. “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.” Art. 11. “Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.” Art. 12. “Todos estes Poderes do Império do Brasil são delegações da Nação”.

³⁵ Casos de perdão régio “às penas impostas e os réus condenados por sentença” e de anistia “em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade” (art. 101, VIII e IX da Constituição de 1824), sendo dos famosos o referente à pena de morte imposta a Manuel da Mota Coqueiro, a Fera de Macabu, fazendeiro branco e influente da região fluminense, a quem, em face da repercussão do crime, pressão popular e da imprensa sensacionalista da época, Dom Pedro II negou a “graça imperial”, descobrindo-se, anos mais tarde e já morto o réu, que ele era inocente. Para detalhes: CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mota Coqueiro: o Erro em torno do erro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 33, p. 261-274, jan./mar. 2001.

informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado.” (art. 154 da Constituição de 1824).

Terminado o *procedimento régio*, eram encaminhados os papéis ao Tribunal de Relação, já que, “só por sentença poderão estes juízes perder o lugar” (art. 155), ou seja, a garantia da inamovibilidade, a única da magistratura imperial.

Os juízes do Império, portanto, não tinham a garantia da vitaliceidade, muito embora no art. 153 da Constituição de 1824 haja a previsão de que sejam “perpétuos”, em franca contradição ao poder moderador que tinha a faculdade de suspendê-los, como já dito. Apesar disso, a maioria conseguia permanecer durante toda a vida na carreira de magistrado, não pela garantia em si, mas, muito mais pela maleabilidade e tino político.

A estrutura do Judiciário nesse período herdou todos os problemas próprios do período colonial. Era comum a nomeação por apadrinhamento político, dispensando-se, até, a exigência de diploma de bacharel, o que veio a ser combatido pelo Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil (IOAB), precursora da hoje OAB, interessada na constituição do “profissionalismo para essa elite [que] trouxe a organização para influenciar o processo político em curso” (Neves, 2008, p. 101).

Os integrantes do IOAB, aliás, eram considerados a elite da advocacia no Império, todos bacharéis, a despeito de a maioria de seus membros fundadores fossem egressos de Coimbra. Obtiveram o direito, por exemplo, de ficar do lado de dentro das cancelas nos Tribunais, com assento, “afixação de nomes dos membros nas salas de audiência”, “direito de uso do traje talar”, todos concedidos por Dom Pedro II. Na verdade, buscavam auxiliar o Estado “com sua *expertise*, e teria a jurisdição profissional em disputa com os juízes e deputados” (NEVES, 2008, p. 104).

Bastava a demonstração de algum poder local pelo candidato à magistrado e eram eleitos pelas Câmaras, por vezes, debaixo de hostilidades:

A Vila de São João Del Rei foi o palco dos primeiros embates da condução burocrática *versus* tropeços profissionais, relativos ao magistrado Albino José Barbosa de Oliveira, propensamente provocados por situações que têm na raiz um Saião. O fato de o magistrado estar desenvolvendo, naquela vila, as suas atividades profissionais deu-se por opção ao ser consultado pelo ministro da Justiça à época, Diogo Antônio Feijó, por entender ser tal localidade fonte de um maior número de deputados, seguindo os conselhos de Tristão Pio dos Santos. Isso se deu após a sua nomeação para o cargo

de juiz de fora, por uma opção do referido ministro que detinha tal poder. (...)

Paralelamente, o juiz de paz Caetano enfrentava uma disputa pelo cargo com o juiz de paz suplente Luiz Joaquim Nogueira da Gama, que se afastara por doença e tencionava voltar ao cargo. Essa disputa foi resolvida na sessão da Câmara do dia 03/08/1832, na presença do juiz de paz Caetano, acompanhado de familiares, amigos, escravos e correligionários, todos armados e sediados no *Astro de Minas*, o jornal liberal da comarca. (...)

Prende-nos a narração desse episódio por ilustrar considerações acerca da estrutura para aplicação da jurisdição no aparelho estatal, por serem identificadas as circunstâncias da função do juiz de paz e as disputas locais, a disputa com o poder central, a política de centralização no Império e a estrutura judicial como ponto de partida e a pedra fundamental deste projeto de Estado, em que predominaram os bacharéis nas ações governamentais. (...)

Grahan verificou que 60% dos pedidos [ao Ministério da Justiça] se referiam à nomeação para os cargos de juiz. (NEVES, 2008, p. 25-28)

Apesar de tudo, é de se mencionar que a magistratura, até mesmo por consequência dessa proximidade com a política, foi se blindando a “influências externas”, no que resultou, na República, num “setor mais impenetrável da estrutura burocrática, o *habitat* do bacharel” (NEVES, 2008, p. 25), poder, autônomo e independente dos chefes dos outros Poderes.

Outro fator que colaborou para iniciar uma cultura jurídica independente de Portugal foi a criação de duas faculdades de Direito no país: São Paulo e Recife. Entretanto, não se pode superestimar esse fato histórico, haja vista que Adorno (1988) aponta algumas causas que podem ter legado a geração de estudantes dessas faculdades ao obscurantismo, no período do Império: o fato de que boa parte dos professores foram “importados” da Europa, contradizendo, portanto, o discurso oficial da busca da formação da *intelligentsia* nacional; o uso de bibliografia das universidades europeias, bem como o fato de a maior parte da legislação do país ainda estar regida por leis portuguesas, do período colonial; o fato de que os estudantes buscavam o bacharelato para ingressar na política, desfocado, portanto, de uma formação de jurista;³⁶ o desinteresse dos lentes em exercer um ensino formativo e crítico;³⁷ o ensino jurídico que seguia o modelo da Universidade de

³⁶ Nesse sentido, menciona-se Nabuco de Araújo que buscou na Faculdade de Olinda “a habilitação para a sua vocação política” (NEVES, 2008, p. 34).

³⁷ Adorno (2008) menciona um fato curioso, ocorrido na Faculdade das Arcadas (São Paulo), bastante ilustrativo: certo professor, que tinha fama de medíocre pelos alunos, em vista da qualidade de suas aulas, foi convidado por um outro professor, seu desafeto, de surpresa, para proferir um discurso perante o Imperador, que visitava o local. A intenção era desmoralizá-lo perante o visitante. Para surpresa de todos, o docente fez uma brilhante exposição, que deixou D. Pedro II impressionado. O ocorrido demonstra a capacidade do lente, muito além do que demonstrava ser a

Coimbra; não raro, os alunos de Recife e São Paulo foram para essas faculdades por segunda opção, uma vez que não foram admitidos nas faculdades portuguesas ou francesas; a comunidade acadêmica preservava modos das universidades europeias, como, por exemplo, o uso, pelos alunos, de fraque, sobrecasaca preta e cartola em pleno calor tropical.

Por outro lado, as suspeitas de tráfico de influência chegavam aos jornais, muitas vezes, não pela denúncia de um terceiro, mas pelos próprios envolvidos – magistrados - que se utilizavam da imprensa para protestar, o que faz recordar uma característica parlamentar.³⁸ O próprio Desembargador (OLIVEIRA, 1943, p. 260) menciona a estratégia “de ser deputado por São Paulo, antevendo a borrasca que me preparavam as vinganças do patife Mauá, o servilismo do miserável Sayão Lobato, e a proteção cega e parcial que votava o imperador àquele patife”.

Barão de Mauá foi parte em processos relatados pelo então Conselheiro Albino de Oliveira no Tribunal do Comércio, que tinha como advogados dos pólos contrários na ação Teixeira de Freitas e o ex-Ministro Nabuco de Araújo. Perdendo no Tribunal do Comércio, Mauá fez acusações, como parlamentar, de favorecimento na causa e, posteriormente, teve a decisão reformada no Tribunal da Relação da Bahia em seu favor, para onde apresentou recurso de revista, como noticia Neves (2008).

Neves observa, ainda, que, a despeito de o aparato burocrático instalado no Brasil Imperial visasse a uma impessoalidade, ainda era muito presente o patrimonialismo e até a “naturalização do nepotismo” (2008, p. 79), que influenciava até os critérios para a promoção dos magistrados.

Além disso, é de se notar que a criação do Tribunal do Comércio, segundo Neves (2008), procurava satisfazer a elite nacional de negociantes, desejosos de uma prática processual mais célere e de acordo com a técnica própria, especializada, do nascente Direito Comercial, advindo com o Código Comercial de

seus alunos, levando a crer que “boicotava” os acadêmicos, ou seja, ensinava menos do que era capaz.

³⁸ Cite-se a publicação de carta do Desembargador Albino José Barboza de Oliveira no Jornal do Comércio em protesto por ter sido destituído do Tribunal do Comércio da Corte, em 09/05/1862, onde se lê, inclusive, o seguinte: “Que o ato foi atentatório da divisão e independência dos poderes é da mais intuitiva evidência: não discutirei porém, esta questão, inútil em um país em que o executivo é de fato onipotente (...) neste país o governo só tem poder para duas cousas: 1º. Para dar honra e vergonha aos que não tem; 2º. Para tirar a honra e a vergonha aos que têm”. Quase 3 (três) anos depois, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, donde só saiu, a pedido e por estar acometido de cegueira (NEVES, 2008, p. 383).

1850. Tanto é assim que vários dos integrantes da Corte do Tribunal do Comércio eram negociantes e, não raro, detentores de cargos políticos como o de deputado.

O Tribunal do Comércio *seguir o modelo de dupla jurisdição*, ou seja, de *contencioso administrativo* mas, posteriormente, ganhou *status* de segunda instância, equiparando-se ao Tribunal da Relação por meio de projeto apresentado pelo Ministro e Magistrado Nabuco de Araújo. Submetia-se, apenas, em grau de recurso e hierárquico, ao órgão máximo judicial existente, o Supremo Tribunal de Justiça, conforme Neves (2008).

Num país de efervescência revolucionária, por outro lado, não espanta que o bacharel que lutava nas frentes de batalha da Revolução Praieira, hoje, se dispusesse, sem problemas de suspeição ou impedimento, a julgar seus colegas revolucionários como o magistrado de amanhã, caso de que foi símbolo máximo Nabuco de Araújo³⁹.

Sem falar que não se reconhecia incoerente com as funções estatutais de isenção e probidade aceitar “presentes dados pelos clientes” (NEVES, 2008, p. 326).

Pois bem. Visto esse vitral característico do Poder Judicial imperial, volta-se para o foco de atuação dos juízes nas causas submetidas à sua apreciação.

No art. 151 da Constituição de 1824 está dito que os “Juízes applicam a Lei”. Trata-se, portanto, de uma visão dogmática, própria de uma sociedade que tinha a “percepção do Estado de Direito como capitalista” e, por isso mesmo, “adequado aos interesses liberais, o princípio da legalidade viabiliza o cálculo racional para o capitalismo, a partir da possibilidade de antecipar a consequência das condutas humanas” (NEVES, 2008, p. 109).

Era a vitória do positivismo legalista, da supremacia da lei, conforme o qual o juiz não passa de *boca que pronuncia as palavras da lei*, nos termos defendidos por Montesquieu ao idealizar a separação dos poderes e descrever a função do então poder judicial.

O controle de constitucionalidade, segundo Neves (2008) e Nequete (2000) era exercido exclusivamente pelo Imperador, consideração que se entende incabível não tanto pela pessoa que exerce o controle, mas pelo que se entende, modernamente, essa modalidade controle.

³⁹ Neves, 2008, p. 328.

Pelo art. 64⁴⁰ - em que o Imperador podia postergar a sanção de um projeto de lei – e pelo art. 103⁴¹ – em que o Imperador jura “observar e *fazer observar* a Constituição” - ambos da Constituição de 1824, verifica-se que não havia entendimento doutrinário e normativo a respeito da primazia e superioridade da Carta Política.

O Supremo Tribunal de Justiça, de que dispunha o art. 163⁴² e 164⁴³ da Constituição Imperial brasileira, não ficou com a missão constitucional – hoje elementar – de guarda da Constituição, mas de mero órgão judicial máximo, sem efetivo poder político. Aliás, o Presidente da Corte era nomeado pelo Imperador, assim como qualquer Ministro para compor o então Supremo, por força da Lei Imperial de 18 de setembro de 1828. Os Ministros, quando indicados entre integrantes de Tribunais, não dependiam de aprovação senatorial, segundo Mello Filho (2007). E, com a mesma condição *ad nutum* em que eram indicados, *ausente a garantia de inamovibilidade*, podiam ser “aposentados” pelo Imperador nos termos do Poder Moderador constitucional, o que, de fato, chegou a fazer a vários ministros porque “teriam decidido uma causa contra os interesses da Condessa de Barral” (SILVA, 1997, p. 400), muito embora, noutra ponta, haja menção histórica de que tenha afastado juízes que absolveram envolvidos em tráfico negreiro (MARTINS FILHO, 1999).

A despeito da falta de garantia contra interferências régias, há que se registrar que, mesmo nos primórdios da nação dos Estados Unidos da América, contemporânea à brasileira em termos de independência, não havia, naquele país que é considerado o marco do constitucionalismo ocidental, igual entendimento sobre a primazia da Constituição sobre as leis.

⁴⁰ Art. 64. “Recusando o Imperador prestar seu consentimento, responderá nos termos seguintes. - O Imperador quer meditar sobre o Projecto de Lei, para a seu tempo se resolver - Ao que a Camara responderá, que - Louva a Sua Magestade Imperial o interesse, que toma pela Nação.”

⁴¹ Art. 103. “O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Politica da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.”

⁴² Art. 163. “Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.”

⁴³ Art. 164. “A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das Provincias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competência das Relações Provinciaes.”

Segundo Paixão e Bigliuzzi (2008, p. 149-150):

Assim, como a maior parte dos debates na Convenção [da Filadélfia, responsável pela elaboração da Constituição Americana] envolveu os temas anteriormente citados (...), os pontos que seriam efetivamente decisivos para o constitucionalismo moderno foram tratados de modo periférico. As duas consequências fundamentais geradas pela experiência constitucional norte-americana – a concepção de que a Constituição é um documento superior aos demais atos normativos e a noção de que cabe ao Poder Judiciário a defesa da Constituição, até mesmo declarando nulas, em casos concretos, normas contrárias à Constituição, não foram previstas pelos seus *founding fathers*.

Esse comportamento, incompreensível para os dias de hoje, tinha razão de ser para os de antanho. É que as ex-colônias entendiam a representação popular como unicamente exercida pelas Assembleias, nos Estados, e pelo Congresso, em vista da eleição desses representantes. A responsabilidade do político, com relação às leis por ele elaboradas ou normas proferidas, não se submetiam ao crivo judicial, mas, diretamente, do povo, de modo que o controle era exercido por meio de eleições periódicas.

Não havia sequer “cláusulas de intangibilidade ou regras distintas das usuais para modificação da constituição. O procedimento de alteração do texto constitucional era o mesmo utilizado para a modificação de leis anteriormente aprovadas” (PAIXÃO E BIGLIAZI, 2008, p. 150).

Com o tempo, mostrou-se que a ideia de representação era bem diversa da real, provocando abalos de confiança no eleitorado com relação aos seus eleitos, mormente do Poder Legislativo. Resultou-se, portanto, na gênese da *supremacy clause* (PAIXÃO E BIGLIAZI, 2008, p. 152), pela qual a Constituição dos Estados Unidos da América vinculava todos os juízes estaduais e todas as normas infraconstitucionais, ainda que seja uma Constituição estadual.

Mesmo a magistratura pós-Revolucionária era arraigada aos costumes e métodos de julgamento da ex-metrópole inglesa, não comportando o conceito de jurisdição constitucional tal como modernamente concebido, até porque não era considerado um ramo do Estado, vinculado, como no Brasil, ao poder local representado pelas Assembleias. Basta mencionar, fato citado por Paixão e Bigliuzzi, que a grande estrela do Poder Judiciário era o júri e não a Corte Constitucional, como hoje.

Curiosamente, a técnica dos bacharéis proporcionou a resistência popular à aceitação de um controle constitucional dos atos Executivos e Legislativos.

...na maior parte das ex-colônias, a percepção de que a liberdade estaria assegurada com a eleição e constante vigilância dos corpos legislativos. O (...) obstáculo para a aceitação de um *judicial review* no âmbito estadual encontra-se numa aversão que a maior parte dos cidadãos dos Estados conservavam quanto ao Poder Judiciário. Eram comuns as queixas relacionadas à crescente complexidade do *commom law*, que afastaria o controle público dos atos judiciais e representaria a oportunidade para manipulação desenfreada do conteúdo das leis por profissionais versados no linguajar complexo e obscuro do *commom law*. (PAIXÃO E BIGLIAZI, 2008, p. 153).

Diante dessa situação fática e do próprio fato de que a Constituição Federal norteamericana silenciava a respeito do *judicial review*, a explicação para a construção doutrinária do controle de constitucionalidade das leis e da supremacia constitucional adveio da discussão travada por Thomas Paine e John Adams.

O primeiro, contrário ao controle judicial por entender esta característica como tipicamente inglesa. Portanto, seu argumento seria metajurídico e, no nosso entender, um tanto preconceituosa, próprio de uma nação nascente. Não obstante, era compreensível, haja vista que os pleitos dos colonos eram terminantemente rechaçados pela Inglaterra nos foros de discussão antes da Independência. Dessa forma, sua posição derivava, em parte, dessa experiência negativa que culminou nas guerras revolucionárias norteamericanas de 1776.

Já Adams não só admitia tal controle como defendia um “Judiciário independente, composto por juízes profissionais vitalícios” (PAIXÃO E BIGLIAZI, 2008, p. 157).

A discussão doutrinária culminou na discussão jurisprudencial pela Suprema Corte, no já conhecido precedente denominado *Marbury versus Madison*, pelo qual, não adentrando o mérito da causa, o juiz Marshall declarou a autoridade do Poder Judiciário de anular atos normativos contrários ao texto constitucional. Num só precedente, equacionou dois problemas, quais sejam: conferir supremacia à norma constitucional e afirmar, em seu voto que “a verdadeira essência do Poder Judiciário é observar a Constituição” (PAIXÃO E BIGLIAZI, 2008, p. 167, grifos acrescentados), ou seja, ser guardião da *Lex Mayor*.

Esse entendimento, obviamente, não era sedimentado no Brasil imperial, só advindo com a Constituição republicana, sob a habilidosa batuta de juristas como Rui Barbosa. Em outras palavras: no Brasil Império, a *essência do Poder Judicial*

era, apenas, julgar casos na estrita conformidade com a lei, nos termos determinados por Nabuco de Araújo na delimitação de funções dos juízes daquele tempo.

Apesar da inexistência do controle de constitucionalidade pelo Poder Judicial, havia o controle de constitucionalidade preventivo, exercido pelo Poder Legislativo no que se refere à avaliação prévia dos projetos de lei em tramitação nos órgãos legislativos, conforme um dos maiores tratadistas constitucionais da época, Bueno (2002), cuja obra foi reeditada pelo Senado brasileiro, recentemente.

De fato, conforme Neves (2008), Joaquim Nabuco de Araújo cuidou que a proposta, ao final aprovada, definisse o controle da interpretação da lei e a concentração do poder de julgar aos bacharéis.

Com relação ao controle de interpretação legislativa, Nabuco de Araújo rechaçou qualquer laivo de semelhança com o sistema *comonn law* de aplicação legal sob o cuidado do julgador, e, por isso mesmo, jurisprudencial, de precedentes, casuísta. Tudo em nome da *segurança jurídica*. Curiosamente, por conta do próprio princípio de segurança criou o sistema de *jurisprudência vinculante*⁴⁴, que, apesar de tudo, vinculava-se na fonte *lei*, jamais no julgador.

Apesar de todo esse clima de desconfiança no juiz, o instituto jurídico da Arbitragem esteve presente no ordenamento jurídico do Brasil independente desde a Carta Política de 1824 que a revestia de *caráter coativo*⁴⁵ - era sentença - e com

⁴⁴ Nesse sentido, menciona-se o trabalho de conclusão de curso de DOMINGUES, Nathália Daniel. **A súmula vinculante e seus desdobramentos no direito brasileiro**. 2009. 73f. Monografia (conclusão de curso) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte. Não obstante, com base na Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, mencionada no trabalho, a real preocupação da vinculação de julgados era saber qual a interpretação a dar a uma norma, remetendo, portanto, a primazia da norma à decisão judicial. Por isso mesmo, o ativismo judicial - do qual a súmula vinculante é apenas uma de suas facetas - hoje, vai além do que fora estabelecido naqueles tempos. Além disso, à falta de lei (caso do direito de greve do servidor público, direitos impossíveis de se usufruir por omissão legal, embora previsto constitucionalmente, entre outros), em alguns casos, há a indicação, por parte do STF, da concretização do direito por meio de decisão judicial, suprimindo a ausência de norma legal, muito embora, nos mesmos julgados, deixe evidente que a decisão prevalecerá *enquanto não for promulgada a lei*. Tal situação gera uma mudança no modo de lecionar nas faculdades de Direito, bem como na atuação profissional e acadêmica daqueles que se dedicam à área jurídica, numa compreensão sistêmica, até então estanque, dos sistemas *comonn law* e *civil law*, como mencionado em capítulo de artigo referente à jurisprudência no direito brasileiro em LOPES, Simone Cristine Araújo. Nomeação do aprovado em concurso público. Revista Eletrônica VirtuaJus, Belo Horizonte, ano 8, n. 1, jul. 2009. Disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/Sumula%2015%20Nom%20do%20Concurso%20Aprovado%20em%20Conc%20Pub.pdf Acesso em 13 out. 2009.

⁴⁵ Art. 160: “Nas cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

preocupação reconciliatória. Caráter, aliás, obtido por conferir aos cidadãos, justamente, a faculdade de escolher juízes de sua confiança, considerado o “juízo arbitral voluntário” como o “tribunal mais natural”, segundo consta nos escritos doutrinários da época pelo Marquês de São Vicente, Bueno (2002, p. 412).

Seguiu, portanto, o exemplo do modelo francês, de contencioso extrajudicial, ou seja, pela jurisdição privada diversa da jurisdição estatal. Só em 1866 foi abolido esse modelo, sendo que o “art. 9º do referido decreto [nº 3900] estipulava que uma cláusula arbitral sobre litígios futuros somente tinha valor de promessa” (CRETELLA NETO, 2004, p. 22).

Vê-se que o modelo, antes e depois das mudanças, prestigiava tentativas de reconciliação antes mesmo de se iniciar o processo lembrando os mecanismos próprios presentes nos atuais códigos processuais, civil e trabalhista, especialmente.

Nequete (2000, Império, v. I, p. 135) menciona que a arbitragem era obrigatória “nas causas de seguros, com recursos para a Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação. Alvarás de 11 de agosto de 1791, como o regulamento da Casa de Seguros, de 3 de outubro de 1812”,⁴⁶ obrigatoriedade que, posteriormente, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, já que o sistema arbitral prima pela consensualidade.

De fato, os arts. 245⁴⁷, 667, 11⁴⁸, 725⁴⁹ e 783⁵⁰ do Código Comercial de 1850 - revogado recentemente pelo Código Civil de 2002, embora mantidos em vigor as disposições referentes ao Comércio Marítimo (art. 457 e ss. do Ccom), conforme

Art. 161. “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.”

⁴⁶ O Alvará de 1812 mencionado tinha por ementa o seguinte: “Alvará do Império determina que as mesas de inspeção sirvam cada uma em seu distrito, de juiz executor das sentenças da Real Junta do Comércio, e do Juiz conservador das fábricas”. Disponível em <https://legislacao.planalto.gov.br/LEGISLA/Legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2FLEGISLA%2FLegislacao.nsf%2FviwTodos%2F7bef80c0342d3bdf032569fa00691543%3FOpenDocument%26Highlight%3D1%2C%26AutoFramed> Acesso em 11 nov. 2009.

⁴⁷ Art. 245. “Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.”

⁴⁸ Art. 667. “A apólice de seguro deve ser assinada pelos seguradores, e conter: (...) 11. Declaração de que as partes se sujeitam à decisão arbitral, quando haja contestação, se elas assim o concordarem”.

⁴⁹ Art. 725. “O julgamento de um tribunal estrangeiro, ainda que baseado pareça em fundamentos manifestamente injustos, ou fatos notoriamente falsos ou desfigurados, não desonera o segurador, mostrando o seguro que empregou os meios ao seu alcance, e produziu as provas que lhe era possível prestar para prevenir a injustiça do julgamento”.

⁵⁰ Art. 783. “A regulação, repartição ou rateio das avarias grossas serão feitos por árbitros, nomeados por ambas as partes, a instâncias do capitão. Não se querendo as partes louvar, a nomeação de árbitros será feita pelo Tribunal do Comércio respectivo, ou pelo juiz de direito do comércio a que pertencer, nos lugares distantes do domicílio do mesmo tribunal. (...)”

dispõe o art. 2045, CC/02 - elucidam o grande prestígio que detinha o instituto arbitral durante o Império para causas eminentemente comerciais, inclusive arbitragem internacional, e até para pequenas causas criminais, como

bom meio de agilizar a justiça, resolvendo o que hoje seria chamado de “pequenas causas” pela via da negociação amigável. Entretanto, a exclusão do direito a recurso seria, posteriormente, objeto de controvérsias, sustentando, alguns, que, mesmo “se assim o convencionarem as mesmas Partes”, a arbitragem podia enveredar para uma resolução injusta ou manifestamente nula, não sendo válida a renúncia da parte aos seus direitos. Em 1867, o Decreto nº 3900 pôs fim parcial à polêmica, admitindo – ao menos nas questões comerciais – a apelação de uma sentença arbitral a despeito da cláusula de renúncia. (CARRILO, v. 3.)⁵¹

Por aí se vê que a morosidade judicial é preocupação de longa data.⁵²

Por fim, é importante ressaltar que a Arbitragem chegou a ser implementada no contencioso administrativo fiscal, conforme Visconde de Uruguay (1862) e Castro Nunes citado por Lemes (2007) como forma de garantir que terceiro – não integrante da própria Administração e, ao mesmo tempo, não integrante do Poder Judicial – *imparcialmente*, pudesse julgar questões atinentes à jurisdição administrativa, numa primeira experiência de jurisdição dupla no Brasil.

2.2.1.3 Poder Judiciário no Brasil República anterior a 1988 e o Caso Lage

Com o advento da *República*, a despeito das mudanças constitucionais que alçaram o Judiciário à condição de Poder⁵³, pouca coisa mudou, estruturalmente.

Membros da magistratura federal continuaram a ser nomeados pelo Poder Executivo, assim como os funcionários das secretarias judiciais eram nomeados pelo

⁵¹ Disponível em <http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/3cap11.htm> Acesso em 17 nov. 2009.

⁵² Observa-se que, conforme Neves (2008, p. 266 e 292-293), o Tribunal do Comércio no Império contava com 5 (cinco) julgadores, entre Presidente, Suplente e Comerciantes na data de janeiro de 1851. E entre 1862 a 1866 houve 1149 Apelações, entre 1861 a 1866, 1071 Agravos de Petição, bem como, entre 1861 a 1865, 40 Revistas naquele Tribunal. Um verdadeiro sonho para a magistratura atual que, segundo dados do CNJ, conta com 15.731 juízes, sendo que, para cada um, há uma média de 8.832 processos. Dados conclusivos de que “há um congestionamento em todo o Judiciário brasileiro” segundo SILVA (2009).

⁵³ Art. 15 da Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.”

Presidente do Tribunal correspondente⁵⁴ e, seguindo o mesmo modelo, os recém criados Estados no que se refere à sua justiça estadual.⁵⁵ Houve, ainda, um período de transição para resolver se os antigos juízes imperiais seriam “admitidos” como dispunham as Disposições Transitórias da Constituição de 1891.⁵⁶

Por aí se vê como o Poder Executivo herdou parcelas de poder típicos do Poder Moderador do ex-Imperador no que toca à relação com membros daquele que era considerado o “Poder” Judiciário.

Nessa primeira fase histórica, situações muito curiosas que demonstram o quanto a magistratura era submetida ao poder despótico dos majestáticos republicanos, membros do Poder Executivo, a ponto de Benjamin Constant, logo nos primeiros anos da República, afirmar, laconicamente, que aquela não era a “república de seus sonhos”.

O STF de então, por exemplo, embora tenha herdado a nobre função constitucional de reforma de decisões dos Tribunais, observando-se a Constituição e, portanto, sedimentando a *primazia da norma constitucional sobre as demais*, bem como o *poder judicial revisor*,⁵⁷ ficou anos parado em função da omissão presidencial em nomear os Ministros que o comporiam, conforme recorda Silva (1997).

Quando o Presidente Floriano Peixoto resolveu, enfim, nomear Ministros para o STF, mandou para a Corte um médico – Cândido Barata Ribeiro – e dois generais.

⁵⁴ Art. 48: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 11º) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal; 12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal (...), sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. (...)”

Art. 58: “Os Tribunais federais elegerão de seu seio os seus Presidentes e organizarão as respectivas Secretarias. § 1º. A nomeação e a demissão dos empregados da Secretaria bem como o provimento dos Ofícios de Justiça nas circunscrições judiciárias, competem respectivamente aos Presidentes dos Tribunais.”

⁵⁵ Art. 28 da Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares referentes à Organização da Justiça e Processo Criminal do Estado de Minas Geraes (Decreto n.º 1.937, de 29 de agosto de 1906: “os juízes de direito são nomeados pelo Presidente do Estado dentre os doutores ou bachareis formados em direito por alguma das Faculdades da República.” Observe-se, ainda, que a competência legislativa para o processo criminal era estadual, ao contrário de hoje.

⁵⁶ Art. 6º das Disposições Transitórias de 24 de fevereiro de 1891: “Nas primeiras nomeações para a magistratura federal e para a dos Estados serão preferidos os Juízes de Direito e os Desembargadores de mais nota. Os que não forem admitidos na nova organização judiciária, e tiverem mais de trinta anos de exercício, serão aposentados com todos os seus vencimentos. Os que tiverem menos de trinta anos de exercício continuarão a perceber seus ordenados, até que sejam aproveitados ou aposentados com todos os seus vencimentos. As despesas com os magistrados aposentados ou postos em disponibilidade serão pagas pelo Governo Federal.”

⁵⁷ Art. 59. “Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) §1º. Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (...) b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

Nenhum deles, claro, com bacharelado em direito, o que motivou, apenas um ano após a posse deles, a reprovação pelo Senado sob a justificativa, em parecer, de que o “notável saber” previsto na Constituição era um *saber jurídico*, técnico, entendimento que prevalece até os dias de hoje.

Mello Filho (2007) menciona vários episódios de choque entre os interesses presidenciais em face das decisões do STF, sendo que, numa delas, quase motivou a renúncia do Presidente Prudente de Moraes, ao ser concedido *Habeas Corpus*, reformulando posicionamento jurisprudencial, até então assentado pelo HC 300, cujo impetrante foi o advogado Rui Barbosa, sem procuração, em favor de vários presos políticos da época. O HC anterior tinha sido negado sob o argumento de que vigorava o “estado de sítio” decretado pelo Presidente Floriano.

Não obstante o dever de exercer o controle de constitucionalidade, o STF da primeira república tomou atitudes controversas do que é maior símbolo os HC 1.974 e 2.437, nos quais entendeu subsistir o Decreto 78-A, de 21 de dezembro de 1889, que determinou o banimento da família imperial do país, em face dos dispositivos da constituição de 1891 que, ao contrário, extinguiu as penas de banimento e garantia a liberdade de locomoção e segurança a brasileiros e estrangeiros, pontos mencionados no voto vencido, no HC 2437, do Ministro Alberto Torres, insuspeito partidário republicano no Brasil Império.⁵⁸

De modo que

não inova a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, senão em pormenores insignificantes, a estatura do Poder Judiciário estabelecida com o Decreto n.º 848 [que criou a justiça federal], o qual, por sua vez, não fazia senão explicitar as disposições da Constituição Provisória de 22 de junho de 1890. (...)

Adotou-se o sistema de jurisdição única, ou seja, do controle administrativo pela justiça comum, suprimindo-se, portanto, o contencioso administrativo – que a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, admitiu a possibilidade de restaurar, mas apenas nominalmente.⁵⁹ A orientação brasileira acolheu, neste passo, todos os postulados do *rule of law* e do *judicial control* da Federação Americana. Mas, tímida a princípio, no exame dos elementos internos dos atos administrativos arguidos de nulidade, só muito lentamente evoluiu a jurisprudência até alcançar a verificação da existência e legalidade dos motivos, da validade da prova e da legitimidade

⁵⁸ Inteiro teor do referido HC 2437 disponível em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC2437.pdf> Acesso em 23 out. 2009.

⁵⁹ Ressalte-se que o Prof. José Cretella Júnior, no artigo “O Contencioso Administrativo na Constituição de 1969”, RDA 104/30-48, afirmou que a referida Emenda Constitucional, na verdade, previa uma justiça especializada, subordinada ao Poder Judiciário, e não a restauração do contencioso administrativo.

dos fins colimados pela Administração, conforme ficou manifesto no acórdão de 20 de dezembro de 1944, do Supremo Tribunal Federal: “a apreciação do mérito, interdita ao Judiciário – assentou-se aí (contrariamente ao entendimento restrito estabelecido desde a decisão de 15 de junho de 1929) – é a que se relaciona com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipótese que se enquadra, de um modo geral, na ilegalidade, por indevida aplicação do direito vigente. (NEQUETE, 2000, p. 19, República, V. II)

Entre 1930 e 1934, período em que o país padeceu de uma “constituição ausente”, o que motivou a Revolta Constitucionalista de 1932, determinante à convocação da Assembleia Constituinte que promulgou a Constituição de 1934, o governo provisório não só reduziu os vencimentos dos Ministros do STF, como decretou a aposentadoria de seis integrantes pelo Decreto n.º 19.656, de 18 de fevereiro de 1931, conforme Rodrigues (1965-1968).

A Constituição de 16 de julho de 1934, após esse episódio, manteve a condição de Poder Político ao Judiciário, bem como a nomeação pelo Presidente da República, agora, entretanto, limitado à indicação pela Corte Suprema – como passou a se chamar o STF - correspondente a uma lista de cinco nomes.⁶⁰

No que toca às faculdades de Direito, é curioso observar que os alunos foram declarados bacharéis por decreto presidencial, como conta Silva (1999), referindo-se à própria formatura, em 1932.

A “justiça” mais social da época, criada pela *Lex Magna* de 1934, a Justiça do Trabalho, não era mais que um órgão administrativo, não integrando o Poder Judiciário nos termos do art. 122, CR/34.⁶¹

A Constituição de 10 de novembro de 1937, por sua vez, embora tenha estabelecido alterações pontuais, a que mais chamou a atenção foi a do parágrafo único do art. 96 que dispunha

⁶⁰ Art. 3º da Constituição de 1934: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.” Art. 56. “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) §14) prover os cargos federais, salvo as exceções previstas na Constituição e nas leis” (...) Art. 80. “Os Juizes federais serão nomeados dentre brasileiros natos de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, e que não tenham menos de 30, nem mais de 60 anos de idade, dispensado este limite aos que forem magistrados. Parágrafo único. A nomeação será feita pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos com os requisitos acima exigidos, e indicados, na forma da lei, e por escrutínio secreto pela Corte Suprema.”

⁶¹ Art. 122: “Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.”

no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Na prática, era a negativa do poder efetivo de controle de constitucionalidade da Corte, muito embora não esteja tão longe da prática, *atual*, de haver propostas de emendas constitucionais para “constitucionalizar” práticas declaradas inconstitucionais pelo STF, como foi o caso, *verbi gratia*, da “taxa” de iluminação pública, tornada “contribuição” por força de emenda constitucional posterior.⁶²

A Constituição de 18 de setembro de 1946 manteve as premissas das Constituições anteriores, inovando com a exigência, para ingressar na magistratura vitalícia nos Estados, de “concurso de provas, organizado pelo Tribunal de Justiça com a colaboração do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil, e far-se-á a *indicação dos candidatos, sempre que for possível, em lista tríplice*”, como dispunha o art. 124, III. Ou seja, não se tratava de concurso como conhecemos hoje, de amplo recrutamento.

A magistratura federal continuou sendo nomeada pelo Presidente, mediante indicação de candidatos pelo STF, inclusive por força do art. 19, §1º, *b*, da ainda vigente Lei n.º 5010, de 30 de maio de 1966 – embora revogada, nesse tocante, pela Constituição de 1988, por óbvio.

Havia menção, no art. 20 da Lei n.º 5.010/66, de realização de concurso de provas e títulos para a vaga de juiz federal substituto, dispositivo confirmado pelo art. 118⁶³ da Constituição de 24 de janeiro de 1967.

Apesar dessas iniciativas de impessoalidade de admissão na carreira, a “justiça” ainda se ressentia de desconfiança popular:

⁶² Vide STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, AgI 486.301, DJ 16/02/2007, cuja parte da ementa é a seguinte: “4. Taxa de iluminação pública – caso anterior à EC 39/2002 [art. 149-A, CR/88] – ilegitimidade por ter como fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte: precedente (RE 233.332, Galvão, Plenário, DJ 14.05.1999)”. Sacha Calmon Navarro Coêlho, a esse respeito, chegou a afirmar que o *abuso* do Poder Legislativo de constitucionalizar, via emenda constitucional, aquilo que o STF declarou inconstitucional torna “a Constituição um documento normativo destruidor de direitos ao invés de garantidor de direitos” (informação verbal).

⁶³ Art. 118 da Constituição de 1967: “Os Juizes Federais, serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, maiores de trinta anos, de cultura e idoneidade moral, mediante concurso de títulos e provas, organizado pelo Tribunal Federal de Recursos, conforme a respectiva jurisdição.”

Por volta de 1957, após denúncias sobre os excessos cometidos por grileiros na região, o Diário de Minas enviou um de seus repórteres para os vales do Doce e do Mucuri. As matérias do jornalista Mauro Santayna puseram a nu a situação de impunidade desfrutada pelos grileiros vinculados ou não às companhias siderúrgicas e madeireiras, as quais contavam com o respaldo de Juízes de Paz [sic], deputados, jagunços e policiais. As imagens de cemitérios cravados no meio das matas, de famílias inteiras sendo assassinadas, de tenentes e coronéis de polícia transformando-se em grandes proprietários rurais da noite para o dia e de Juízes de Paz [sic] que jamais eram localizados pelos reclamantes, eram uma demonstração do casamento entre latifúndio e siderurgia, modelo que ainda hoje vigora na região. As resistências que porventura ocorriam eram tratadas como caso de polícia.

Diante da ausência das autoridades nos locais dos conflitos, os grileiros, temporariamente intimidados com as notícias na imprensa, retornaram às suas ações de praxe. Consequentemente, os posseiros seguiam reafirmando sua descrença na justiça.⁶⁴ (Borges, 2004, p. 309)

Nesse período, houve várias interferências no Poder Judiciário pelo Poder Executivo, em especial, quando evidentes a concentração de poder sob a forma de ditadura.

Silva (1999) menciona, por exemplo, que entre as formas de interferir nos julgamentos do STF, quando ele e os Ministros Hermes Lima e Victor Nunes Leal lá estavam, supostamente de esquerda embora imparciais, estava o aumento do número da composição da Corte de onze ministros para dezesseis pelo Ato Institucional n.º 2, de outubro de 1965, numa tentativa de alterar a formação ideológica da Corte.

Acontece que a nova composição não destoou da forma de julgar até então, o que motivou, *a posteriori*, na aposentadoria compulsória de Evandro Lins e Silva e dos Ministros acima citados no dia 16 de janeiro de 1969, após a edição do AI n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, além de outros dois, de forma que o STF voltou a funcionar com onze membros, conforme o AI n.º 6.

E se podia cassar ou “aposentar” Ministro do STF, o que dirá juízes dos Tribunais e singulares, conforme autorizava o Ato Complementar n.º 39, de 20 de dezembro de 1968 que, em seu art. 6º dispunha que “a proposta de demissão de servidor civil ou militar será instruída com os autos de investigação sumária e assegurada a defesa, na forma que se dispuser em regulamento”.

⁶⁴ Ressalte-se que a articulista é historiadora. O termo “Juiz de Paz” parece não ter sido empregado no sentido jurídico do termo, haja vista que eram eleitos com mandato temporário e tinham funções muito restritas, como a celebração de casamentos. Logo, não teriam dever de decidir causas envolvendo conflitos de posse e outros, relatados no artigo, próprios a Juízes togados. Apesar disso, recomenda-se a leitura do artigo por conter um retrato bastante fidedigno do conflito de terras e a história da ocupação na região do “contestado”, hoje correspondente ao Leste de Minas.

Sobre a votação a respeito da constitucionalidade da lei de censura prévia, promulgada no governo Médici, em que houve apenas um voto contrário, do Ministro Adauto Lúcio Cardoso, que, num gesto considerado teatral, jogou a toga e abandonou o Supremo, afirma Silva (1997, p. 408, com grifos incluídos):

Nós vivíamos sob uma ditadura. E o Tribunal, como eu digo, não era o Supremo Tribunal Federal funcionando. Era um *tribunal ordinário*, como dizia Campos Sales, um *tribunal comum*. Não tinha nenhum poder político, e a matéria envolvia um assunto político de *interesse do governo*. Além disso, os que votaram a favor, não sei por que motivo votaram, mas, por exemplo, podiam estar de acordo com a lei da censura. Por sua formação filosófica, por qualquer motivo, podiam estar de acordo. Agora, o *Tribunal não tinha independência, na época, para votar nada contra o governo*. (...) Acho que a pressão não era individual, *era a pressão do ambiente em que se vivia*.

Diante dessa situação, é evidente que as garantias constitucionais aos magistrados eram uma fábula porque se tomassem fundamentos para julgar que contrariassem o Poder Executivo, poderiam sofrer inquéritos com consequências que desmentem as garantias, mesmo constitucionais, de inamovibilidade, irredutibilidade de salários e vitaliciedade.

Sobre a Arbitragem, nesse período primevo republicano, anterior à Constituição em vigor nos dias atuais, tem-se os primeiros e principais julgamentos a respeito da sua validade, inclusive quando a Administração Pública é parte.

Curioso notar que, até então, são poucas as referências históricas a respeito da Arbitragem no solo brasileiro desde o descobrimento e, quando as há, já no período republicano, as fontes se dão a partir de um ponto de vista judicial, acompanhado da evolução normativa.

Tal escassez histórica e de dados deve-se, principalmente, a dois fatores: a regra de que os procedimentos arbitrais dão-se por eleição das partes interessadas que, por isso, optam pelo *sigilo arbitral* e a *precariedade de registro de laudos arbitrais* e dos *atos na arbitragem*, já que não havia câmaras de arbitragem organizadas como as de hoje.

Ao reverso, o Poder Judiciário prima pela *publicidade de seus atos*, em regra, bem como *registra documentalmente e em repositórios oficiais de jurisprudência os julgados mais relevantes*, o que possibilita ao estudioso investigar a arbitragem no século XX justamente pelo olhar do órgão que algumas vozes doutrinárias consideram o *adverso* dela.

Como se verá, muito pelo contrário, houve entendimento pretoriano pelo acatamento das decisões em sede arbitral *como sentença* muito antes da previsão na LAB em vigor.

A legislação republicana manteve o parâmetro adotado pelo Decreto n.º 3900, de 1867, ou seja, de que a cláusula arbitral tinha valor de *mera promessa*.

Esse Decreto coexistiu com o Código Civil de 1916, mas foi, aos poucos, substituído por leis processuais promulgadas em cada Estado brasileiro. Passou-se a considerar como anticonstitucional a obrigatoriedade da jurisdição arbitral, estabelecida por leis estaduais. Decisões jurisprudenciais, da lavra do STF, de 06.04.1918 e 19.05.1923 passaram a considerar não obrigatório o disposto no art. 783 do Código Comercial, assim como as relativas à arbitragem compulsória para o direito marítimo. (CRETELLA NETO, 2004, p. 22)

Como já mencionado no presente tópico, o Código Civil de 1916 – Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – unificou a lei civil no País, revogando as antigas ordenações, alvarás e outros instrumentos do Império e até mesmo do período colonial português, pré-independência do Brasil. E esse *codex* estipulou nos arts. 1.037 a 1.048 as normas relativas ao *compromisso* arbitral.

No ordenamento civil brasileiro da época, o que se verificava pela leitura dos artigos aplicáveis é que a Arbitragem não passava de *mero compromisso*, sem *força coativa per se*, submetido à *homologação judicial a posteriori*, se feito por árbitro que não fosse juiz, haja vista que se o compromisso fosse celebrado nos autos judiciais, as partes poderiam *nomear o próprio juiz como árbitro* (art. 1045, CC/16), com cláusula de irrecorribilidade, se assim convencionarem e que poderia, não obstante, ser contestada em grau de recurso (art. 1046, CC/16).

Logo, a desconfiança e a burocracia impostas pelo legislador ao instituto arbitral resultou em igual desprestígio desse método de solução de litígios pelos cidadãos. De fato, para que aventurar-se em um procedimento arbitral se ele dependerá, sempre, de um órgão judicial para se fazer valer? Muito melhor e mais célere é ajuizar a ação perante um magistrado, de imediato, já que é ele quem dá a palavra final.

Nessa linha, o Código de Processo Civil de 1939 – Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939, responsável pela unificação de procedimentos em juízo civil no País – nos arts. 1.031 a 1.046 dispunha o prazo de 5 (cinco) dias para depósito do laudo arbitral, pelos árbitros, perante o juiz que for competente para

julgar a causa, como condição para que o documento, *após homologado judicialmente*, pudesse ter força executiva.

A referida homologação, aliás, era passível de nova rediscussão, em processo judicial, pelas partes que compuseram o litígio perante os árbitros, conforme dispunha o art. 1.044 do CPC/39.

O Código de Processo Civil de 1973 – Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – em seus arts. 1.072 a 1.102 manteve a arbitragem tal como nas disposições legais e processuais vigente até sua promulgação. Muito embora afirme que “o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não ficará sujeita a recursos, salvo se o contrário convencionarem as partes” (art. 1.078), contraditoriamente, dispunha que “o laudo arbitral, depois de homologado [por juiz, membro do Poder Judiciário], produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; contendo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo”.

Ademais, note-se que a lei determinava a observância da *unidade do compromisso arbitral com o próprio procedimento arbitral*, controlados pela jurisdição estatal, ao contrário do que se entende hoje, ou seja, pela *autonomia da cláusula compromissória face à Arbitragem*. Ou seja, a nulidade do contrato não implica que a cláusula, também, seja nula e, pelo princípio de *kompetenz-kompetenz*, o árbitro tem o poder de decidir a respeito de seus próprios poderes, como ressaltado por Ricci (2004).

Curioso observar que o Brasil ratificou o Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais, de 24 de setembro de 1923, por meio do Decreto n.º 21.187, de 22 de março de 1932, com ressalvas ao art. 1º, § 2º do acordo com o fito de autorizar a aplicação da arbitragem apenas para interesses comerciais. Veja-se o texto do artigo mencionado:

Protocolo relativo a cláusulas de arbitragem

Os abaixo assinados, devidamente autorizados, declaram aceitas, em nome dos países que representam, as disposições seguintes:

1 – Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, de compromissos ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências, que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato.

Cada Estado contratante se reserva a liberdade de limitar a obrigação acima mencionada aos contratos considerados como comerciais pela sua legislação nacional. O Estado contratante, que usar desta faculdade, avisará o Secretário Geral das Nações, a fim de que os outros Estados contratantes sejam disso informados.

Note-se que no Protocolo não há menção a limitar a arbitragem para *direitos disponíveis*, embora, tradicionalmente, tenha assim se mantido no ordenamento jurídico brasileiro desde épocas remotas por opção legislativa.

É dentro desse contexto legislativo que se deu o julgamento mais famoso, no STF, envolvendo a aplicação da Arbitragem entre a União Federal e particulares para a indenização de bens desapropriados. Em outras palavras, houve, antes mesmo da LAB, *arbitragem no Direito Administrativo*, contrariando todo o posicionamento adotado de recusar esse método de solução de litígios a entes administrativos públicos.

Trata-se do caso envolvendo as Organizações Lage, que pertenceu a Henrique Lage, famoso empreendedor no início do século XX, falecido em 2 de julho de 1941. Veja-se o trecho abaixo com a ressalva de que se trata de atualização da obra, já que Meirelles faleceu em 1990.

O caso mais famoso sobre a aplicação do juízo arbitral em demanda de que tenha participado o Poder Público foi o referente ao Espólio de Henrique Lage, cujos bens haviam sido incorporados ao patrimônio nacional em decorrência da II Guerra Mundial. Acertada a arbitragem para fixar o valor da indenização, o laudo foi impugnado pela Procuradoria da Fazenda sob a alegação de inconstitucionalidade do decreto-lei que a autorizara. O então TFR, em acórdão relatado pelo Ministro Godoy Ilha, confirmou a sentença de primeira instância admitindo o emprego da arbitragem pelo Estado. O STF referendou a decisão anterior, sendo relator o Ministro Bilac Pinto (RTJ 68/383). (MEIRELLES, 2009, p. 253)

De início, deve-se ressaltar que entre a data da incorporação dos bens das Organizações Lage como patrimônio nacional – dado pelo Decreto n.º 4.648, de 02 de setembro de 1942 – até a decisão final pretoriana – dada em 14 de novembro de 1973 – foram-se 31 (trinta e um) anos de idas e vindas, contendas, que vale a pena descrever para os fins acadêmicos a que se pretende, todos devidamente mencionados no acórdão do STF (RTJ 68/382).

O Brasil encontrava-se em estado de guerra declarada contra as potências do eixo – Itália, Alemanha e Japão – desde 31 de agosto de 1942 por meio do Decreto n.º 10.358. E as Organizações Lage era proprietária de vários navios, dos mais

modernos da época, aptos para o serviço militar, motivo porque foram incorporados ao patrimônio nacional por interesse nacional.

Tanto é assim que em julgado anterior a esse (RTJ 52/168, de 13 de junho de 1969, relatoria do Ministro Amaral Santos), mencionado no próprio acórdão, julgou-se pela indenização do Estado brasileiro aos herdeiros em vista do torpedeamento de três navios nas costas brasileiras pelos inimigos.

Diante da incorporação dos bens da referida sociedade empresária pela Administração Pública, instaurou-se o procedimento, posterior, de avaliação dos bens para a indenização dos herdeiros. Avaliação que, primeiramente, ficou a cargo de “um Superintendente de confiança do Governo Federal” (RTJ 68/382, p. 382) cujo valor, não atendido *in totum* pelo Ministro da Fazenda, autorizou o pagamento indenizatório seis vezes menor, valor, obviamente, não aceito pelos particulares.

Dessa forma, “o Governo constituiu uma comissão, sob a presidência do Procurador-Geral da Fazenda Pública, com a finalidade de proceder a uma avaliação dos bens” relativos àqueles efetivamente incorporados, já que, a essa altura, a Administração Pública colocou à disposição dos herdeiros “os bens não incorporados”, contrariando Decreto anterior que tinha incorporado todo o acervo da empresa (RTJ 68/382, pp. 382-383).

A essa altura, a guerra já estava no fim – Decreto-lei n.º 7.024, de 6 de novembro de 1944 - e os navios bastante avariados, motivo porque não compareceu interessados em retomar os bens. Dessa forma, a União determinou que os bens fossem levados à praça, quando “Levi Carneiro, advogado do espólio, em audiência com o Presidente da República, sugerira a constituição, para solucionar a pendência, de um *juízo arbitral*” (RTJ 68/382, p. 383, grifos acrescidos). Houve até protesto contra a União, apresentada pelos herdeiros.

Em parecer solicitado pelo Ministro da Fazenda, outra comissão foi formada e o Consultor-Geral da República, Ministro Themístocles Brandão Cavalcânti, concluiu opinando ser “digna de apoio a solução arbitral” (RTJ 68/382, p. 383).

Dessa forma, o Decreto-lei 9.521, de 26 de julho de 1946, modificando os anteriores determinou a incorporação em definitivo dos bens indicados das Organizações Lage e que o *quantum* indenizatório seria fixado por Arbitragem instituída para julgar, “em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio, sua herdeira e legatários” e que “da sentença do Juízo Arbitral, nenhum recurso seria admissível, constituindo decisão final e definitiva, executável,

independentemente de homologação” (RTJ 68/382, p. 383) e para nada mais reclamar a respeito.

A norma determinou até a forma como seria composta a arbitragem: três membros, sendo um nomeado pelo Ministro da Fazenda (Raul Gomes de Matos); outro, pelo espólio (Antônio Sampaio Dória); e, o terceiro, dentre Ministros do STF, em exercício ou aposentado (Manoel da Costa Manso).

Participaram do procedimento arbitral, ainda, quatro comissões compostas “por peritos indicados pela União, Espólio e Árbitros” (RTJ 68/382, p. 383), resultando, em 21 de janeiro de 1948 – *um ano e meio* depois do Decreto-lei n.º 9.521, o que *comprova a eficiência e agilidade da arbitragem* – na sentença que fixou a indenização e a forma de pagamento, com juros, correções e despesas processuais.

Solicitado o pagamento, “o Presidente da República, depois da Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda” com “parecer do Consultor-Geral da República” (RTJ 68/382, p. 384), enviou anteprojeto de lei para abertura de crédito, aprovada na Câmara e no Senado, já em 4 de outubro de 1951.

Porém, em 14 de novembro de 1952, enviou-se nova mensagem ao Congresso que, alicerçado em parecer do Procurador-Geral da Fazenda, “sustentava a inconstitucionalidade do Juízo Arbitral (...) e depois de assentar que a questão entre a Organização Lage e a União ficara encerrada, definitivamente, pelo DI. 7.024/44, solicitava o cancelamento das mensagens presidenciais, visando à abertura de créditos” (RTJ 68/382, p. 384).

Acolhido o parecer que dizia que tudo o que já tinha sido feito era mal feito, os herdeiros ajuizaram ação judicial julgada procedente em primeira instância, afirmando a validade do laudo arbitral. Decisão que, no Tribunal Federal de Recursos, cujo relator foi o Ministro Godoy Ilha, afirmava:

Inconstitucionalidade de lei. A faculdade de declarar a inconstitucionalidade da lei é atribuição precípua e exclusiva do Judiciário que aos demais Poderes não é lícito usurpar.

Juízo arbitral. Na tradição do nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insuscetíveis de transação.

Natureza consensual do pacto de compromisso. O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui foro privilegiado nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica.

Princípios de instituto jurídico. Os princípios informativos de um instituto jurídico de direito privado podem ser modificados ou até mesmo postergados por norma legal posterior.

Cláusula de irrecorribilidade. A cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral é perfeitamente legítima e não atenta contra nenhum preceito da Carta Magna, sendo também dispensável a homologação judicial dessa sentença, desde que, na sua execução, seja o Poder Judiciário convocado a se pronunciar, dando, assim, homologação tácita ao decidido. (RTJ 68/382, pp. 384-385)

O entendimento do TFR, mencionado no Agl 52.181/GB, não obstante, merece algumas ressalvas quanto aos fundamentos fático e jurídicos ali lançados.

Em primeiro lugar, corresponde ao texto constitucional, desde 1891, de que nenhum outro Poder da República, senão o Judiciário, pode declarar a inconstitucionalidade das normas e dos atos administrativos. Porém, a jurisprudência e doutrina era já bem avançada para, em 1952, data do parecer contrário à arbitragem acima mencionado, admitir a anulação de atos administrativos eivados de nulidade absoluta pela Administração Pública. E inconstitucionalidade é nulidade de mérito em grau máximo.⁶⁵

Em segundo lugar, não é de todo correto que a arbitragem sempre foi admitida até nas causas contra a Fazenda em nosso direito. Mas a confusão tem sua razão de ser porque se aplica o *arbitramento* – que é *fixar valor* por terceiro ou por juiz, valendo como meio de prova (arts. 136, VII, CC/16) - *como arbitragem* – *julgar* o fato e o direito de um litígio qualquer - o que não corresponde ao que dispõe a legislação pátria.

Visconde de Uruguay (1862) menciona o fato de que juízes de paz (cargo eletivo conforme o art. 162 da Constituição de 1824) e árbitros decidiam reclamações de cunho fiscal. Não obstante, dessas decisões cabia recurso para a mesma Fazenda. Na mesma obra, ele critica o que julgava ser atitudes lesivas ao erário em vista de arbitramentos da dívida ativa de particulares em descompasso com o interesse estatal.

Para compreender bem o problema, deve-se ter em mente a situação do Brasil Império e como se realizava a fixação dos tributos devidos pelos particulares. Toda a apuração de deveres e haveres de uma sociedade tinha por base os livros contábeis, exigidos pela lei (arts. 10 a 20, Ccom), escritos à mão, em forma de atas

⁶⁵ Nesse tocante, basta mencionar que a Súmula 346 do STF – A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos - aprovada pelo Pleno em 13/12/1963, tem como precedentes indicados julgados como o RMS 1135, DJ 17/08/1950, ACi 7704, DJ 10/08/1943 e RE 9830, DJ 18/01/1950, para só mencionar os mais antigos.

e escrituradas e tinham valor probante para a fixação do tributo devido pelos contribuintes comerciantes.

Dessa forma, havia o arbitramento – fixação do valor - do tributo a pagar por meio de árbitros ou juízes de paz, inclusive. E esse trabalho de apuração não tinha outra função senão constituir em dívida ativa – título executivo - os créditos da Fazenda. Constituía-se, portanto, o crédito tributário de forma bilateral, típico de contencioso administrativo, sistema prestigiado naquela época.

Tanto era assim que Ramalho (1869, p. 497-498 e 502) elucida a propositura da ação de execução fiscal em juízo pela Fazenda, instruída por certidão da dívida, com *presunção absoluta* por causa da impossibilidade de defesa na ação pelo devedor senão com o *efetivo pagamento*, ao contrário do sistema hoje adotado. Veja-se:

O Processo executivo por parte da Fazenda publica contra seus devedores para a cobrança das dividas provenientes de tributos (...), instaura-se por uma petição instruida com uma certidão da divida completamente liquidada (...)

a) As dividas provenientes de impostos e contribuições lançadas, devem constar por certidões authenticas, extrahidas dos respectivos livros (...). Estas certidões sendo extrahidas depois de liquidadas as dividas no thesouro ou thesourarias, tem força de escripturas publicas (...)

Defesa do Réu

(...) Dentro da dilação assignada, tem o réu o direito de contestar a acção, não podendo consistir a defesa sinão em quitações de paga da divida em sua totalidade, ou em parte della, mostrando logo conhecimento authenticico da respectiva repartição; porque entrando a Fazenda em juizo com sua intenção fundada de facto e de direito, incumbe ao réu provar que não deve.

a). Portanto, nem é admissivel defesa constante de materia que envolva conhecimento da divida como tal, por ser esse conhecimento da competencia da autoridade administrativa e não do poder judiciario; e nem compensações ou encontros, sendo estes sómente permittidos perante a administração.

Hoje, não é mais assim. A Fazenda tem o *poder-dever*, para usar um termo de Mello (2008), de constituir o crédito tributário por meio de Certidão de Dívida Ativa, unilateralmente, como deixa claro o art. 2º da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980. É a regra geral num mundo cada vez mais integrado a sistemas interligados e integrados por meio de *internet*, para ficar neste exemplo.

Em terceiro lugar e por fim, não se pode inferir uma “autonomia contratual” do Estado como pessoa qualquer. Como menciona Meirelles (2009), o princípio da legalidade, disposto na Constituição de 1988, embora não fosse positivado antes da atual Lei Magna, sempre foi defendida pela doutrina administrativista, sendo célebre a afirmação de Fagundes (1984, p. 3) de que “administrar é aplicar a lei de ofício”.

Feitas essas ponderações ao acórdão do Ministro Ilha, seguido pela 2ª Turma, unanimemente, seguiram-se, ainda dois embargos (nulidade e infringentes).

Na ocasião do julgamento desses embargos ocorreu uma contradição flagrante já que, mantendo o julgamento quanto à validade da Arbitragem, por outro lado, reformaram parte da sentença arbitral no que concerne à correção monetária. Ora, *se o juízo arbitral é válido, não poderia o Poder Judiciário reformar o mérito da sentença arbitral prolatada*, ainda mais no caso em tela, com cláusula de irrecorribilidade.

Desse modo, o novo julgamento desafiou oito recursos extraordinários, dois deles, da União. Uma vez inadmitidos, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs agravo de instrumento perante o STF que recebeu o n.º 52.181/GB, ora em análise.

No STF, recebeu parecer da Procuradoria-Geral da República que entendeu inadmissível a Arbitragem em que seja parte a União Federal e, inacreditavelmente, chega a afirmar que “a encampação não foi ato unilateral, pois ocorreu face a [o] dramático apelo de Henrique Lage, para salvar da falência sua organização” (RTJ 68/382, p. 386). Detalhe: o Decreto-lei n.º 10.358, de 31 de agosto de 1942 é mais de um ano após o falecimento de Henrique Lage, dado em 2 de julho de 1941! O apelo, realmente, é dramático, digno de William Shakespeare.

Diante da insólita situação, nos votos dos Ministros da Corte Suprema sobressaem os reais motivos da discussão travada pela União Federal – só nos Tribunais - por mais de duas décadas:

O Sr. Ministro Bilac Pinto (Relator) : (...) Nenhuma das evasivas da União, para não cumprir o dever elementar de ressarcir o bem alheio apropriado, pode assim sobreviver. (...)

Em todos os pormenores, entretanto, a União não convence, na posição ingrata de mau pagador em que se encontra.

De novo, reportamo-nos aos incontestáveis argumentos do Senhor Ministro Godoy Ilha, relator da Apelação, ao rechassar o enganoso enredo que a União, infelizmente, urdia, para não pagar o que deve ou procrastinar indefinidamente o pagamento.

(...) a União conformou-se com a decisão, não interpondo quaisquer recursos, deu execução, em parte às deliberações do Juízo Arbitral, com elas se conformando, e pediu até ao Congresso o crédito necessário para ultimar a execução da sentença. (...) Ministro Costa Manso, em carta dirigida ao Dr. Raul Gomes de Matos, a exclamar melancolicamente: “Infelizmente, porém, uma das partes – o Governo brasileiro – tomou a estranha deliberação de renegar o solene compromisso que assumira de dar execução ao Laudo Arbitral. E os Tribunais Judiciários certamente obrigarão o Governo a tomar o caminho que deve trilhar, respeitando a palavra empenhada”. (RTJ 68/382, pp. 386-388)

O julgamento no STF adotou a posição fundamentada pelo Ministro Ilha, acima examinado, com a ressalva do Ministro Rodrigues Alckmin que não entende jurisdição, como poder estatal, delegada a particulares, no caso, árbitros, posição, hoje, ultrapassada.

Houve alegação, por parte da União, de que os árbitros teriam lesado o erário com a decisão que prolataram, ponto que nem chegou a ser enfrentado, seriamente, pelo STF por evidente ausência de fundamento fático ou probatório. Se determinar pagamento do que deve é lesar o dinheiro público, deve-se repensar toda a doutrina jurídica a respeito de atos ilícitos e o *princípio da solidariedade social*, referente ao custo pela existência do Estado, a ser arcado por todos.

Quando esse custo corresponde a uma lesão causada a um determinado indivíduo, mesmo que decorrente de ações lícitas, não seria propositado que a pessoa lesada assumisse de forma exclusiva o custo do Estado, o qual existe para o bem-estar de todos. (MAFFINI, 2008, p. 208).

Apesar de tudo, a Arbitragem do caso Lage foi excepcional, prevalecendo, aos demais, as normas dispostas na legislação que não imprimia ao laudo arbitral a força coercitiva de uma sentença.

Houve até quem sustentasse a inconstitucionalidade do juízo arbitral em face da Constituição de 1967, visto que a Carta Magna dispunha sobre a inafastabilidade legal do acesso ao Poder Judiciário, caso de Lima (1969). Mais ponderado, Castro (1956) afirmava que o laudo arbitral não passava de contrato entre as partes, jamais sentença.

Ao que parece, ambos – Lima e Castro – estão equivocados. É que, como já se viu, o resultado final da arbitragem, ou a decisão arbitral, não tinha força de sentença, logo, não poderia ser “juízo arbitral” como afirmado por Lima, no rigor do termo. Suas ponderações, quando muito, falavam o óbvio – de não prolatar sentença – para extravasar no impedimento total de sequer celebrar o procedimento arbitral que, conforme Castro, não poderia ser considerado contrato, visto que, negada a homologação, retornava-se ao ponto zero. Em outras palavras: as partes nada tinham em mãos – nem sentença para executar, nem contrato a se discutir em processo ordinário, já que a própria negativa de homologação judicial era comprovação de sua nulidade (art. 1099 e 1100, CPC).

Tanto é assim que Tácito (2005, pp. 140-141, grifo nosso) afirma

Foi, na oportunidade, trazida à colação o julgado do Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível n. 137.279, em sessão de 28 de março de 1989, que, confirmando sentença de primeira instância, *negou pedido de homologação de laudo arbitral* relativo à liquidação de dívida vinculada a contrato de obra entre a SUDECO e a empreiteira CONVAP.

Como advogado de empresa contratante tivemos ensejo de sustentar, *sem êxito*, que o princípio da indisponibilidade não alcançava relações segundo as quais a entidade paraestatal assumiu a obrigação do reajuste de preços contratualmente pactuando em função de obras realizadas, adequadamente, pela empresa privada.

Ou seja, a Arbitragem envolvendo ente da Administração Pública não foi aceita mesmo que dentro das regras comuns do ordenamento jurídico brasileiro em vigor que exigia, para validade executiva, a homologação judicial. Verdadeira perda de tempo em vista de que houve um procedimento arbitral para, depois, ter sua validade negada pelo Poder Judiciário.

O art. 45, parágrafo único do Decreto-lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, vedava, expressamente, a instituição de juízo arbitral mesmo em contratos administrativos com pessoas domiciliadas no exterior, ao contrário do que informou Tácito (2005, p. 140).⁶⁶

Diante do exposto, a arbitragem, durante o período republicano anterior à Constituição de 1988, foi alvo de desconfiança e desprestígio, motivo porque não foi difundida nos meios comerciais, e, muito menos, nos negócios envolvendo pessoas administrativas.

2.2.1.4 O Poder Judiciário após 1988 e o incremento da Arbitragem

A Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 apresentou várias inovações e uma nova realidade para o Poder Judiciário brasileiro e para o instituto da Arbitragem.

Com o alargamento de direitos, promovida pela Carta vigente, houve, conseqüentemente, o incremento de demandas nos órgãos judiciais, em todas as esferas. Afinal, o acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR/88) nunca foi tão

⁶⁶ Art. 45: “São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...). Parágrafo único. Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, *vedada a instituição de juízo arbitral*.”. Na p. 140, Tácito afirmou que esse dispositivo “apenas *permitia* o juízo arbitral nos contratos com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no exterior”, o que, evidentemente, não corresponde à exatidão da norma. (Grifos acrescidos).

facilitado a qualquer do povo, até prescindindo de advogado como no caso dos juizados especiais, instituído pela Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 e pela Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001. Apenas o extenso rol de direitos previsto no art. 5º, CR/88 é bastante para demonstrar o dilantismo de direitos que alcança até os não positivados nos termos do § 2º do mesmo art. 5º.

Apesar disso, observa-se o congestionamento no Poder Judiciário brasileiro, o que, noutra ponta, levou à morosidade judicial, fenômeno de litigiosidade, aliás, mundial, conforme Lima (2005) reforçado em estudos de José Eduardo Faria e Boaventura de Souza Santos.⁶⁷ Ou seja: é garantido o acesso ao Judiciário, pela Constituição, mas não se pode afirmar que haja a garantia de sair dele de forma *célere e efetivada* por julgamento com mérito.

Tal se dá pelo fato de que a Constituição de 1988 atribuiu tantas funções e deveres constitucionalizados à magistratura brasileira para as quais não estava, estruturalmente, preparada. Por isso, se fala em “crise do Judiciário” que está muito além de ser um problema localizado e restrito a esse Poder da República.⁶⁸

Lado outro, a característica dos membros da magistratura nacional mudou, beneficiado com o recrutamento amplo trazido pelo art. 93, I, CR/88, ou seja, o *princípio constitucional do concurso público* como forma de ingresso na carreira, com participação da OAB e exigindo-se experiência prévia de “atividade jurídica”.

⁶⁷ O Min. Velloso informa que, na Itália, um julgamento em primeira instância demora cerca de quatro anos; no Japão, até final instância, dez anos; nos EUA, três a cinco anos, excluindo a Corte Suprema que só admite causas de real relevância. Em: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma judiciária e as suas implicações no contencioso tributário, **Revista internacional de direito tributário – ABRADT**, v. 1, n.º 2, Belo Horizonte: Del Rey, p. 200-207, jul./dez. 2004.

⁶⁸ Os poderes constituídos têm tomado várias iniciativas para solucionar a chamada “crise do Judiciário”, tais como: criação de novas Varas ou Seções Judiciárias e cargos públicos lotados na estrutura judicial, bem como em reformas constitucionais e legislativas para reduzir as ações judiciais ou os recursos aos Tribunais de superior instância, instituição da Súmula Vinculante e implantação de métodos de controle da “produtividade” dos magistrados, a criação do CNJ e CNMP, entre outros. Apesar disso, o número de processos na base judicial – juízes singulares - aumenta a cada ano, muito embora apresente estabilidade no índice de congestionamento. Tal se dá pelo estímulo nacional à conciliação em juízo e por mecanismos criados, na lei processual, para a disseminação do uso de procedimentos eletrônicos, autorização legal para julgar, de plano, sem necessidade de citação da outra parte e outros. A despeito das louváveis iniciativas, é de se refletir se a quantidade de julgamentos reflete uma efetiva qualidade da prestação jurisdicional. Ademais, não se pode olvidar que o processo se faz com a participação, na maior parte das vezes, necessária de profissionais do direito, o que leva a refletir se a mudança da grade curricular e o tipo de formação nas faculdades de direito – disseminadas por todo o país nos últimos anos, conforme dados do Ministério da Educação - não deve ser repensada. Em outras palavras, a crise do Judiciário avança sobre advogados autônomos, promotores, defensores públicos, advogados públicos, que ficam à margem do discurso. Porém, por questões de objetividade do tema da dissertação, não se poderá tratar aqui desse problema, ainda em fase de debates. De qualquer forma, para mais dados indica-se a pesquisa do “Justiça em Números de 2008”, promovida pelo CNJ, disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf e o número de faculdades credenciadas no MEC em <http://emec.mec.gov.br/>. Ambos acessados em 13 nov. 2009.

De uma *autoridade judiciária burocrática* do Brasil Colônia, passando pelo *Poder Judicial partidário* do Brasil Imperial e pelo *Poder Judiciário à mercê das idas e vindas democráticas do primeiro século republicano*, tem-se, hoje, conforme aponta pesquisa realizada no Tribunal de Justiça paulista por Bonelli (2001) a tendência *crescente* de um *Poder Judiciário cada vez mais profissional*, mais *político* que partidário, *plural*, constituído de membros das origens – regionais, técnicas, acadêmicas, ideológicas e sociais - mais variadas.

Mencionando concurso nacional promovido pela Associação dos Magistrados Brasileiros, de 1995, Lima (2005) aponta que “49% dos juízes vêm das classes baixa ou média baixa, 88% trabalharam durante o curso de graduação em Direito, 14% têm menos de 30 anos de idade, 38% têm entre 30 e 40 anos e 20% são mulheres”.

De fato, as restrições constitucionais aos juízes (vedação à atividade político-partidária, restrição à cumulação de funções e cargos, entre outros previstos no parágrafo único do art. 94, CR/88 e na Lei complementar n.º 35, data de 1979) visam à *imparcialidade*, de forma que, como efetivo Poder republicano, possa exercer a função constitucional que lhe cabe, com *independência*.

Os critérios constitucionais de promoção por antiguidade e merecimento, por listas elaboradas pelos próprios Tribunais, criaram uma blindagem a interferências externas, garantidoras da *autonomia administrativa* do Poder Judiciário (art. 93, II e III, CR/88) além da conquista de *autonomia financeira* (art. 99, CR/88) e das já mencionadas garantias de *vitaliciedade*, *irredutibilidade de vencimentos* e *inamovibilidade* (art. 95, CR/88).

Ademais, deve-se ter presente o fato de que, apesar de não eleito, o Judiciário pelo simples fato de ser *Poder* nos termos do art. 2º, CR/88, não deixa de ser expressão do *poder popular* por força do parágrafo único do art. 1º, CR/88, que dispõe que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*, nos termos desta Constituição”, ponto o qual, em face do ranço tradicionalista que vê o juiz como *autorictas* ao invés de *órgão público de um Estado constitucional democrático*, tem muito a evoluir.

Na busca de colaborar com essa evolução, Leal (2005b) aponta como a realização efetiva do Poder Judiciário democrático aquele que seja investido por sufrágio popular, denominado *juiz popular*, diverso e paralelo à atual forma de investidura, recebida do Estado e, por isso, desnaturadora da imparcialidade judicial perante causas envolvendo entes estatais.

Ocorre que, como já mencionado, a Constituição não afasta o exercício do poder popular de *modo direto*, atuando ou influenciando no processo, por exemplo, como já garantem vários dispositivos constitucionais e legais, mormente em processos administrativos.⁶⁹

Nesse sentido, Santos (2001, p. 163) chega a ir além para afirmar que não só o “Poder Judiciário deve ser avaliado como poder constitucional, emanado da soberania popular” como, também, a arbitragem visto que “a jurisdição do juiz estatal e do árbitro têm a mesma origem básica”, qual seja: legal.

Logo, a solução, ao que parece, não é criar outra categoria de magistrados, mas implementar a prática da participação popular em processo que envolvam direitos além dos interesses das partes, ponto que, aliás, é defendido pelo mesmo Leal quando afirma que o ato jurisdicional máximo não é mais ato isolado do juiz, pertencendo, por óbvio, às partes que ao ato se vinculam, devendo auxiliar, através de sua participação por meio de atos processuais próprios, compor o conteúdo decisório final (2005b, p. 122):

Preferimos a expressão *juízo natural* à antiquada denominação “juiz natural”, porque, consoante anota o Professor Aroldo Plínio Gonçalves, desde o Congresso Internacional de Direito Processual de Gand, de 1977, o provimento (sentença) já não é mais ato solitário do juiz, mas da jurisdição que se organiza pelo Poder Judiciário em grau de definitividade decisória, na órbita de toda a jurisdicionalidade estatal.

Curioso observar que a Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976, em seu art. 202º, seção denominada “função jurisdicional”, item 1, afirma que “os tribunais são os *órgãos de soberania* com competência para *administrar a justiça em nome do povo*” (grifos acrescentados), dispositivo que Sifuentes (1999) considera mais avançado que a brasileira, equivocadamente, ao que parece. Isso porque, a despeito de ser *expressamente* prevista na Carta portuguesa, ela está, *sistematicamente*, inculpada na brasileira.

⁶⁹ Para mencionar alguns: art. 39, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que determina a realização de audiência pública prévia ao processo licitatório nos casos que especifica, art. 7º, § 2º da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que institui a figura do *amicus curiae* em ações de constitucionalidade no STF, art. 6º, § 2º da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que prevê a possibilidade de sustentação oral e juntada de memoriais por requerimento de interessados no processo de ADPF, art. 3º, §2º da Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que prevê a possibilidade de manifestação de terceiros a respeito de edição, revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes. Verdade é que esses dados, *per se*, não garantem a participação popular nos processos. Não obstante, parece inegável que são indiciários de que essa forma de intervenção não só deve ser prevista como estimulada em ritmo crescente.

E na norma brasileira, além disso, deve-se observar que não se verifica, apenas, a forma de representação democrática, indireta, como na Constituição de Portugal, mas direta. De fato, a Presidente do Conselho Regional de Poitou Charentes e graduada pela École Nationale d'Administration e Institut d'Études Politiques de Paris, França, Royal (2009, p. 9), observa que a proposta de implementação da democracia participativa ou orçamento participativo na região que preside e, a partir dela, para todo o País, “provocou um escândalo na França durante a campanha presidencial”. De qualquer forma, é uma proposta válida porque

supõe-se romper com este monopólio elitista da especialização e da decisão que entregou a competentes, que não o eram, o poder de confundir os seus interesses particulares com o interesse geral. Durante tempo demais, os cidadãos foram afastados, desqualificados, reduzidos à impotência: já é tempo de lhes restabelecer, no espírito da democracia participativa que praticamos em nossos territórios, o poder e os meios de preponderar realmente. (ROYAL, 2009, p. 7)

Por outro lado, em Portugal, como no Brasil, não há eleição para magistrado. Há concurso público, com a diferença de que o classificado lá ingressará num curso de formação inicial com o cargo inicial de “auditor de justiça”, sendo que, apenas ao final do curso, se aprovado, optará pela magistratura judicial ou do ministério público. Ressalva ao fato de que quem possui título de doutor ou livre-docência em Direito não precisa se submeter à fase de prova escrita, tudo conforme dispõe a Lei portuguesa n.º 2, de 14 de janeiro de 2008.

Além disso, a mesma Constituição Portuguesa dispõe no art. 205 – decisões dos tribunais – item 2 que “as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades”.

Muito embora não haja dispositivo similar na Constituição brasileira de 1988, tal supremacia sobre os demais poderes reside no fato de que o órgão judicial máximo da República, o STF, tem a função precípua de “guarda da Constituição” (art. 102, *caput*, CR/88), julgando, em última e definitiva instância causas de sua competência, além do fato de que constitui crime de responsabilidade do Presidente deixar de cumprir decisões judiciais, mesmo de juízes de primeira instância (art. 85, VII, CR/88); e, quanto aos Deputados e Senadores, pode ocorrer a perda do mandato por decisão da Justiça Eleitoral ou de condenação criminal transitada em

julgado (art. 55, V e VI, CR/88). Enfim, como observado por Silva (1997), há uma supremacia do Supremo em face dos demais poderes.

Os dispositivos constitucionais, apesar de encorpar uma supremacia ao Judiciário, como acima mencionado, ao que parece, essa superioridade é apenas relativa. Explica-se: o verdadeiro pano de fundo não é ter o poder de cassar mandatos, mas fazê-lo *fundamentadamente* nos termos do art. 92, IX e X, CR/88. E o *fundamento* aqui, há de ser, forçosamente, *constitucional*, em conformidade com a Lei Magna.⁷⁰

Não se pode retirar a legitimidade de um mandato senão quando viciado de nulidade absoluta, como é o caso de compra de votos, abuso de poder e outros, proporcionados pelo eleito conforme expressa o sistema normativo brasileiro que visa outra coisa senão garantir a igualdade de condições no pleito para favorecer o Estado Democrático de Direito.

Ademais, não se pode olvidar que mesmo o Ministro do STF é passível de *impeachment*, o que denota a composição balanceada – freios e contrapesos - entre os Poderes Republicanos.

Diante desse *status* constitucional, convenha-se que afirmar que o Poder Judiciário não é parte da soberania popular é, deveras, temerário para não dizer perigoso num sistema constitucional que o garante como detentor, em tese, da “última palavra” mesmo em face de eleitos pelo voto popular. Seria contradizer a própria Lei Maior que, ao estabelecer o regime jurídico democrático, no entanto, possibilita a um membro não eleito retirar a legitimidade de um mandato obtido por eleição direta.

Nesse sentido, Leal (2008, p. 243), embora não admitindo o Poder Judiciário como detentor de parte da soberania popular, o que seria representado apenas pelos juízes eleitos, conforme modelo proposto, pondera que

embora se defronte com a designação pomposa de Poder Judiciário encorpado pela terminologia constitucional brasileira, o que se tem é, **por outorga do povo**, o monopólio da função jurisdicional pelo Estado que a delega, como dever, ao órgão jurisdicional (Estado-juiz).

⁷⁰ Nesse diapasão, basta mencionar a própria relativização da coisa julgada se inconstitucional, abordada pela doutrina e jurisprudência e como dispõe, hoje, o art. 741, parágrafo único do CPC: “para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.”

Por outro lado, esse apego à legitimidade democrática vinculada *apenas* ao sistema eleitoral há muito perdeu sua razão de ser, visto que ligado à ideia de legalidade, elaboração das leis e promoção de políticas públicas. Sabe-se que a função normativa não mais é exclusividade parlamentar. Ao contrário, há um crescimento exponencial do poder normativo nas esferas do Poder Executivo e do Poder Judiciário. O poder regulamentar do Presidente da República, promovido pela Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001 e a Súmula Vinculante são nítidos exemplos. Sem falar na interferência judicial nos atos do Executivo.

A despeito dessa nova realidade, mantém-se a utopia da democracia feita num dia a cada dois anos: o dia da eleição. Além disso, não parece sensato desprestigiar um Poder caracterizado pelo mérito e pela técnica em nome de outros Poderes que, cada vez mais, recorrem a instrumentos midiáticos para obterem o tão almejado cargo público.⁷¹

Jefferson (1964, p. 85, grifos acrescentados), ao contrário, já nos albores da construção do sistema político estadunidense, afirmava que “a *execução das leis* é mais importante que sua elaboração. É melhor, contudo, ter o povo em todos os três departamentos, onde isso seja possível.” Posição que contrariava Hamilton, Madison e Jay (2005), defensores ardorosos da separação de poderes, do sistema de freios e contrapesos e da vitaliciedade dos juízes e crentes em sua eficácia.

⁷¹ Nesse diapasão, seria ponto a ser estudado pelos pesquisadores do Direito, de grande valia, a respeito da *natureza jurídica da promessa de campanha eleitoral*. Hoje, as chamadas “promessas” detêm caráter meramente intencional, não vinculativo ao candidato se eleito, desnaturando, em tese, a própria legitimidade eleitoral, haja vista que o eleitor lhe honra com o voto, justamente, por adesão à proposta de governo apresentada que, depois, como “palavras ao vento”, são deixadas de lado durante o mandato. Para amparar tal tese poderia socorrer-lhe o *princípio da boa governança*, de Canotilho (1992), e o próprio instituto da *boa-fé*. Em Belo Horizonte, há Projeto de Emenda à Lei Orgânica - PELO n.º 04/2009 - em trâmite para considerar vinculado, à semelhança do Plano Plurianual de Diretrizes, já prevista no art. 165, CR/88, o plano de governo do candidato se eleito, muito embora, pareça inconstitucional à vista do art. 22, I, CR/88 que compete à União – e não ao Município – legislar sobre direito eleitoral. Veja-se o teor do *caput* do art. 108-A que se pretende emendar: “O Prefeito apresentará, até 120 (cento e vinte) dias após sua posse, o programa de metas de sua gestão, que conterà as prioridades, ações estratégicas, as metas quantitativas e qualitativas e os indicadores de desempenho por órgão e programa de governo, observando-se as diretrizes de sua campanha eleitoral e os objetivos, as diretrizes, as ações estratégicas e as demais normas do plano diretor do Município de Belo Horizonte.” E, ainda, o parágrafo único a se acrescentar ao art. 125: “As diretrizes do programa de metas de que trata o art. 108-A serão incorporadas à lei de diretrizes orçamentárias do município antes do vencimento do prazo legal definido para sua apresentação à Câmara Municipal de Belo Horizonte.” Publicado no Diário Oficial do Município de Belo Horizonte em 4 de julho de 2009.

Daí tem-se que o verdadeiro republicanismo, segundo Jefferson (1964, p. 47-49 e 84), vai além do direito de votar e ser votado, recaindo no exercício de *controle* direto sobre os poderes que constituem a soberania popular. Veja-se:

Podem-se encontrar outras sombras de republicanismo em outras formas de governo em que as funções do executivo, judiciário e legislativo e os diferentes ramos dêste último são eleitos pelo povo mais ou menos diretamente para maior períodos de anos ou para exercício vitalício ou para exercício hereditário; ou em que há mistura de autoridades, algumas dependentes do povo e outras dêle independentes. Quanto mais se afastar do contrôlo direto e constante dos cidadãos tanto menos dêsse ingrediente de republicanismo terá o governo.

O Judiciário é sèriamente anti-republicano, por ser vitalício (...) nomeados por êles, continuando por si próprios, mantendo vitaliciamente sua autoridade, e com a impossibilidade de se romperem na perpétua sucessão de qualquer facção uma vez de posse dos cargos. (...)

Se, pois, o contrôlo do povo sôbre os órgãos de seu governo é a medida de seu republicanismo, e eu confesso não conhecer outra medida, deve-se concordar que nossos governos têm muito menos de republicanismo do que era de esperar; em outras palavras, o povo tem muito menos contrôle regular sôbre seus agentes que seus direitos e interêsses requerem. (...)

Nesta opinião sôbre a importância do termo “república”, ao invés de dizer, como se disse, “que pode significar tudo ou nada”, podemos dizer, no verdadeiro sentido, que os governos são mais ou menos republicanos quando têm mais ou menos dos elementos de eleição popular e contrôle em sua composição (...)

Pensamos, na América, ser necessário introduzir o povo em todo departamento de governo enquanto tenha capacidade de exercer-lhe as funções e que êste é o único meio de assegurar uma longa, contínua e honesta administração de seus poderes.

Dessa forma, encarando o Poder Judiciário como ele de fato é – Poder da República e, dessa forma, emanado do povo – deve-se submetê-lo a mecanismos de controle próprios ao regime democrático. O cerne da questão não é indicar quais sejam essas formas de controle, mas *admitir* sua *legitimidade* e *constitucionalidade* asseguradas.

Pensar o contrário é admitir um poder sem controle, pretensamente democrático, ao arrepio da Constituição, ponto que, aliás, em obras mais recentes de Leal (2008, p. 117), contraditoriamente, propõe aos juízes populares o “controle administrativo desse “novo judiciário””. Propugna, portanto, controle de algo que ainda não existe ao invés de estabelecer novos mecanismos, além dos já existentes, do que está em vigor e pleno funcionamento.

Cruz (2004), analisando a jurisdição constitucional democrática, não reconhece o STF como “o” guardião da Constituição, mas apenas um deles. Aponta que a Corte deve se abrir ao debate dos assuntos colocados sob julgamento por

meio de efetiva representação popular, no paradigma de Estado Democrático de Direito, mesmo porque, como já apontou Oliveira (2001, p. 312)

a verdade judiciária, como qualquer conclusão estabelecida a partir da observância de regras prévias, fixas e rígidas, será sempre uma verdade *relativa, processual*, subordinada aos mandamentos que regem a disputa, ou, na linguagem de FOUCAULT, o “jogo”.

Logo, percebe-se a atividade jurisdicional, função típica do órgão do Judiciário, extravasando para o campo *político* – não partidário, registre-se - no cerne da crise do paradigma clássico da tripartição de poderes.

Desloca-se o eixo de tensão do Legislativo-Executivo para Legislativo-Judiciário e Executivo-Judiciário, como bem observou Tomaz (2008), situação, certamente, jamais imaginada por Hamilton, Madison ou Jay (2005), que consideravam o Poder Judiciário o mais fraco de todos, impossibilitado de constranger a espada (Executivo) ou a bolsa (Legislativo).

Não sem razão Zaffaroni (1995) aponta que o sentido democrático do agente de um Poder não é a sua eleição, mas a *função* que desempenha para a *continuidade do sistema democrático*. Cyrino (2005, p. 37) vai além: “mais importante que saber quem deve exercer a função é saber como controlá-la. Quanto maior for o teor democrático dos órgãos estatais, menor deve ser a preocupação com a separação rígida de poderes.”

Em termos de controle do e pelo Judiciário brasileiro, a Carta Magna em vigor também ofereceu saltos significativos, não só pelo poder constituinte que a promulgou, como também pelas reformas posteriores, em especial a EC n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, que criou o CNJ.

Se o Poder Judiciário, após a Constituição de 1988, evoluiu da forma como já se demonstrou, depois de passar por 488 anos de história brasileira marcada por intempéries políticas e culturais e tisonado por aspectos, hoje, de difícil assimilação perante uma imprensa mais livre, o acesso à informação em franco processo de alargamento, pergunta-se, afinal, o que se pode esperar de um instituto como a Arbitragem que veio, efetivamente, a tomar força com o advento da LAB, dada em 1996.

Como já visto, no Brasil Colônia a Arbitragem visava a garantir um instrumento alternativo de acesso à justiça pelas pessoas que tinham um litígio a ser julgado, em vista da *escassez de autoridades judiciárias* nas terras brasileiras. Hoje,

a história, de certa forma, se repete, *não apenas pelo número de magistrados*, mas pela *crescente demanda nos tribunais* em vista do próprio incremento de direitos trazido pela Constituição em vigor e a própria conjuntura mundial, resultando no fenômeno de *morosidade judicial*.

Por outro lado, há a complexidade das relações humanas, em todos os seus aspectos – político, social e econômico – motivadas muito além das fronteiras dos Estados, reclamando regras próprias, diversas das estabelecidas pela tradicional forma de posituação legal promovida pelos Estados. Não pelo desprezo à soberania mas como forma de garantir às partes uma regra comum, acordada e, por isso mesmo, isonômica de aplicação para julgamento de suas causas, se necessário.

Esse foi o motivo porque sempre houve um *esforço internacional* para padronizar as leis a respeito da Arbitragem e buscar a garantia de efetividade dos julgamentos pelos juízos arbitrais, envolvendo partes de Estados diferentes – arbitragem internacional – de que é exemplo o Protocolo de Genebra – Decreto n.º 21.187/32.

Hoje, há um esforço internacional para padronizar procedimentos jurisdicionais e buscar acordos de cooperação internacional, o que inclui o Poder Judiciário brasileiro.⁷² E o fato de que a LAB, conforme justificção do projeto de lei que lhe deu origem, mencionar que a lei brasileira seguiria – como de fato segue - o “Modelo sobre Arbitragem Comercial, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – UMCITRAL”⁷³, além das convenções de Nova York (1958, não firmada pelo Brasil)⁷⁴ e do Panamá (1975, firmada, mas ainda não

⁷² Mencione-se o Protocolo de Intenções n.º 1/2006, firmado pelos “Tribunais e as Cortes Supremas do Mercosul e associados”, disponível em [HTTP://www.stf.jus.br/arquivo/cms/encontro4ConteudoTextual/anexo/28_11/Protocolo_de_Intencoes.doc](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/encontro4ConteudoTextual/anexo/28_11/Protocolo_de_Intencoes.doc) Acesso em 22 nov. 2009. Registre-se, ainda, a existência do Parlamento Europeu na União Europeia, os organismos internacionais – públicos (tribunais supranacionais) e privados (câmaras de arbitragem internacional) - de solução de controvérsias, o próprio Parlasul, no âmbito do Mercosul, o que proporcionará, em breve, eleições diretas para membros do Parlamento do Mercosul, no Brasil. E, inclusive, a Carta de Fortaleza de 26 de novembro de 2009, firmada pela Red Latinoamericana de Jueces no III Congreso Iberoamericano de cooperación judicial: sociedad del conocimiento y derechos humanos: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **[GEDEL] Cooperação Judicial – Carta de Fortaleza.** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <araujoloopes2720@yahoo.com.br> em 29 nov. 2009.

⁷³ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional sobre arbitraje comercial internacional (de 21/06/1985) com las enmiendas aprobadas em 2006. Tradução livre: Lei modelo da Comissão das Nações Unidas para o direito mercantil internacional sobre arbitragem comercial internacional de 21 de junho de 1985 com as emendas aprovadas em 2006.

⁷⁴ Posteriormente ratificada e em vigor no Brasil por meio do Decreto n.º 4.311, de 23 de julho de 2002 e, conforme Cretella Neto (2004), igualmente ratificada em quase 130 países.

ratificada pelo Brasil)⁷⁵ é indicativo dessa necessidade de simplificação em face da complexidade negocial hodierna.

A despeito de o cerne da preocupação dessas normas e protocolos internacionais ser o *comércio internacional* e a *garantia de execução das sentenças arbitrais* onde quer que sejam lavradas, fora dos limites territoriais de onde se processará eventual processo executivo, ressalte-se que nenhuma das propostas internacionais (convenção, acordo) põe limites ao Estado que, por razões de discricionariedade legislativa e fundado em sua soberania, queira estender a arbitragem para contratos administrativos e outros ramos do Direito.⁷⁶

Interessante observar que nenhum dos diplomas legais que trataram da arbitragem desde tempos mais remotos, no Brasil, jamais explicitou a exclusão ou impossibilidade de ente da Administração Pública ser parte em processo arbitral. Quando muito, há a utilização do termo, atualmente em vigor, para autorizar a arbitragem para “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º da LAB), termo controvertido que merece tópico próprio no presente trabalho.

A inovação legislativa não para por aí. Como já mencionado no item 2.1 da dissertação, hoje, há vários dispositivos legais para implementar a arbitragem em

⁷⁵ Que foi acolhida pela ratificação da Convenção Interamericana sobre a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, em vigor no Brasil por meio do Decreto n.º 2.411, de 2 de dezembro de 1997.

⁷⁶ Nesse sentido, veja-se o item 1 do Protocolo de Genebra, Decreto n.º 21.187/32: “Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, *entre partes submetidas* respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, de compromissos ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, *em matéria comercial ou em qualquer suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso*, a submeter, no todo ou em parte, as divergências, que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato. *Cada Estado contratante se reserva a liberdade de limitar a obrigação acima mencionada aos contratos considerados como comerciais pela sua legislação nacional.* O Estado contratante, que usar desta faculdade, avisará o Secretário Geral das Nações, afim de que os Estados contratantes sejam disso informados.” Observe-se que o Decreto não fez ressalva. Tanto que foi no próprio governo Getúlio Vargas que se discutiu a arbitragem do caso Lage, implementado por Decreto no governo Dutra, já mencionado. Já a Convenção de Nova York, Decreto n.º 4.311/02, em seu item 1 - “A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. (...). - foi ratificada, igualmente, sem ressalvas, e em substituição ao Protocolo de Genebra. Por sua vez, a Convenção Interamericana sobre a arbitragem comercial, Decreto n.º 2.411/97, já aponta a arbitragem para partes – sem excluir o Estado - que tenham “divergências que possam surgir ou que tenha surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil” (art. 1). Há, ainda, o art. 1 do Decreto n.º 4.719, de 4 de junho de 2003, que trata da arbitragem no Mercosul: “o presente acordo tem por objetivo regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”. Isso tudo faz parecer que as normas internacionais *sempre* foram admitidas pelo Brasil para aplicação da arbitragem, inclusive, a entidades da Administração Pública.

contratos administrativos de parcerias público-privadas, concessões públicas, para mencionar somente estes, ou seja, Arbitragem envolvendo a parte “Administração Pública”.

A implementação da Arbitragem com a Administração Pública tem sua razão por vários fatores, sendo uma delas a de fundo econômico. É que, ao contrário de meados do século passado, típico do Estado intervencionista, o ente administrativo deixou de ser o principal ator responsável pelo desenvolvimento da economia do seu país, incapacidade que se estende aos campos de políticas sociais, tecnológicas e outros.

Na realidade atual, a Administração Pública é muito mais colaboradora que interventora. E intervém com fomento, participação indireta e por meio, obviamente, legislativo, ao estabelecer as regras de atuação dos agentes de mercado.

O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional. A análise normativa encontra a análise positiva, com reflexos relevantes na metodologia de pesquisa nessa interface. (Zylbersztajn e Sztajn, 2005, p. 3)

Diante de um Estado cada vez mais incapaz de realizar, sozinho, todas as suas responsabilidades constitucionais, parece evidente que vai buscar na iniciativa privada o suporte necessário para efetivar sua ação na sociedade.

Entretanto, as sociedades empresárias regem-se por persecução do lucro, por força legal. Uma sociedade anônima que resolvesse fazer só filantropia, dispensando-se do dever legal e estatutária de buscar a lucratividade e, conseqüentemente, a distribuição de dividendos a seus acionistas, deve, *a fortiori*, ter a sua falência decretada (leitura sistemática dos arts. 2º e 206, II, *b*, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).⁷⁷

Desse modo, quando a iniciativa privada é convidada a realizar parcerias com a entidade pública, já o fará com o intuito direto e principal de lucro. E quando se fala em lucratividade, está se apontado para fatores como garantia de adimplência pela realização do serviço, a tempo e modo pactuados previamente, com lastro de

⁷⁷ Art. 2º da Lei n.º 6.404/76: “Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de *fim lucrativo*, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.” Art. 206: “Dissolve-se a companhia: (...) II – por decisão judicial: (...) b) *quando provado que não pode preencher o seu fim*, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social”. (Grifos acrescidos)

segurança e previsibilidade de rigidez contratual, tudo em vista do *princípio do equilíbrio econômico-financeiro* dos contratos administrativos. Não é à toa que as faculdades de economia, atualmente, encaixam o estudo dos contratos na sua grade curricular, o que, em décadas passadas, era algo impensável, visto que matéria típica do graduando de direito (Zylbersztajn e Sztajn, 2005).

Recorde-se que o Brasil, infelizmente, tem um histórico de moratórias unilaterais, provocando o impacto negativo frente aos investidores.⁷⁸ Essa imagem do país como “mau pagador” provocou resistência aos empréstimos solicitados e, quando feitos, fazia-se cercado de cautelas – salvaguardas - como a exigência de juros maiores para compensar eventuais perdas de uma renegociação futura, o que inclui, no cômputo geral do “risco negocial” eventuais demandas judiciais e o tempo que se leva para solucioná-los.

Se a “firma” pode ser entendida como um nexo de contratos, então o problema de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia. (Zylbersztajn e Sztajn, 2005, p. 7)

Logo, essas precauções de investimento têm, como cerne, a eventualidade da *quebra de promessa* da rentabilidade do contrato celebrado. Não pelo contrato em si. E quando se tem a dissonância dos interesses travados no contrato, a causa natural é o surgimento de um litígio que, em regra, desemboca nos gabinetes judiciais.

Por esse motivo, a questão de solução de controvérsias pelo Poder Judiciário ou pela Arbitragem ganha conotações importantes, haja vista que com a segunda forma de composição de litígios, espera-se superar o problema da morosidade, visto que as partes podem estabelecer prazo máximo para a sentença arbitral, cuja desobediência resulta na nulidade da decisão final (arts. 11, III, 12, III, 23 e 32, VII, LAB)⁷⁹ e, em parte, transpõe o problema da imprevisibilidade das decisões, porque

⁷⁸ Basta mencionar a “década perdida”, entre 1980 a 1989, resultado, entre outros fatores, do alto endividamento externo provocado pelos vultosos gastos da década anterior, de difícil manejo e pontualidade de pagamentos para a Administração Pública que, por outro lado, sofria o impacto negativo de suas receitas por conta da recessão mundial (Batista Júnior, 1989).

⁷⁹ Art. 11 (todos da Lei n.º 9.307/96): “Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: (...) III – o prazo para apresentação da sentença arbitral. (...)” Art. 12. “Extingue-se o compromisso arbitral: (...) III – tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inc. III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.” Art. 23. “A sentença arbitral será proferida no prazo

há a possibilidade de eleição pelas partes do julgamento arbitral por regras de direito ou equidade, por exemplo (art. 2º, LAB).⁸⁰

Essa preocupação, embora pertinente, das classes empresárias, contratantes com a Administração Pública, criou uma situação de paradoxo que merece ser ressaltado.

Trata-se da observação de Quadros (2006, p. 284) de que a economia deixou de ser uma *ciência social* para se tornar *ciência exata*, e, por isso, está em curso a “matematização da economia” que é, segundo ele, a “grande mentira contemporânea”. E, por consequência, a aproximação da economia com o direito, tal como já ressaltado nas linhas acima, resulta na matematização do próprio Direito.

São ponderações que parecem bastante pertinentes, mas que, no entanto, carecem de melhor análise no que toca ao presente tema dissertado, cujo enfrentamento será mais apropriadamente abordado no tópico posterior, relativo ao direito fundamental – previsto na Constituição - de acesso à justiça e celeridade processual.

2.2.1.4.1 Do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário e à Arbitragem

O art. 5º, XXXV, CR/88 dispõe, como direito fundamental, o princípio de acesso ao Poder Judiciário, impassível de disposição contrária legal que vise a impedir a busca de interesses configuradores de uma lesão ou ameaça a direito.

Tal princípio decorre de recente sedimentação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo previsto, por primeira vez, na Constituição de 1946, art. 141, §4º, não obstante restrita à “lesão de direito individual”, ficando excluídos, portanto, a ameaça e outras vertentes de direito, hoje admitidas (difusos, coletivos).

estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.” Art. 32. “É nula a sentença arbitral se: (...) VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inc. III, desta Lei (...)”.

⁸⁰ Art 2º da Lei n.º 9.307/96: “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. §2. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costume-se nas regras internacionais de comércio.”

A promoção do acesso ao Poder Judiciário a direito fundamental – logo, cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º, IV, CR/88 - tem sua razão de ser no próprio Estado Democrático de Direito porque garante ao cidadão apresentar-se perante um dos Poderes da República, parte da própria soberania popular, para aplicar as normas constitucionais e legais no caso concreto, ainda que contra membros de outros Poderes e eleitos. Trata-se, portanto, de salvaguarda contra qualquer arbitrariedade em que a parte se considere vítima efetiva ou em potencial.

Veja-se que, passado o período eleitoral sazonal, o cidadão possui, a seu alcance de modo continuado e permanente, mecanismo de controle dos atos administrativos, em geral contra o próprio mandatário eleito, o que reforça o Poder Judiciário como parte representante da soberania popular.

Disso é exemplo histórico o fato de o Rei Frederico II, em 1745, pretender destruir o moinho velho que atrapalhava a visão completa da paisagem a partir da sua janela. Mandando-o demolir, o moleiro - dono do moinho - não acatou a ordem e, mesmo diante das imprecizações do Imperador, cuja autoridade se arrogava, afirmou: “há juízes em Berlim!”. Ou seja, mesmo a maior autoridade executiva haveria de acatar a decisão de magistrados se estes acaso fossem chamados para resolver o litígio.

Por conta desse princípio constitucional, do acesso ao Judiciário, é que o STF discutiu a constitucionalidade da LAB nos autos de Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5.206-7/Reino de Espanha, julgado, ao final, em 12 de dezembro de 2001.

O cerne da questão era averiguar se a arbitragem violava preceito constitucional da inafastabilidade e universalidade da jurisdição estatal, foco, também, dos críticos da aplicação do processo arbitral ao ramo de Direito Administrativo que só pode admitir mecanismo de controle jurisdicional e estatal.

A marcha processual desses autos elucida bem o que era a arbitragem estrangeira antes do advento da LAB e justifica o porquê do interesse internacional na uniformização dos procedimentos relativos ao processo arbitral.

De fato, uma sociedade empresária brasileira celebrou compromisso arbitral com outra, espanhola. Houve prolação da sentença arbitral em Barcelona, Reino da Espanha, e, para a execução do julgado, ajuizou-se a ação de homologação de sentença estrangeira no STF, como determina as normas então em vigor, esclarecendo que “na forma da lei espanhola n.º 36, de 5 de dezembro de 1988”,

não havia como requerer a homologação da sentença arbitral – tal como admitida na legislação daquele país – visto que desnecessária e “até vedada” (BRASIL, SE 5.206, p. 961).

A parte interessada, empresa brasileira, manifestou-se nos autos, *dando-se por citada*, pela *total procedência do pedido inicial*, requerendo ao juízo que *homologasse a sentença arbitral para dar cumprimento a que se comprometeu*.

Mas o Ministro-Relator Sepúlveda Pertence indeferiu o pedido com o fundamento de que, nos termos da lei brasileira, há a necessidade de chancela de “autoridade judiciária ou órgão público equivalente” e, ademais, “o que, para a ordem jurídica pátria, constitua ou não sentença estrangeira, como tal homologável no fórum, é questão de direito brasileiro, cuja solução independe do valor e da eficácia que o ordenamento do Estado de origem atribua à decisão” (BRASIL, SE 5.206, p. 962).

Assim, diante do indeferimento, ocorrido antes do advento da LAB, a parte interpôs agravo regimental sob o fundamento de impossibilidade fático-jurídica de homologação da sentença arbitral, de modo que a decisão do STF obriga a parte a algo impossível segundo o ordenamento espanhol e, quando apresentado a julgamento, suscitou-se questão de ordem pelo Ministro Moreira Alves que sugeriu a conversão do processo em diligência para averiguação da constitucionalidade da própria LAB – que tinha entrado em vigor recentemente - em face do que chamava ser uma violação, em tese, do princípio da universalidade e inafastabilidade da jurisdição estatal, insculpido na Carta Magna.

A essa altura, *não havia divergência sobre a homologação do laudo arbitral*, conforme o art. 35 da LAB⁸¹ e solicitado pelas partes, visto que acordavam sobre direitos disponíveis e particulares, por reforma da própria decisão agravada, inclusive, pelo Ministro-Relator, no que foi acompanhado pelos demais Ministros presentes.

Porém, admitido o exercício do controle de constitucionalidade nos autos, por via incidental, a discussão pacificou o entendimento de que a arbitragem, por ser livre e convencionalmente pactuada pelos interessados, não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, como previsto na norma constitucional. Em verdade, apenas deixa às partes, em nome do *princípio da autonomia da*

⁸¹ Art. 35 da Lei n.º 9.307/96: “Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.”

vontade, típica de negócios jurídicos privados, renunciar à jurisdição estatal no caso concreto e optar pela via arbitral, jurisdição privada. De uma ou outra forma, solução de litígios entre cidadãos ou pessoas interessadas.

O Ministro Nelson Jobim chegou a afirmar que, em verdade, o inciso XXXV do art. 5º, CR/88 é *dirigido ao Legislativo*, ou seja, não se pode legislar para obstar o direito de acesso ao Judiciário, mas nada impede que o cidadão, *per se*, deixe de propor ação judicial, ainda que com todas as possibilidades de êxito ao seu pleito, para eleger a Arbitragem.

Trata-se, portanto, de faculdade garantida constitucionalmente e não obrigação de se submeter à decisão do órgão jurisdicional estatal quando, no exercício regular de direito, acordar com sua *ex adversa* forma de composição diversa. Tanto que o Relator recorda a extinção - desde o Decreto n.º 3.900, do Império – das *arbitragens compulsórias*. Inconstitucionais porque não dá outra opção à parte senão se submeter a essa forma de jurisdição.

O Ministro-Relator Sepúlveda Pertence, abordando julgados similares na Alemanha e Itália⁸² aduz em seu voto:

Na Itália e na Alemanha questões constitucionais similares tem sido repelidas, prevalecendo a tese de que, nas palavras de Biamonti (...) “non si crea infatti alcuna deroga al principio fondamentale per cui l’attività giurisdizionale è funzione esclusiva dello Stato, nei casi in cui le stesse parti, con il consenso reciproco e sul piano del diritto privato, ricercano e trovano una soddisfacente composizione della controversia fra loro insorta, avvolendosi eventualmente a tale scopo dell’opera di un terzo di comune fiducia”.

O que em ambos os países tem preocupado não é a legitimidade constitucional da arbitragem insituída consensualmente, mas – como testemunha Nicolò Trocker (...) a necessidade de predispor cautelas eficazes contra o risco de que, sob o pálio da liberdade contratual, se imponha na realidade o poder da parte economicamente mais forte “nella

⁸² A República Italiana, há muito, já admite a arbitragem até para contratos públicos – não só de direito privado, como mencionado no acórdão, de doutrinador italiano, em 1958 - nos termos 1 da Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: “la controversie su diritti soggettivi, derivanti dall’esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell’accordo bonario previsto dall’articolo 240, possono essere deferiti ad arbitrati.” Tradução livre: Autoridade para a vigilância sobre os contratos públicos de trabalho, serviços e fornecimentos: “a controvérsia sobre direitos subjetivos, derivados da execução dos contratos públicos relativos a trabalhos, serviços, fornecimentos, concursos de projetos e de ideias, compreendidos aqueles consequentes do defeito alcançado pelo acordo bonário previsto no artigo 240, podem ser deferidos por árbitros.” Disponível em

<http://www.autoritalavoripubblici.it/portal/public/classic/home/Ricerca?search=arbitrato&cerca=Cerca>
Acesso em 23 nov. 2009.

imposizione di clausole di compromissione, di arbitraggio o addirittura di rinuncia tout court all'azionabilità de ina pretesa". (SE 5.206, p. 994-995)⁸³

Desse modo, o cerne da questão não é impedir o uso por medo do abuso, mas garantir mecanismos de *controle* para cercear eventual método arbitral imposta para impedir a uma parte, em tese, mais fraca de acessar o Poder Judiciário, como garantido pela Constituição de 1988.

Entretanto, o próprio Ministro-Relator reconhece que a LAB dispôs alguns mecanismos de controle judicial da arbitragem. No entanto, vislumbrou inconstitucionalidade em dispositivos que ele entendeu como impeditivos desse controle, inclusive do próprio acesso ao Poder Judiciário, que foram os seguintes: parágrafo único do art. 6º, art. 7º e seus parágrafos⁸⁴, no art. 41, as novas redações ao art. 267, inciso VII e art. 301, IX, CPC e o art. 42, que incluiu inciso VI ao art. 520, CPC.⁸⁵

Logo, ao contrário do que afirmou Cretella Neto (2004) a respeito do julgamento do SE 5.206 pelo STF, em verdade, *não se discutiu a constitucionalidade da arbitragem em si*, admitida sem maiores sobressaltos por *todos os Ministros*, mas

⁸³ Traduções livres: "não se crê de modo algum a derrogação ao princípio fundamental pela qual a atividade jurisdicional é função exclusiva do Estado, nos casos os quais as mesmas partes, com o consenso recíproco e sob o plano de direito privado, procurem e encontrem uma satisfatória composição da controvérsia entre eles instalada, entregando eventualmente a tal finalidade de trabalho a um terceiro de comum confiança". E, ainda: "na imposição de cláusula de compromisso, de arbitragem ou mesmo de renúncia a *toda a corte* para ajuizar uma pretensão".

⁸⁴ Art. 6º da Lei n.º 9.307/96: (...). Parágrafo único. "Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor demanda de que trata o art. 7º desta lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa." Art. 7º. "Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. §1º. O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. §2º. Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. §3º. Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, §2º, desta Lei. §4º. Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio. §5º. A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento do mérito. §6º. Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único. §7º. A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral."

⁸⁵ Art. 267, do CPC: "Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) VII – pela convenção de arbitragem." Art. 300. "Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...) IX – convenção de arbitragem." Art. 520. "A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: (...) VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

dos *mecanismos de controle judicial dela e da convenção arbitral* – aspecto esse a violar, em tese, o princípio de acesso ao Poder Judiciário, direito indisponível.

Dessa forma, dois pólos se formaram, cada qual com sua tese: um que acompanhou o voto do Ministro-Relator Sepúlveda Pertence pela inconstitucionalidade dos artigos supracitados, o outro seguiu o voto do Ministro Nelson Jobim, pela constitucionalidade integral da LAB.

A tese do Ministro-Relator Pertence, acompanhada pelos Ministros Néri da Silveira, Moreira Alves e Sydney Sanches, entendeu inconstitucionais os referidos dispositivos legais em vista da disposição de cláusula compromissória que, segundo entendimento do Relator, *não tem força executável específica* – que o art. 7º da LAB dispõe - e, ademais, contém *renúncia genérica*, violadora do art. 5º, XXXV, CR/88, a direito *futuro*, imprevisível, diverso da instituição *presente* da arbitragem, certa e definível.

Com isso fere-se o direito de acesso ao Judiciário por renúncia *in natura* e *in abstracto* do direito de ação, o que viola interesses da parte que, depois de compromissada e arrependida quiser se submeter ao crivo judicial, não o poderá fazer. E é só depois que se pode perceber a envergadura que tomou a lide. Veja-se excerto do voto do Ministro-Relator Pertence:

Mas, a renunciabilidade da ação – porque direito de caráter instrumental – não existe *in abstracto*: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral. Segue-se que a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral – onde existia a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação – não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer, que não prescinde da concreta determinação de um litígio atual. (BRASIL, SE 5.206, p. 1002-1003)

Todos os dispositivos apontados como inconstitucionais pela tese de Pertence fornecem à parte interessada na constituição da arbitragem – o que se faz com o aceite da nomeação pelo árbitro ou tribunal arbitral nos termos do art. 19, LAB – mecanismos para executá-la ainda que sem a colaboração da outra parte, quer seja de modo judicial (quando a cláusula é aberta, ou seja, não indica o árbitro, procedimento, itens do art. 10 da LAB) ou de modo de pronta execução (quando a cláusula é fechada, já indicativa dos elementos necessários).

Diante dessa posição, o Ministro Nelson Jobim salientou que, em verdade, o temor é injustificado, já que o sistema não admite renúncia genérica e nem abstrada do direito de ação. Ademais, explica, a LAB tomou a *cláusula compromissória* e o *compromisso arbitral* como espécies do gênero *convenção arbitral*, resultando a posição contrária – representada pelo Ministro Pertence – num equívoco. Chega mesmo a afirmar que, em verdade, a LAB veda a renúncia genérica de que fala o Ministro Pertence, munindo o sistema de mecanismos de controle para cercear violação de direitos, quiçá constitucionais. Veja-se excertos do voto do Ministro Nelson Jobim:

A “**convenção de arbitragem**” é o instrumento pelo qual “as partes... podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral...” (art. 3º). (...)
O ato subsequente à convenção constitui-se na “**instituição da arbitragem**”.

A lei considera “... **instituída a arbitragem** quando **aceita a nomeação pelo árbitro**, se for único, ou por todos, se forem vários” (art. 19). (...)
O procedimento da arbitragem obedecerá as regras fixadas pelas partes na convenção.

A convenção pode “...reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento” (art. 21, caput). (...)

A lei estipula duas formas pelas quais se consubstancia a convenção de arbitragem:

- (a) o compromisso arbitral; e
- (b) a cláusula compromissória. (...)

O compromisso é definido por seu objeto: a solução de litígio atual. Visa à solução de conflito de interesses existente ao tempo de sua lavratura.

A lei fixa dois elementos constitutivos necessários do instrumento do compromisso.

O **subjeto**, que consiste na qualificação das partes e na identificação do(s) árbitro(s) ou da “...entidade à qual as partes delegarem a indicação de árbitros” (art. 10, I e II).

E o elemento **objetivo**, que se constitui na explicitação da “... matéria que será objeto da arbitragem” (art. 10, III). (...)

A segunda forma que pode tomar a convenção de arbitragem é a “...convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os **litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato**” (art. 4º, caput). (BRASIL, SE 5.206, p. 1037-1039)

Dessa forma, ficava afastada a tese de renúncia genérica haja vista que o compromisso tem por objeto litígio atual, certo e definível. Não obstante, restavam dúvidas a respeito da cláusula compromissória, já que o próprio diploma legal estabelece vinculação à arbitragem de litígios futuros, incertos e indefiníveis, o que poderia causar o arrependimento de que tratou o Ministro Pertence. Direito de arrependimento garantido pelo direito de acesso ao Poder Judiciário. Porém, o

Ministro Jobim enfrentou esse aspecto, dentro da leitura sistemática da LAB, em seu voto:

Com dados extraídos da lei, vou procurar esboçar uma classificação da cláusula compromissória.

(A) Quanto ao objeto.

Tomo como base, em primeiro lugar o objeto da cláusula compromissória.

Ela pode ser classificada em três tipos:

- (a) a primeira, que chamo de “**universal**”, dá-se quando o pacto submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos que, no futuro, decorram da relação jurídica nascida do contrato;
- (b) a segunda, que denomino de “**parcial**”, dá-se quando o pacto submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros que decorram de uma ou de alguma das cláusulas do contrato; e
- (c) a terceira, que denomino de “**singular**”, dá-se quando o conflito define e descreve, especificamente, um, ou mais de um, dos conflitos que possam decorrer da relação contratual (p. ex., a fixação dos danos decorrentes do inadimplemento da obrigação principal ou de alguma das obrigações acessórias).

(B) Quanto às regras de instituição. (...)

Examino, agora, a classificação tendo como critério as regras de instituição da arbitragem.

Nesse caso, teremos três tipos de cláusula compromissória.

(a) Cláusula com remissão às regras de órgão ou entidade.

A primeira, quando a cláusula se reportar “... às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada...” (art. 5º, primeira parte); (...)

(b) Cláusula com pacto sobre a instituição.

O segundo tipo é aquele em que a própria cláusula, ou outro documento, estabelecer “... a forma... para a instituição da arbitragem” (art. 5º, última parte). (...)

É evidente que, nessa hipótese, obedecer-se-á o que na própria cláusula ou no documento autônomo se contiver (art. 5º, segunda parte), inclusive quanto ao processo de escolha dos árbitros (art. 13, §3º, primeira parte).

(c) Cláusula compromissória “em branco”.

O terceiro tipo é aquele em que a cláusula não contenha “...acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem...” (art. 6º, primeira parte).

Nesse caso, a cláusula não se reporta nem às regras de órgão ou entidade especializada, nem mesmo possui qualquer disciplina quanto à questão. (...)

O que ela contém é tão somente o pacto de submeter à arbitragem os conflitos que decorrem da relação contratual, seja ela, quanto ao objeto, uma cláusula “*universal*”, “*parcial*” ou “*singular*”.

Para esse tipo “em branco”, a lei tem norma específica. (...)

Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

(BRASIL, SE 5.206, p. 1040, 1043-1045)

O Ministro Jobim, conclui, portanto, que essa notificação só ocorrerá com o advento do litígio, certo, presente e definível, motivo porque, resistente a parte, pode o interessado provocar o Juiz – interesse processual - para *realizar a vontade das partes*, como observado no voto do Ministro Maurício Corrêa quando afirma que o mérito de julgamento submetido ao Poder Judiciário será concluir ou não se “a

espécie de conflito que se concretizou se incluía no objeto da renúncia” (BRASIL, SE 5.206, p. 1154).

É o que dispõe, referindo-se à cláusula compromissória em branco, ao Juiz para indicar árbitro nos termos dos §§6º e 7º do art. 7º da LAB.

Observa o Ministro Jobim que a inicial deve indicar “o objeto da arbitragem” (art. 7º, §1º, LAB), demonstrando que não há renúncia genérica, haja vista que os critérios subjetivos e objetivos referentes à disponibilidade de direitos prevista no art. 1º da LAB são verificáveis não só no momento da celebração da convenção arbitral, mas, também, na própria instituição da arbitragem que é o início do procedimento com a nomeação do árbitro.

Para exemplificar, demonstra que no caso de contrato entre particulares que celebraram cláusula compromissória arbitral de qualquer tipologia, se um dos contratantes morre e deixa herdeiros menores, incapazes, é evidente que a cláusula torna-se nula, não podendo se instituir a Arbitragem por ausência do requisito subjetivo, capacidade civil.

E se esse crivo de admissibilidade, conclui, é possível quanto ao critério subjetivo, muito mais quanto ao critério objetivo, disponibilidade dos direitos. Tanto que a própria LAB determina a suspensão do processo arbitral quando o árbitro verificar sobrevinda “no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis”, devendo as partes recorrer à “autoridade competente do poder Judiciário” (art. 25, *caput*).

Conclui o Ministro Jobim que “a superveniência do litígio opera com condição para a eficácia dos dispositivos relativos à instituição da arbitragem. O litígio é uma condição suspensiva.” (BRASIL, SE 5.206, p. 1049). Não se trata, portanto, de arbitragem compulsória, como afirmado pelo Ministro Pertence, porque, em verdade, dependerá do preenchimento de requisitos futuros, delimitadores do objeto litigioso a ser solvido via arbitral, se cabível.

A cláusula, portanto, pode anteceder o conflito, *jámais a instituição da arbitragem*.

Não só.

Elucida, ainda que, para garantir a proteção da parte, em tese, mais fraca, as cláusulas compromissórias por adesão só poderão ter efetividade – instituição da arbitragem - por provocação do aderente, jamais pelo proponente da adesão (art. 4º, §2º, LAB).

Logo, *mesmo de direitos disponíveis não é cabível renúncia universal* para a LAB, quanto mais do direito de ação *in abstracto*. Veja-se do debate entre os Ministros na SE 5.260 (BRASIL, p. 1072-1075):

O Senhor Ministro Moreira Alves – Mas, aí, haverá renúncia ao direito de ação com relação àquele contrato. Por que não poderia haver renúncia universal aos direitos disponíveis?

O Sr. Ministro Nelson Jobim – A lei não autoriza. (...)

O Senhor Ministro Moreira Alves – A ação, *a priori*, é indisponível.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – (Relator): – V. Exa. está antecedendo o momento de disposição do direito de ação para o da celebração da cláusula compromissória.

O Sr. Ministro Nelson Jobim – A lei estabelece a cláusula compromissória em que submeto a instituição de arbitragem. (...)

O Senhor Ministro Moreira Alves – (...) Agora, de antemão, eu posso renunciar a um direito fundamental, constitucional?

O Sr. Ministro Nelson Jobim – Não estou renunciando de antemão. O que está sendo dito é que isso não pode. (...). Não vejo nenhum problema no sentido de que estarei admitindo, por esse contrato, que os litígios decorrentes desse contrato sejam submetidos à arbitragem. Agora, quando ocorrer o litígio, se ocorrer, vai se verificar se é disponível ou não, se for disponível submete-se à arbitragem das regras estabelecidas na própria cláusula. Caso contrário, não. (...) A renúncia só se dá com a instituição da arbitragem. (...)

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – (Relator): – O direito de ação não pode ser renunciado em abstrato.

O Sr. Ministro Nelson Jobim – Não é abstrato. São os litígios que decorreram desse contrato.

Ressalte-se que, do voto da Ministra Ellen Gracie rememorou-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal se dá em decorrência do histórico brasileiro, já ressaltado na dissertação, de regimes de exceção, que buscavam cercear a atuação do Poder Judiciário contra o arbítrio, tidos como atos políticos e, logo, imunizados à função jurisdicional.

Desse modo, ao final, julgou-se pela constitucionalidade integral da LAB, conforme divergência levantada pelo Ministro Jobim, acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Celso de Mello, do que se conclui que não há violação ao princípio de acesso ao Poder Judiciário insculpido como direito fundamental, de uso facultativo do cidadão nos termos do princípio da autonomia da vontade.

Do cerne desse paradigmático julgado, parece que *não só o livre acesso ao Poder Judiciário é direito fundamental do cidadão, mas mesmo o acesso à arbitragem*.

Ora, ambos – Juiz e árbitro - detém funções jurisdicionais, o primeiro, por disposição constitucional, o outro, legal e por ficção jurídica, como dito pelo Ministro Marco Aurélio na SE 5.206.

Rememorando a máxima de que justiça tardia não é justiça, a EC 45/2004 incluiu no rol de direitos fundamentais o inciso LXXVIII no art. 5º, CR/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Mais ainda quando se institui a Arbitragem com a Administração Pública, o cidadão há de ter garantido o princípio da celeridade previsto na norma constitucional. E ressalte-se que o processo arbitral é o mecanismo mais apto para obter uma expedita solução de litígio como já demonstrou o próprio caso Lage, onde durou um ano e meio enquanto que, entre vindas e idas nos Tribunais, lá rogou por decisão definitiva por décadas.

Sabe-se que o Brasil adotou o mecanismo de jurisdição una, ao contrário de países como a França, onde existe a jurisdição administrativa e a jurisdição comum. Naquela, decidem-se casos referentes à Administração Pública, vedando-se à jurisdição comum a averiguação de questões judiciais com esse objeto litigioso, administrativo (Mello, 2008; Meirelles, 2009).

Não obstante, como já demonstrado no histórico do Poder Judicial no Império brasileiro (Visconde do Uruguay, 1862), havia o contencioso administrativo, que fazia coisa julgada administrativa das decisões perante os julgadores administrativos.

Com a superveniência de normas infraconstitucionais autorizadas da instituição da Arbitragem para a solução de vários litígios envolvendo a Administração Pública e, sabendo que esse mecanismo resulta em uma sentença arbitral dada por árbitro que, por ficção jurídica é juiz de fato e de direito (art. 18, LAB), ao que parece, restaurou-se o contencioso administrativo na Administração Pública no Brasil.

Mais: o processo arbitral que contenha a parte “ente da Administração Pública” parece ser o *verdadeiro processo administrativo* se levar em conta que faz coisa julgada, definitiva tanto quanto qualquer sentença judicial.⁸⁶ A única diferença é que não poderá executar a própria decisão, devendo recorrer ao Poder Judiciário.

⁸⁶ Verdade que o art. 45 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, referente ao processo administrativo fiscal dispõe sobre “decisão definitiva favorável ao sujeito passivo” e, ainda, o art. 174

Nesse aspecto, Magalhães (2006), ao apontar a matematização do direito, da economia, enfim, das ciências sociais de um modo geral, realiza uma crítica que parece muito pertinente se vista pelo ponto referencial de que mecanismos de solução de litígios mais benéficos, baratos, céleres e eficientes como é exemplo a Arbitragem são utilizados para contratos de grande vulto, excluindo a maior parte da população de acesso a essa forma de provimento jurisdicional, privado, publicizado por lei via ficção jurídica.⁸⁷

De fato, com o disposto do direito fundamental parece que a Administração Pública, sob pena de criar um Direito Administrativo para ricos e outro para pobres, deve possibilitar, progressivamente, o acesso à Arbitragem aos cidadãos em geral.

Ressalte-se que, conforme Pinheiro (2006, p. 253), o comportamento protelatório como forma de postergar o pagamento de algo que sabe devido é, para “75% dos juízes (...) uma atitude muito freqüente de parte da União”, o que sugere que tal comportamento não só deve ser punido, processualmente, como desestimulado com “medidas que agilizem o andamento de processos” para cercear o “mau uso da Justiça”.

De forma que negar ao direito a alguém - que pleiteia indenizações por responsabilidade do Estado, ou requer incremento de alguns reais à sua parca aposentadoria calculada erroneamente ou indenização por desapropriações - os benefícios da Arbitragem é criar um fosso de desigualdade entre categorias diversas de cidadãos.

Ademais, cabe ressaltar as ponderações matematizadoras de Magalhães (2006), já que parte dos estudiosos da Matemática não mais a enquadram na área de exatas, rígida e isoladamente, exigindo, tanto quanto as outras áreas do

e parágrafo único do art. 182 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que impede “agravamento de penalidade”, do que se conclui não poder reformar decisão administrativa que absolve o servidor, exemplos de coisa julgada administrativa. No entanto, *são exceções à regra* na legislação por obediência a normas constitucionais de presunção de inocência, *in dubio pro reo* e segurança jurídica (art. 5º, *caput*, XL e LVII, CR/88).

⁸⁷ Outra inovação legislativa, indicativa do que aqui se trata é o fundo garantidor da PPP. Trata-se de um fundo, *paralelo ao regime constitucional de precatórios*, que garante a adimplência da Administração Pública aos parceiros privados contratantes conforme a lei de parceria público-privada. Sobre o tema: BRANT, Thais Chicarelli Caldeira. Parcerias Público-Privadas: a questão da (in)constitucionalidade da execução do fundo garantidor. 2009. 94f. Monografia (conclusão de curso) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

conhecimento, uma interdisciplinariedade, que inclui técnicas próprias das ciências sociais, *verbi gratia*.⁸⁸

Ora, é de se notar que o acesso ao Poder Judiciário tem por *finalidade* o acesso à *justiça*. Entre o agente – órgão jurisdicional - e o objeto – administração da justiça - há o *meio* que é o processo. Não importa de que jeito: arbitral, administrativo ou judicial.

Por isso, o acesso à *justiça* é de tal forma imprescindível para a própria erradicação das desigualdades sociais na América Latina que Fondevila (2006, p. 103-104) menciona o *projeto de modernização judicial estatal em apoio do acesso à Justiça* de iniciativa do Banco Mundial e em curso de implantação no México, cujos objetivos, além de reestruturar o Poder Judiciário naquele país, inclui o estímulo aos mecanismos alternativos de solução de litígios como a mediação e a arbitragem.

Esse âmbito da administração da Justiça inclui atividades voltadas para assegurar que todos os cidadãos possam obter a solução de seus litígios perante uma instância com poder para adotar decisões juridicamente vinculantes, a um preço acessível e em um lugar e mediante um processo que se encontre a seu alcance. (...). Compreende atividades como:

- o apoio aos juízes de paz e de primeira instância; (...)
- a criação de oportunidades para dirimir conflitos mediante arbitragem ou mediação (...)

Toda a reforma judicial joga uma parte importante de seu êxito em proporcionar acesso efetivo à Justiça para os grupos sociais mais desfavorecidos.

Evidentemente, o acesso à Justiça está garantido no México pela Constituição Nacional, cuja primeira versão é de 1814, inspirada no tom liberal da Constituição de Cádiz. Não obstante, os reconhecimentos constitucionais não devem ser motivo de engano: o problema não se encontra na correção normativa da lei fundamental, mas na positividade real do direito. E, neste aspecto, os problemas gerais do aparato de administração de Justiça se transformam em obstáculos para a realização efetiva de um acesso amplo à Justiça. Os grupos mais desfavorecidos economicamente são precisamente aqueles que menos educação formal podem acumular e, portanto, menos conhecimento jurídico têm e menos capacidade de aceder à defesa de seus direitos ou à resolução legal de seus conflitos.⁸⁹

⁸⁸ Nesse sentido, indicativa é a Teoria dos Jogos, desenvolvida pelo matemático norteamericano, Nobel de Economia de 1994, John Forbes Nash Jr. para averiguar a existência de uma análise matemática do próprio comportamento e necessidade humanas. "As áreas da Ciência podem ser classificadas em duas grandes dimensões: Pura (o desenvolvimento de teorias) versus Aplicada (a aplicação de teorias às necessidades humanas); ou Natural (o estudo do mundo natural) versus Social (o estudo do comportamento humano e da sociedade)." SILVEIRA, José Luz. **Ciências Exatas**. Disponível em: <<http://www.vunesp.com.br/guia2007/exatas.html>> Acesso em 22 dez. 2009.

⁸⁹ É possível ver o andamento e fase do referido projeto no site do Banco Mundial, em inglês, em <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=500870&menuPK=500900&Projectid=P074755> Acesso em 21 nov. 2009.

Em Portugal, o art. 202º, 4, da Constituição Portuguesa afirma que “a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.” E de fato, há projetos em desenvolvimento para aplicar a arbitragem para solução de litígios tributários.⁹⁰

Dessa forma, parece que não há, apenas, o direito fundamental de acesso ao Judiciário, mas, também, à Arbitragem como forma de *celeridade e eficiência* na prestação do serviço público jurisdicional. Afinal, difícil imaginar uma fome mais aviltante e contrária ao princípio da dignidade humana – art. 1º, III, CR/88 – que a de Justiça.

2.2.2 Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Pode-se dizer que o Direito Administrativo cunhou-se, desde sua origem, como ramo autônomo do Direito, sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, do qual decorre a indisponibilidade do primeiro. Tratar-se-á daquele, por hora.

Esse princípio obsta, em tese, a arbitragem em vista do fato de que o conflito se dá por método de solução transacional, de *paridade* entre os litigantes – basta mencionar o fato de que as partes podem optar pelo julgamento por equidade (art. 2º, *caput*, LAB).

Na *solução ética*, um dos conflitantes *desiste* de seu interesse em favor da paz.

Na *solução transacional*, os conflitantes, mediante concessões recíprocas, abrem mão parcialmente de seus interesses. Esta solução admite, por sua vez, três subtipos: a transação pode dar-se por *acordo*, por *mediação* ou por *arbitramento*.

No *acordo*, as próprias partes interessadas dispõem sobre a fórmula transacional. Na *mediação*, as partes acordam que um terceiro, de confiança de ambas, oferecerá uma solução capaz de compor satisfatoriamente o conflito, embora não as obrigue. No *arbitramento*, também se demanda a intervenção de terceiro, delegado dos conflitantes, mas que deles recebe *poder* para criar uma fórmula obrigatória de harmonização.

Observe-se que a *solução transacional arbitral* já importa na utilização de uma *técnica* de composição, envolvendo a aplicação de alguma *norma*.

⁹⁰ Informação no site da Associação Sindical dos Juízes Portugueses em: http://www.asjp.eu/images/stories/revistaimprensa/11%2014_12_09.pdf Acesso em 02 dez. 2009.

A terceira classe de instrumentos de composição funda-se na solução de *autoridade*, que se caracteriza pela *imposição* de uma fórmula de composição, por um terceiro, que não é delegado dos conflitantes. Aqui também duas modalidades são distinguíveis: a *solução arbitrária* e a *solução jurídica*. (MOREIRA NETO, 2006, p. 12)

Embora seja evidente a importância do tratamento de primazia do interesse público sobre o privado, é curioso observar que os tratadistas não lhe dedicam uma atenção correspondente. Há quem não chegue, sequer, a conceituá-lo em suas obras, tomando-o, portanto, como conceito dado e sabido, caso de Faria (2007), Gasparini (2007), Maffini (2008) e Araújo (2007), embora este reconheça a dificuldade de conceituação visto que “conceituar não é definir” (Araújo, 2007, p. 32), em especial quando se trata de Direito Administrativo.

Outros dispensam tópico próprio em vista da ausência do dito princípio-vetor no art. 37, *caput*, CR/88, caso de Spitzcovsky (2008), dando margem à interpretação de que, afinal, não se trata de princípio importante como afirmam os tratadistas, visto que omitida na Lei Magna, pelo menos expressamente.⁹¹

Há quem trate o princípio do interesse público como *finalidade última da ação administrativa* ou *finalidade pública*, caso de Carvalho Filho (2008) e Di Pietro (2009), ou ainda, como sinônimo de *interesse geral*, conforme Moreira Neto (2006), sem delimitar o que sejam.

Conceitua-se, ainda, pela *via negativa*, afirmando o que o interesse público *não é*, conforme abordagem de Mello (2008), Harger (2008) e Justen Filho (2005). Nesse sentido, afirmam, em síntese, que o interesse público não se confunde com o interesse do *Estado*, do *aparato administrativo* ou do *agente público*.

Mello (2008, p. 61, grifos do original), somente nas últimas edições de sua obra mais conhecida - a qual se pode dizer toda escrita sob o marco teórico dos princípios da supremacia do interesse público e sua indisponibilidade - é que ofereceu conceituação de sua lavra: “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**”.

⁹¹ Essa interpretação levaria ao absurdo de se afirmar que o interesse público é princípio constitucional administrativo para o Estado de São Paulo, por exemplo, já que prevista na Constituição do Estado de São Paulo de 5 de outubro de 1989 (art. 111), mas não para outros Estados da República que seguirem a redação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao omitir o dito princípio “vetor”.

Harger (2008, p. 9), por sua vez, oferece explicação para tal dificuldade conceitual experimentada pela doutrina, chegando a afirmar que *inexiste um interesse público*, contrastando com o esforço conceitual de Mello, acima citado:

Estabelecer o que não é interesse público é muito mais fácil do que estabelecer em que ele consiste. Isso ocorre porque a noção em tela é expressa por um conceito jurídico indeterminado. Isso significa dizer que a noção é imprecisa. É até mesmo forçoso reconhecer que *inexiste um único interesse público*, mas sim diversos interesses públicos a serem perseguidos pelo Estado e que esses interesses podem variar no tempo e no espaço. Tarefa mais fácil, contudo, é verificar se existe interesse público em um caso concreto (...)

Se *um interesse público inexistente*, ou, ainda, se ele é o resultado do *interesse de todos*, não se entende o porquê de, justamente, afirmar-se que o referido princípio de supremacia do interesse público afasta a Arbitragem nas relações com a Administração Pública. Afinal, se as leis brasileiras preveem tal aplicabilidade para contratos administrativos, há o interesse de todos incluído na norma positivada e vigente – fundamento do princípio constitucional-administrativo da legalidade – e, ainda, a verificação, em casos concretos, da constituição da Arbitragem se surgido o litígio por admissão do requisito de arbitrabilidade objetiva.

Esse comportamento acadêmico que toma a primazia do interesse público como conceito (ou definição) dado e estanque parece *sacralizar* o conceito jurídico, para utilizar a observação de Agambem (2005), já que o torna fora do tráfico humano, imune a novas definições, contestações ou releituras. Sacralização, para Agambem (2005), é o rito jungido pelo mito repetido inúmeras vezes na vida social, de modo que a palavra não se disponibiliza no espaço de discussão. Está posto, em definitivo.

Para devolver o conceito a essa impoção investigativa, deve-se *profaná-lo*, o que consiste em retirar o arcabouço sacral do termo a fim de que seja acessível à comunidade. E parte da técnica de profanação preconizada por Agambem (2005) é desvendar o real além do mundo idealizado, inclusive em Direito.

Na interpretação do direito, há o que se aceita e há o que se esconde.(...)
Não se passa incólume pela diversidade e pela adversidade. Mas agora elas são encenadas na praça pública midiática que é a voz que mede este *mundo desmedido*.
O conflito ganha um enquadramento próprio e existe em si, sendo mais importante do que a sua solução que não tem visibilidade tão significativa

em matéria de audiência. A imagem do problema passa a ser mais instigante do que os processos em que ele se move até a sintonia. (...) A realidade é substituída pela aparência do que ela deveria ou poderia ser. (LOPES, 2006, p. 119-121)

Essa passagem do “deserto” para o “real” é uma ideia central em Zizek (1992), que chega a afirmar, lembrando Kant, que a origem do poder supremo é insondável, do *ponto de vista prático*, para o povo que a ele se submete. Logo, não se deve discutir a origem, apenas aceitá-lo, submissamente.

O resultado do apólogo sobre a ponte da Lei é que não há Verdade do Verdadeiro: a Lei não se apoia na Verdade, é necessária sem ser verdadeira, e toda garantia da Lei tem o estatuto de um simulacro. (ZIZEK, 1992, p. 191)

De fato, o revigoramento do estudo desse princípio referencial administrativo decorre, em muito, graças às críticas - por assim dizer, *profanadoras* - que vêm recebendo por parte de estudiosos que negam primazia, superioridade ou supremacia ao interesse público porque, segundo eles, não há como compatibilizar com o atual regime jurídico democrático.

É o caso de Sarmiento (2006), Justen Filho (2005) - que, aliás, em sua obra aborda o “princípio do interesse público” suprimindo o qualitativo “supremacia” – Ávila (1999) e outros sobre os quais fundamentam-se e são fundamentados nos trabalhos desses citados, como Lênio Streck, Gustavo Binenbojm, Robert Alexy.

Chega-se ao extremo de afirmar a *inconstitucionalidade do Direito Administrativo*, conforme Leal (2005).

Em linhas gerais, essa corrente crítica ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado busca afastar dita primazia a fim de resguardar a *tutela dos direitos fundamentais*, considerando a doutrina administrativista defensora de dito princípio portadora de “indisfarçáveis traços autoritários” em vista da “obsoleta inadequação” dessa supremacia face à “ordem jurídica brasileira” (SARMENTO, 2006, p. 314).

Apesar do rigor, Sarmiento (2006) explica que não visa desprestigiar o interesse público num retorno à supremacia do indivíduo ou individualismo de modelo liberal-burguês e nem ao patrimonialismo. O que se pretende é adequar o princípio à nova ordem constitucional brasileira.

Para tanto, ele apresenta os pontos de dicotomia tradicionais entre interesse privado e público com a correspondente crítica, a saber: 1) ao critério de prevalência

de interesses, Sarmento (2006) observa que mesmo os direitos “privados” (civil e empresarial) abundam de normas de ordem pública e, por sua vez, o Estado deve respeito aos direitos humanos, eminentemente interesse individual, 2) natureza das relações jurídicas travadas de coordenação (típica nas relações de direito privado) e subordinação (relações de direito público) em contraponto à tendência de consensualidade e 3) subjetiva, sendo certo que, independentemente do ramo jurídico – privado ou público – a Constituição regulará as relações.

Nessa linha, Sarmento (2006, p. 325-326) pretende comprovar a diluição da dicotomia entre o direito público e o direito privado, numa *privatização do público* e de uma *publicização do privado*.

(...) torna-se cada vez mais irreal a idéia de soberania, neste quadro em que os agentes econômicos se emancipam das normas impostas pelos Estados (...).

Embora o fenômeno da inflação persista, o monopólio estatal na produção de normas torna-se uma miragem, na medida em que os atores econômicos passam a reger suas atividades por uma *lex mercatoria*, criado difusamente pelo próprio mercado, em detrimento do Direito produzido pelas fontes tradicionais dos Estados (...). E o mesmo pode-se dizer em relação a outras tarefas eminentemente estatais, como a jurisdição – veja-se o crescimento da arbitragem e de outros meios alternativos de solução de conflitos (...)

A supremacia do interesse público sobre o privado, portanto, não tem razão jurídica de ser, tendo por base tão-somente conceitos *organicistas* – que preconizam o interesse público como “algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política” – e *utilitaristas* – que confunde o interesse público com os interesses particulares conforme uma “fórmula para sua maximização”, qual seja, atender ao maior número possível de interesses (SARMENTO, 2006, p. 331).

Sarmento (2006) sugere, como forma de interpretação do interesse público conforme ao ordenamento jurídico brasileiro vigente, a ponderação equilibrada dos interesses, pautada pelo *princípio da proporcionalidade*. Logo, confrontando os conceitos, entende que o indivíduo não pode ser visto como meio, mas como fim em si mesmo, um valor em si, de forma que a teoria organicista é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, desconexa com a Carta Magna em vigor no Brasil. Citando Justen Filho, afirma-se que o organicismo levaria à legitimação de regimes totalitários.

Por outro lado, rechaça o fundamento da teoria utilitarista, visto que pode criar distorções se acatado, por exemplo, critério de *peso total dos interesses* das pessoas e não apenas quanto ao *número de pessoas interessadas*. Dessa forma, adotaria direitos fundamentais com peso menor para algum grupo, contrariando a CR/88 que dispõe sobre cláusulas pétreas. Sarmiento (2006), ao citar Peter Singer, utilitarista, demonstra o absurdo de uma “eutanásia não voluntária” para pessoas doentes mentais, já que a vida dessas pessoas causa sofrimento aos parentes e à sociedade. Logo, a CR/88 não pode adotar a teoria utilitarista.

Apesar da crítica aos administrativistas, deve-se reconhecer que, em alguns momentos, Sarmiento rende-se à ideia generalizada do conceito de interesse público. A sua inovação está em conceber o interesse privado *quando* direito fundamental. Veja-se essa passagem que encontra correspondência à de Mello (2008), quando conceitua o interesse público como resultado de todos os interesses dos membros da sociedade - cidadãos:

(...) é necessário verificar se, de fato, existe na situação concreta um verdadeiro conflito entre interesse público e privado. E aqui é importante destacar que, com grande frequência, a correta inteligência do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre este e os interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualificarem como direitos fundamentais. Isto porque, embora os direitos fundamentais tenham valor intrínseco, independente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato inconsteste que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica o bem-estar geral. (...) Neste ponto, é de se destacar a importância do reconhecimento doutrinário da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se liga à compreensão de que eles não só conferem aos particulares dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se liga à compreensão de que eles não só conferem aos particulares direitos subjetivos – a tradicional dimensão subjetiva –, mas constituem também as próprias “bases jurídicas da ordem jurídica da coletividade” [Konrad Hesse]. (...) *Até porque, o interesse público, na verdade, é composto pelos interesses particulares dos componentes da sociedade*, razão pela qual se torna em regra impossível dissociar os interesses públicos dos privados. (Sarmiento, 2006, p. 353-356, grifos acrescidos)

Diz o mesmo que Mello (2008) e Moreira Neto (2006), mas, em outra parte, repudia “o dogma vigente entre os publicistas brasileiros, da supremacia do interesse público sobre o particular”, que “parece ignorar nosso sistema constitucional” (Sarmiento, 2006, p. 359).

Sarmiento (2006) afirma, ainda, que o simples rol do art. 5º, CR/88 é exemplo de que já não existe supremacia do interesse público. Recorre ao exemplo de

Gustavo Binenbojm, qual seja, a indenização prévia, justa e em dinheiro para desapropriar (art. 5º, XXIV, CR/88).

Sobre isso, duas ressalvas são válidas.

Acontece que vários dos direitos fundamentais mencionados no referido artigo constitucional já eram previstos nas Constituições anteriores. A diferença era que ficavam ao final da Constituição – o que parece comportar teor ideológico - e havia menor generosidade à positivação dos Direitos, suplantada pela atual Constituição brasileira.

Por outro lado, o exemplo da desapropriação é infeliz, *data venia*. Isso porque o velho – mas ainda vigente – Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941 (em pleno Estado Novo), que trata da desapropriação por utilidade ou necessidade pública, determina que o expropriante só poderá imitir-se na posse dos bens que declarou desapropriados por utilidade pública se alegar “urgência” e “depositar quantia arbitrada” (art. 15). Logo, prévia e em dinheiro.

Isso porque a simples declaração de utilidade pública, por si, não confere poder à Administração de se apossar do bem, devendo existir a discussão prévia para a indenização com os legitimados à indenização, em sede administrativa ou judicial, admitindo-se até o “acordo” (art. 10 do DL nº 3.365/41). Se há praxe contrária, ela é *contra legem*, lamentavelmente. Claro que se trata, aqui, de desapropriação ordinária, e não sancionatória (arts. 184 a 186 e 182, §4º, III, CR/88) ou confiscatória (art. 243, *caput*, CR/88), excepcionais e constitucionalizadas.

Sarmiento (2006, p. 362), no entanto, alerta que não há direito absoluto e mesmo os direitos fundamentais devem ser analisados conforme a sistematização doutrinária do chamado “limites dos limites”, que, em outras palavras, é o princípio da proporcionalidade, admitido no Direito Administrativo desde a Lei de Ação Popular no art. 2º, parágrafo único, *d*.

Entram aí em questão os chamados “limites dos limites”, que, de acordo com a sistematização doutrinária mais frequente, envolvem: (a) sua previsão em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas; (b) o respeito ao princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (c) o não atingimento do núcleo essencial do direito em questão.

Chega-se a afirmar que “nem todo interesse público possui berço constitucional” e, portanto, não pode “postular sua prevalência sobre tais direitos”

(SARMENTO, 2006, p. 364), sem deixar de cair no mesmo equívoco dos administrativistas, por não se definir o interesse público:

Ora, seria difícil pensar numa limitação mais vaga e indeterminada aos direitos fundamentais do que a proteção do interesse público. *Afinal, o que é o interesse público?* Certamente, pessoas idôneas, de boa-fé, divergirão profundamente sobre o que o interesse público postula em cada caso. (...) De fato, numa sociedade plural e heterogênea, em que grupos diversos defendem interesses não convergentes, mas nem por isso menos legítimos, todos merecedores da tutela estatal, fragmenta-se ao extremo a noção de interesse público, cuja definição, em cada caso, torna-se cada vez mais dependente de decisões discricionárias. (2006, p. 366, grifos acrescentados)

Embora indique a dependência de “decisões discricionárias”, Sarmento (2006, p. 367), em outro ponto, admite que o princípio da proporcionalidade, advinda da dogmática germânica e hoje aceita na doutrina e jurisprudência brasileiras, pode funcionar como critério de solução jurídica conforme as “nuances do caso concreto” de forma “que harmonize, na medida do possível, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sem optar pela realização integral de um, em prejuízo do outro.”

Uma questão que se coloca para o sistema preconizado por Sarmento (2006) é saber quem ou qual órgão estatal poderá dizer o que seja o interesse público e aplicar essas regras de técnica hermenêutica propostas, ressaltando que o próprio autor critica o ativismo judicial em nota de rodapé afirmando que “este ativismo indiscriminado representa um risco não negligenciável para o princípio democrático.” (2006, p. 375). Ainda mais se considerar que Sarmento discorda da ideia de que o princípio da proporcionalidade seja aplicável *apenas* à medida restritiva de direitos fundamentais, alcançando “outras situações, para impor racionalidade e moderação aos poderes públicos no trato com o cidadão.” (2006, p. 376)

A síntese da posição de Sarmento é que se há direito fundamental na balança dos interesses, ele prevalecerá contra a Administração Pública. Nos casos em que essa categoria de direito estiver ausente “o escrutínio judicial da conduta estatal deve ser mais cauteloso, prevalecendo, na dúvida, a decisão já adotada pelo Poder Público” (Sarmento, 2006, p. 378)

Veja-se que o debate atual está polarizado por critérios adotados entre constitucionalistas e administrativistas. No entanto, parece que o foco é equivocado. Isso porque o *interesse* – público ou privado – em Direito integra seara própria, de teoria geral do direito, permeando *todos* os ramos jurídicos. E quando se diz dos

fundamentos do Direito, a história jurídica é tributária da universal, merecendo reflexão contextualizada dos conceitos jurídicos que a nós chegaram.⁹² Frise-se “reflexão” porque, recorrendo a Wisnik, “o importante não é *conservar* a tradição, mas *conversar* com ela” (*Apud* LOPES, 2006, p. 124).

Tanto é assim que Di Pietro (2009) e Sarmiento (2006), nas abordagens doutrinárias sobre o princípio em comento, remetem ao Direito Romano e à clássica definição dicotômica do direito privado e direito público alguns fundamentos da supremacia do interesse público, qual seja: o direito público diz respeito ao estado da coisa romana; privado, à utilidade dos indivíduos.

Embora o Direito Romano não ofereça adequada colaboração ao Direito atual, por causa da incompatibilidade de vários ramos⁹³ e o fato de que há a tendência de abolição da dicotomia,⁹⁴ parece que o *modus* administrativo da Roma antiga atravessou os séculos.

Isso se explica, em grande parte, pelo fato de que o objeto do Direito Administrativo é a administração pública criada pelo ordenamento, concebida como o Estado dinâmico,⁹⁵ motivo porque o ato administrativo é um de seus fundamentos, enquanto que o objeto do Direito Constitucional é a norma constitucional, concebida como o Estado estático, cujo núcleo é o ato político.

Em ambos os ramos jurídicos percebe-se a submissão dos agentes à lei em sentido lato, afastando-se, portanto, do ranço absolutista que imperou antes do nascimento do Direito Administrativo, datado do século XIX. Em outras palavras, antes do advento desse ramo jurídico, havia, sim, administração porque ínsito a qualquer sociedade minimamente organizada, porém, sem a égide do Estado de Direito caracterizado pelo respeito a direitos individuais e separação de funções.

Sem a limitação do poder estatal na organização administrativa, dava-se margem a arbitrariedades.

⁹² Rivero (1995, p. 76), nesse sentido, afirma a importância do estudo da origem histórica do direito mesmo em direito comparado porque “a razão, ainda aqui, está no poder de conservação do Vocabulário. As palavras da língua jurídica refletem as categorias fundamentais herdadas, com elas, das origens do sistema, tornando, assim, valor de hábitos mentais e acabando por adquirir a aparência de necessidade.”

⁹³ Basta dizer que o instituto “família” integrava o Direito Público no Direito Romano, ao contrário de hoje, entendido como ramo do Direito Privado.

⁹⁴ Castro (1968) já dizia, em meados do século XX, da tendência de extinção da dicotomia “público e privado” em face das novas realidades jurídicas em curso naquela época que, com o passar do tempo, não fez outra coisa senão aumentar.

⁹⁵ Nesse sentido, Lima (1954, p. 23, grifos acrescidos) já afirmava que “cabe, em princípio, ao Poder Executivo o *desempenho* da administração pública. Administração, segundo o nosso modo de ver, é a *atividade* do que não é proprietário”.

É certo que os romanos não tiveram a preocupação de estruturar, como ramo separado do direito, o Direito Administrativo, dadas as circunstâncias peculiares de constituição do extraordinário império conquistado e mantido pelas armas, sua extensão e a diversificação de povos sob seu domínio, e também da predominância da mentalidade civilística (...), pois as relações de direito público, além de variáveis em Roma, de acordo com a época e a forma de Governo, eram consideradas como matéria de exercício do poder, que era quase sempre absoluto e sujeito a golpes de Estado ou revoluções. (ARAÚJO, 2007, p. 7)

Outro dado importante é a presença de vários institutos e temas de Direito Administrativo no Direito Romano⁹⁶ e o fato de que a “Administração” daqueles tempos comparecia perante as pessoas numa relação desigual, em que o Imperador e, por delegação, seus agentes de autoridade, eram a lei viva e, assim, não submetida a qualquer outro princípio de autoridade.

Tais fatos históricos da existência de uma administração dos governos de cunho absolutista, preservando-se em exercício de poder e numa clara relação de subordinação perante os particulares parece, ainda, permear as relações entre a entidade pública e as pessoas não-estatais. No entanto, parece, também, ser muito mais um problema político que, propriamente, da alçada do Direito Administrativo.

É que a Administração Pública, objeto do Direito Administrativo, envolveu-se em relações jurídicas *submetidas a um ordenamento jurídico*. Se a sistematização e autonomia desse ramo jurídico é tributada ao surgimento do Estado de Direito, deve-se ter presente a distinção, portanto, do que seja o *Estado-ordem jurídica* do *Estado-sujeito de direito*, conforme magistério de Vilhena ao citar Maurer (1996 e 2002).⁹⁷

O princípio da *supremacia* do interesse público não está positivado, escrito, em lugar algum do ordenamento jurídico brasileiro. Porém, ela é real e presente de forma sistemática na medida em que preserva o Estado-ordem jurídica de situações-limite⁹⁸ nas quais poderia deixar de existir ou ter suprimida a sua potestade que se

⁹⁶ Cite-se o meio de restrição da propriedade pela Administração Pública denominada “requisição militar”, feita para preservar a defesa ou soberania nacional, hoje, e que, na Roma antiga, constituía-se em poder delegado aos comandantes quando em deslocamento de contingente para preservação do domínio romano. Araújo (2007) cita Cretella Júnior a quem se atribui a identificação, no Digesto, de cerca de 40 temas de Direito Administrativo. Rivero (1995, p. 80), por sua vez, aponta falta de “herança romana direta” ao Direito Administrativo, atribuído ao “fraco desenvolvimento” do Direito Público em Roma, mas afirma ser impossível “isolar totalmente o direito administrativo do conjunto do país que ele rege” exigindo do estudioso administrativista comparado o conhecimento do “conjunto do direito positivo (direito constitucional e direito privado) do país considerado.” (p. 49-50)

⁹⁷ Eros Grau, de modo análogo, menciona distinção do *Estado-ordenamento* do *Estado-aparato* em: GRAU, Eros Roberto. Da arbitralidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória, Revista de Direito Bancário e Arbitragem, ano 18, n. 401, out./dez. 2002.

⁹⁸ Mencione-se, como exemplo, a excepcionalidade da intervenção pela União nos Estados e Distrito Federal (art. 34, CR/88), o estado de defesa e de sítio (arts. 136 a 139, CR/88), a configuração de

justifica não para sujeitar o cidadão ou os interesses alheios, mas, sobretudo, para garantir a submissão de todos – inclusive do Estado-sujeito de direito – à norma.

Diz-se do princípio da dignidade humana, pela qual se procura garantir o mínimo existencial e o gozo de direitos do cidadão pelo simples fato de o ser. Mas, de outro lado, não se pode olvidar das normas constitucionais indicativas do princípio de preservação do Estado-ordem jurídica que tem todo o direito – prevista no ordenamento jurídico brasileiro - de reclamar existência.⁹⁹ Afinal, afirma Vilhena (1996, p. 22), “fora do direito, o Estado é uma abstração (...), pois a organização estatal pressupõe a norma, e esta, a legitimação.”

Dessa forma, a garantia de existência do Estado é um direito humano.¹⁰⁰ Aliás, a simples condição do indivíduo como pessoa (nos termos da lei civil) ou de cidadão (nos termos constitucionais e de direito internacional público) pressupõe o Estado – pessoa jurídica de direito público interno e externo - como garante.

[O Estado] se considera a princípio como ente moral, isto é um complexo de pessoas humanas liberal ou necessariamente associadas pelo bem comum, sob qual aspecto é igual a todas as associações ou instituições pela qual

crime de responsabilidade do Presidente da República os atos atentatórios à existência da União, segurança interna do país e cumprimento das leis e decisões judiciais (art. 85, I, IV e VII, CR/88), a disposição de que a República Federativa do Brasil é formada pela “*união indissolúvel* dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (art. 1º, *caput*, CR/88, grifos acrescidos). No aspecto do Direito Administrativo, a comprovar a assertiva, deve-se ter presente a função dos institutos que garantem a existência do Estado: é o caso dos precatórios em contraponto à impossibilidade de falência do Estado, é a constituição da sociedade de economia mista sob a forma de sociedade anônima, que, sem *affectio societatis*, desvincula a perpetuidade da companhia da vontade de um ou alguns acionistas privados, a impossibilidade de adjudicação de bens públicos se afetadas a finalidades públicas, garantias na concessão pública como a intervenção para assegurar a “adequação na prestação do serviço” (art. 32, Lei n.º 8.987/95).

⁹⁹ Antes que se venha a se perder por discussões de quem teria maior probabilidade de êxito na queda de braço entre Estado *versus* Cidadão, é interessante apontar duas teorias matemáticas do início do século XX que, de certa forma, buscaram enfrentar o comportamento de contendores sob o prisma da Matemática. Uma teoria, desenvolvida por John von Neumann e Oskar Morgenstern, denominada de “Teoria dos Jogos” defende que, em apertada síntese, todo jogo de estratégia o resultado final é, sempre, zero, ou seja, um lado ganha, enquanto o outro, perde, entre pessoas que se comunicam em busca do resultado final. John Nash, posteriormente, estudando a obra de Newmann e Oskar - *The Theory of Games and Economic Behavior* – percebeu a falha na teoria que só garantia êxito em jogos de duas pessoas e não mais que isso, faltando aos jogos de soma “não-zero” um vácuo a enfrentar, tarefa que tomou para si e resultou no “Equilíbrio de Nash”, teoria em que demonstrou o “problema da barganha” entre seres isolados, que não se comunicam, mas que, independentemente do comportamento alheio, chega-se a resultados únicos, *inclusive* do ótimo possível, em que todos saem com o satisfatório. NASAR, Sylvia. **Uma mente brilhante**. 8. ed. Trad. Sérgio Moraes do Rego, Rio de Janeiro: Record, 2002, 585p.

¹⁰⁰ Para se ter ideia da relação direitos humanos – fartamente lembrado no artigo de Sarmiento (2006) – com a existência do Estado, indica-se: Gattaz, André. **A guerra da Palestina**: da criação do Estado de Israel à nova intifada. 2. ed. São Paulo: Usina do livro, 2003, 239p. Essa obra mostra como a criação do Estado de Israel com o consequente desalojamento de árabes da região provocou, curiosamente, uma multidão de apátridas que pleiteiam, até hoje, o direito de restabelecimento de um Estado palestino.

tenha sido criada pelos usuários, pela lei, ou pela natureza das coisas. Considera-se também como ente político para fins próprios e essenciais do Estado e da Administração Pública. Considera-se também como ente civil para os efeitos e para os atos que tem conforme o direito comum com as pessoas privadas.¹⁰¹

Não à toa, Lima (1954) já indicava que o princípio fundamental do Direito Administrativo é o *princípio de utilidade pública* que, de outra forma, é o princípio do interesse público hodierno se visto sob o prisma de cumprimento de finalidades públicas,¹⁰² de conteúdo muito mais político que jurídico.

A utilidade pública dá-nos, por assim dizer, o traço essencial do Direito Administrativo. A utilidade pública é a finalidade própria da administração pública, enquanto “provê à segurança do Estado, à manutenção da ordem pública e à satisfação de todas as necessidades da sociedade”. Não tem, todavia, o princípio de utilidade pública conteúdo jurídico. (...) (...) bem ao contrário, às ciências não-jurídicas que, como a Sociologia e a Política e a Ciência da Administração, prestam subsídio à obra da lei e do governo, cabe a determinação do largo e variável conteúdo desse princípio fundamental do Direito Administrativo. (LIMA, 1954, p. 15-16)

Por esse motivo, qual seja, para a consecução da finalidade – ou interesse – público, “o Estado, como *sujeito de direito*, atua dentro das legitimações e/ou competências que lhe outorga o Estado-ordem-jurídica.” (VILHENA, 1996, p. 31)

E na atuação administrativa hodierna não é difícil precisar que a Administração Pública, como sujeito de direito, está despida daquela conotação de *potestade soberana* de que diz Rivero citando Otto Mayer (1995), apresentando-se o ente administrativo como mera *potestade pública*, vinculada à norma que, claro, inclui as normas constitucionais,¹⁰³ como mencionado por Sarmiento (2006) quando preconiza o princípio de juridicidade – a obediência ao ordenamento como um todo – que, por sua vez, remete ao princípio de constitucionalidade de Moreira (2003) ou Kelsen (1994) com as “leis-quadro”.

De fato, muito mais com relação ao estado do sujeito envolvido na relação jurídica, o interesse, o ramo do Direito, deve-se atentar qual o *status* imposto pela lei

¹⁰¹ Tradução livre de Meucci (1909, p. 174): “[Lo Stato] si considera in prima come ente morale, cioè um complesso di persone umane liberamente o necessariamente associate pel bene comune, nel quale aspetto è eguale a tutte le associazioni od istituzioni per qual che sai fine create dagli usi, dalla legge, o dalla natura delle cose. Si considera come ente politico pe’ fini proprii ed essenziali dello Stato e dell’amministrazione pubblica. Si considera anche come ente civile per gli effetti e per gli atti che ha per diritto comune colle persone private.”

¹⁰² Conforme Di Pietro (2009), Carvalho Filho (2008), já mencionados.

¹⁰³ Esse valor de limitação do poder pela norma constitucional já era mencionada pelo Marquês de São Vicente, Bueno (2002, p. 101), quando afirma que “o que respeita aos limites e atribuições dos poderes políticos é constitucional e não pode ser alterado pelas legislaturas ordinárias. Sem dúvida não é lícito usar da delegação ordinária do povo contra o direito fundamental do povo.”

àquela *relação jurídica* travada por meio de uma revisão da teoria dicotômica do direito partindo-se:

a) do reexame dos conceitos jurídicos fundamentais; b) dos planos de seu correlacionamento; c) da eficácia jurídica e das técnicas em que se revela o grau de intensidade de seu asseguramento; d) do conteúdo da *relação jurídica* e de sua função distributiva de efeitos diversos, na tutela dos interesses. (VILHENA, 1996, p. 33)

Nesse diapasão, é interessante observar que mesmo os doutrinadores do Brasil imperial tinham muito presente essa distinção do Estado quando na relação jurídica típica do direito privado e, portanto, alheio à supremacia de interesse.

(...) quando um regulamento, ou um outro ato dele, com um tratado, afeta direitos individuais, então a interpretação doutrinal pertence ao tribunal judiciário desde que este for competente para conhecer da questão, por isso mesmo que a matéria perde então o caráter puramente administrativo, entra no Direito Comum, e tem de ser decidida de acordo com os termos deste. (Bueno, 2002, p. 142)

Verdade que mesmo contratos administrativos contém as chamadas *cláusulas derogatórias do direito comum*, porém não se pode esquecer que ditas cláusulas exorbitantes são dispostas no ordenamento e, portanto, de conhecimento prévio da outra parte que contrata com o Estado-sujeito de direito, impedido de renunciar às prerrogativas impostas pelo Estado-ordem jurídica a ambas as partes. Tal impedimento decorre de mera disposição legal de competências.¹⁰⁴

O Estado-ordem jurídica é soberano e, somente nessa posição, é que detém posição suprema perante todos, inclusive ao Estado-sujeito de direito, porque, já

¹⁰⁴ Aliás, Vilhena (1996), com perspicácia, observa que mesmo as relações jurídicas encampadas pelo Direito Privado, em última análise, estão vinculadas ao Estado-ordem jurídica. Citando Jellinek, afirma que “sem *direito público* não há *direito privado*” (p. 41). Na arbitragem, ainda que aplicada a relações societárias, típicas do ramo privado, como sociedade de economia mista, por exemplo, se verifica essa realidade, uma vez que matérias de ordem pública podem obstar a constituição do juízo arbitral. Nesse sentido, veja-se artigos de VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Sociedade limitada – Arbitragem nos conflitos societários. In: RODRIGUES, Frederico Viana. **Direito de Empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 339-367 e as propostas de alteração da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a Lei de Sociedade Anônima - LSA - feitas por BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. **Revista de Direito Bancário, do mercado de capitais e da Arbitragem**. São Paulo: RT, v. 8, p. 39, 2000. Neste artigo, cita-se ação que resultou em acórdão n. 1.0000.00.199.781-6/001(1), j. 07/08/2001 e DOMG 07/09/2001 da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG – pelo qual se anulou acordo de acionistas de sociedade de economia mista por configurar perda de controle acionário do Estado e que, ademais, não só instituiu a arbitragem como forma de solução de controvérsias entre acionistas na referida companhia, como elegia a Câmara de Comércio Internacional de Paris, na França. Por fim, cite-se a crítica à teoria do contrato administrativo em: ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, 194p.

dizia Castro (1968, p. 219), “soberania (...) é a competência para determinar a competência.” Não é outra a face do princípio constitucional administrativo da *legalidade* pela qual a Administração Pública, como sujeito de direito, submete-se ao Estado, ordem jurídica, detentor único e exclusivo de potestade soberana,¹⁰⁵ que, em última análise, pertence ao povo conforme parágrafo único do art. 1º, CR/88.

Vê-se, portanto, que as críticas ao princípio da supremacia do interesse público ao interesse privado não distingue essas duas realidades estatais presentes – paradoxalmente - numa só pessoa jurídica. Parece que não se deve contestar essa supremacia, existente no ordenamento, mas procurar distinguir, caso a caso, a relação jurídica travada entre o Estado e a pessoa para determinar, afinal, como o Estado ali comparece: se como sujeito de direito e, portanto, numa relação de coordenação e de paridade com a outra parte, ou ordem jurídica, numa relação de subordinação.

Mesmo porque relações de “*coordenação* e/ou de *subordinação* consistem em técnicas de aproveitamento da relação social, para a realização de interesses humanos, implantadas e condicionadas pela ordem jurídica, dentro de um sistema hierarquizado de valores jurídicos.” (VILHENA, 2002, p. 92)

Se a Administração Pública comparece como sujeito de direito, evidentemente, não caberá supremacia de seus interesses. E se tal infração ocorre, ela será alheia à *vontade normativa* que deve permear a atuação do agente estatal no exercício de suas funções, jamais por inexistência do interesse público em relação de coordenação.

Essa espécie de interpolação acarreta conseqüências mais danosas para a posição do indivíduo na relação jurídica. Por ela estabelece-se, como que juridicamente, uma *subordinação* do indivíduo ao *Estado-sujeito-de-direito*, aqui interpolado na figura do *Estado-ordem-jurídica*.

Consumada a interpolação, crê-se, aparentemente, que o indivíduo esteja em relação subordinativa em face da *ordem jurídica*, da *norma*, da *lei*.

Na realidade, porém, estará ele servindo – e não relacionado – a outro sujeito, o Estado, que se apoderou das duas figuras e as acumulou em um dos pólos da relação jurídica – o *Estado-sujeito-de-direito* – com as propriedades e características do *Estado-ordem-jurídica*.

A apropriação generalizada desse tipo de interpolação disfarça o despotismo estatal e serve ao domínio (*Herrschaft*), à potestade indiscriminada e absoluta (*Herrschaftsgewalt*). (VILHENA, 1996, p. 39-40)

¹⁰⁵ Ponto, aliás, que Rivero (1995, p. 109) considera presente em todos os Estados, possibilitando, por esse critério, a referência em direito comparado de Direito Administrativo, apesar da diversidade de vinculação - ao direito comum ou privado, como a tradição inglesa, anglo-saxônica, ou ao direito especial: “Todos os Estados modernos se declaram ligados ao Direito”. Assim, a “soberania, em direito interno, é considerada como um dado absoluto.”

Portanto, toda crítica parece ter origem na confusão do interesse público do Estado-sujeito de direito com o interesse público do Estado-ordem jurídica. O interesse público, nas relações com a Administração Pública, e, portanto, na qualidade de sujeito de direito, é o resultado democrático da junção da vontade do Estado-ordem jurídica (uma vez que a Administração só pode atuar dentro da lei) com as vontades dos particulares (que também se obrigam a observar as leis) para a formação da *vontade normativa*.

Por esse motivo, toda infração à legalidade gera vício do ato administrativo por *desvio de poder*, já que o agente atuou com *vontade anímica*, pessoal, e não *normativa*. Não obstante, a confusão, em Direito Administrativo, das duas situações possíveis do Estado numa só, para sacramentar a supremacia a qualquer custo, remonta à sua própria origem.

Visconde de Uruguay (1862, p. 142), por exemplo, criticava ferozmente aquilo que chamava de “espírito nivelador dos tempos” que “sómente se preocupava dos interesses e direitos do individuo, não dos da sociedade, e que embellezado nas theorias sobre a independencia do Poder judicial, que aliás violava, não via fóra delle nem garantias nem justiça.”

É que os assuntos contenciosos administrativos eram levados, durante curto período no Império, para apreciação judicial o que, para Visconde de Uruguay, contrariava o interesse público. De fato, é interessante observar que o próprio acesso à justiça, segundo Koerner (1998), era garantido para litígios *entre particulares* porque, *contra o governo não se admitia que o cidadão pudesse fazê-lo*, caso contrário, o *interesse público estaria subjugado ao interesse privado*.

Se havia, no período imperial, qualquer pretensão do cidadão contra o Estado, devia empreender na via de jurisdição administrativa, vedado ao Poder Judiciário apreciar tal matéria. Aliás, Bueno (2002, p. 142) afirma que a própria “interpretação doutrinal, mas mesmo autêntica dos seus regulamentos, que nunca devem exceder de suas atribuições” é feita pela própria “autoridade legítima que os decreta, modifica e revoga, é quem esclarece, ou declara seu próprio ato.” Assim, o próprio “Poder administrativo” julgava suas supostas falhas e realizava a interpretação autêntica de seus atos.

Visconde de Uruguay (1862, p. 143, grifos acrescidos) demonstra pasmo com as sentenças judiciais que, durante algum tempo, foram proferidas contra a Fazenda Pública, que, sem demora, foram tomadas sem efeito prático pelo Poder Legislativo conforme o art. 31 da Carta de Lei de 24 de outubro de 1832, determinando que não seria reconhecida a condenação judicial senão depois de deliberado pelo “Tribunal do Thesouro – (...) e sua inscrição no *grande livro* da Dívida Publica.”

Esta disposição era um attentado contra o Poder judicial, cuja independencia violava abertamente, arrogando-se o Legislativo a faculdade de revêr e inutilisar decisões soberanas e independentes.

Em lugar de reconhecer-se a impropriedade do Poder judicial para decidir certas questões, de sujeita-las ao contencioso administrativo rodeado de certas garantias e formalidades, mais sujeito á fiscalisação das Camaras, procurava-se o remedio na violação flagrante da independencia de outro Poder! (VISCONDE DE URUGUAY, 1862, p. 144)

Nada mais elementar forma de pensar, haja vista que Visconde de Uruguay (1862, p. 87) afirma ser o Estado aquele que

personifica o interesse publico, e tem de absorver, ou modificar necessariamente certos direitos e certos interesses individuaes, sacrificando-os aos geraes. Querer applicar, diz Chauveau Adolphe, ao Estado assim considerado, as maximas do Direito Civil, os empecilhos da jurisdicção ordinaria, seria desconhecer as regras as mais vulgares da conservação da sociedade.

Apesar dessa posição publicista, Visconde de Uruguay (1878, p. 88) lamenta a deficiência da legislação ao não oferecer garantias suficientes aos interesses particulares para evitar o arbítrio. Menciona, como meio de garantia, a organização de “audiencia, de discussão, de exame, de conselho, de publicidade e de recurso, para a consideração dos assumptos.”

Essa situação causa arrepios à doutrina administrativa atual, porém, deve-se ressaltar que o doutrinador do Império tinha fortes e fundadas razões para fazer a defesa intransigente de um interesse público, por assim dizer, absolutizado. Lima (1954) ressalta que, no período imperial, a Administração Pública brasileira era regida pelos princípios de direito privado - com exceção do contencioso administrativo - de conotação patrimonialista e, além disso, as próprias faculdades de Direito mantinham grades curriculares que prestigiavam o Direito Privado, de cunho liberal. Veja-se a curiosa situação de que dá notícia Visconde de Uruguay (1862, p. 144-145):

Entretanto anteriormente á lei citada de 4 de Outubro, a de 27 de Agosto de 1830, nos arts. 7.º e 8.º havia determinado que as reclamações que competião tanto aos collectores como aos collectados contra o lançamento da Decima (contencioso administrativo) serião feitas perante o Juizo de Paz, e decididas por arbitros, dando-se recurso dos arbitramentos, nesta Provincia para o Thesouro, e nas outras para as juntas ou administrações de Fazenda, e o Decreto de 7 de Outubro do mesmo anno tinha regulado a fôrma desse processo administrativo. Por certo que não erão negocios de natureza voluntaria. (...)

Embora esse modo de proceder (depois abandonado) fosse defeituosissimo, porque collocava as Repartições de Fazenda na dependencia de Juizes de Paz, e de arbitros, muitas vezes hostis aos interesses fiscaes, comtudo, porque a final dava recurso para a mesma Fazenda, era de natureza administrativo. E como as reclamações não podião deixar de ser fundadas em um direito, era de natureza contenciosa administrativa, aquelle mesmo procedimento.

Foi esse o primeiro enfesado e illegal ensaio do contencioso administrativo entre nós.¹⁰⁶

Ávila (1999), ao que parece, equivoca-se ao afirmar não ser o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado um princípio jurídico ou norma-princípio porque toda a problemática não passa de problema político e não apenas jurídico.¹⁰⁷

Curiosamente, administrativistas como Mello (2008), fundados no pensamento do italiano Renato Alessi, buscaram distinguir graus de interesses públicos, contradizendo o posicionamento da supremacia do mesmo interesse, a

¹⁰⁶ Ressalte-se que os árbitros, aqui, parecem deter função muito mais de arbitramento – fixação de valor devido a título de tributo - que propriamente arbitragem – julgar o fato e o direito, como já mencionado em passagem de discussão do caso Lage, nessa dissertação, embora o Visconde adote posição contrária, ou seja, de contencioso administrativo. E o fato de aspectos tributários serem tratados em manuais de Direito Administrativo têm sua razão de ser porque a “administração fazendária” era nada mais que um capítulo nesses manuais, tendo o Direito Tributário ganhado *indiscutível* autonomia como ramo do Direito Público com o advento do Código Tributário Nacional – CTN, em 1966.

¹⁰⁷ Nesse sentido, vale, para os dias atuais, a reflexão promovida por Visconde de Uruguay (1862, p. 15): “Separar completamente o Direito administrativo do constitucional, diz Laferrière, fôra tirar-lhe a sua razão de existência.” Não se propõe, aqui, a unificação desses ramos jurídicos, obviamente, mas precisar até que ponto a autonomia e o estudo fragmentado deles prejudica uma interpretação conforme o ordenamento jurídico brasileiro da supremacia do interesse público, evitando a apropriação do termo pelos agentes públicos – em sentido lato – para se imunizar da participação democrática, do controle de seus atos cuja tendência é ampliar a discricionariedade administrativa (Di Pietro, 2009), enfim, do entendimento do poder como dever (Mello, 2008) e serviço como a própria palavra “Administrar” do latim “ad+ministrare” (para servir) pressupõe. Sobre a relação de ordem/desordem dos conceitos jurídicos seria interessante rememorar tanto Bobbio (1999, p. 21) que afirma que “Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”, como Telles Júnior (2006) que aponta a relação da Biologia com o Direito numa perspectiva daquilo que ele denominou de “Direito Quântico” numa formação original do pensamento jurídico conforme a colaboração do universalismo de Einstein em contraponto ao mecanicismo de Newton, e, por fim, mais recente, o pensamento que aponta o positivismo como sistema de aplicação indeterminada, sendo a moral integrante da norma, que o Direito não pode estar em descompasso com as forças políticas, mas dentro de uma visão pragmática jurídico-política a fim de seguir a vontade do legislador: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

que chamaram de interesses públicos *primários* e *secundários*.¹⁰⁸ Ou seja, há um tipo de interesse que não é supremo, embora continuem a afirmar tal princípio como axioma do Direito Administrativo.

Nessa perspectiva, a aplicação da Arbitragem na Administração Pública para alguns,¹⁰⁹ acompanhado pelo entendimento da jurisprudência,¹¹⁰ seria permitida, já que a composição de litígios envolvendo entes diretos ou indiretos administrativos teria em causa os interesses públicos secundários.

Isso porque seriam contratos relacionados a direitos patrimoniais e que, portanto, seriam disponíveis se não fosse o Estado o outro sujeito da relação jurídica, passível de transação. Nesse contexto, vale recordar Renato Alessi que apontou a distinção entre o interesse público primário, que é o “complexo de interesses prevalentes na sociedade” do secundário, que seria “composto pelos interesses que a Administração pode ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais em sentido lato”.¹¹¹

A interpretação possível, portanto, seria de que o Direito Administrativo autoriza a transação em determinadas situações por suas regras e princípios. Exemplo disso é a garantia do equilíbrio econômico e financeiro de um contrato administrativo que não visa outra coisa senão o “respeito mútuo de interesses” no qual “enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva”. Quer dizer, o contratante pode requerer a readequação das cláusulas contratuais se comprovar relevante alteração da realidade social e econômica, a onerar-lhe em demasia. (MELLO, 2000, p. 560)

Araújo (2003, p. 483) diz que “em verdade, o equilíbrio econômico-financeiro representa, sim garantia do contratado, mas, por isso mesmo e em mesma medida, proteção ao interesse público”. Daí poder-se concluir com a exposição anterior de que o interesse público não é totalmente divorciado do interesse particular.

¹⁰⁸ Essa teoria será melhor abordada no tópico 2.2.4, mencionando-se aqui, apenas *en passant*, para fins argumentativos à supremacia. Lá, se tratará da indisponibilidade.

¹⁰⁹ Caso de Lemes (2007), Cardoso (2009).

¹¹⁰ Cite-se: REsp 1.119.377/SP, 1ª Seção do STJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 26/08/2009, DJ 04/09/2009, cuja ementa aduz que Ministério Público não pode atuar em favor de interesse público secundário, a cargo das Advocacias Públicas; MS 11.308/DF, 1ª Seção do STJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09/04/2008, DJ 19/05/2008, cuja ementa autoriza aplicação da arbitragem para litígio envolvendo sociedade de economia mista quando não exercer função de primazia, atinente ao interesse público primário em contraposição ao secundário, este, sim, passível de solução de controvérsia via arbitral.

¹¹¹ *Apud* ARAÚJO, 2003, p. 485.

O curioso é que a verificação da qualidade do interesse público - se do Estado-ordem jurídica ou do Estado-sujeito de direito ou se primários ou secundários - só é possível em concreto. Mesmo porque o conceito dessa categoria de interesse é mutável *perante o mecanismo de técnica jurídica*, embora o conceito, *em si*, seja imutável: “Fatos sociais, relações sociais, esses sim é que, constantemente, se mudam. Mas os conceitos jurídicos, para servir à sua realização, não se flexionam, não se alteram em sua natureza e estrutura.” (VILHENA, 1996, p. 23).

Dessa forma, ao que parece, o processo é o local próprio para a verificação, *in loco*, dos interesses públicos. Tornou-se lugar comum dizer que há tendência de processualização na Administração Pública (Di Pietro, 2009).

E a Arbitragem na Administração Pública detém toda a aparência do ressurgimento do contencioso administrativo, com a vantagem de se configurar um mecanismo consensual (porque escolhido pelas partes, livremente, conforme autorização legal) e alternativo (jamais obrigatório) de controle (porque o laudo arbitral é sentença e, portanto, julga fato e Direto) no Direito Administrativo.

2.2.2.1 A Arbitragem na Administração Pública como controle

O interesse de quem quer que seja não é o *Direito*.¹¹² Sua efetividade, como *direito*, depende de atos que se perfectibilizam no tempo, motivo porque há cláusula pétrea a respeito da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CR/88). Todos eles passam por um lapso temporal que permeia uma sucessão de atos – estatal ou privado - reconhecidos e protegidos pela norma jurídica.

¹¹² Meucci (1909) distinguiu interesse de direito, Visconde de Uruguay (1862, p. 89), embora não distinguísse Estado-ordem jurídica de Estado-sujeito de direito e visse dificuldades na conceituação, citando doutrinadores como Corminim, Sirey, Laferrière e Proudhon, afirmava que o interesse é o que é útil ao indivíduo e só se torna direito se “reconhecido, e consagrado na lei, ou por um acto administrativo”, Moreira Neto (2006, p. 8) afirma sobreexistir “uma infinidade de interesses *simples*, ao lado daqueles que foram *politicamente selecionados* para serem *juridicamente protegidos*.” Entre nós, Bedaque (2006, p. 12) afirma que “processo e direito existente não caminham necessariamente juntos. É possível que a relação processual termine sem que o juiz chegue a emitir provimento sobre a situação da vida trazida para sua apreciação. Mas a afirmação de um direito, de uma relação jurídica substancial, constitui elemento imprescindível do processo. A jurisdição atua sempre em função de um direito afirmado.”

Mesmo o interesse público é passível de submissão a uma jurisdição se o Estado-ordem jurídica assim o determinar, porque soberania é a competência de distribuir competência (CASTRO, 1958) e o próprio princípio da legalidade decorre disso.¹¹³

Não espanta a reação contrária à aplicação da Arbitragem para resolver conflitos entre interesses públicos e privados porque a mesma indignação ocorreu no Império contra o próprio Poder Judiciário.¹¹⁴ Porém, a história e a evolução jurídica, ao final, admitiram, pacificamente, o controle jurisdicional dos atos administrativos. E, ao que parece, a Arbitragem seguirá caminho semelhante.

Por conta dessa posição antijudiciarista dos publicistas, o contencioso administrativo foi admitido, no Brasil imperial, com os vícios próprios de um interesse público absoluto. Porém, a Constituição brasileira de 1891 adotou o sistema de jurisdição una, conferida ao Poder Judiciário, a despeito das restrições iniciais quanto ao controle jurisdicional dos atos da Administração Pública.

Dessa forma, o sistema adotado no Brasil se aproximou do modelo anglossaxão em contraponto ao “sistema francês de jurisdição administrativa especial” (Rivero, 1995, p. 23). Entretanto, a semelhança para por aí. Afinal

no modelo clássico do processo de *commom law* o litígio fica limitado às partes privadas. (...). Por volta do final dos anos 1960 e início dos anos 1970 se produziu nos Estados Unidos uma pequena revolução jurídica que transformou profunda e duravelmente ao mesmo tempo a estrutura do processo e a função de julgar. Esse fenômeno foi batizado de “direito de interesse público” (*public interest law*) ou “contencioso de direito público” (*public law litigation*). (...)

No modelo de “contencioso de interesse público”, o objeto do conflito não é mais uma controvérsia entre particulares, mas, sobretudo, queixas relativas à oportunidade, à implantação ou à avaliação de políticas no mais das vezes públicas (...)

Nessas questões, o juiz muda de função para se transformar num verdadeiro gerente (...) de interesses conflituosos, muitas vezes emaranhados. De árbitro independente e neutro de um conflito circunscrito, ele se torna muitas vezes – e contra a sua vontade – um ator por interior forçado a escolhas estratégicas. Mas em lugar de se esconder, como seu colega de *civil law*, o juiz de *commom law* encontra em sua cultura os recursos para assumir essa nova função. Ele está de fato habituado a se

¹¹³ Nesse sentido, é interessante notar que o art. 203 da Constituição Portuguesa de 1976 dispõe que é dever da função jurisdicional “dirimir interesses públicos e privados” e já há o Decreto-lei n.º 206, de 27 de outubro de 2006 que aprova a Lei Orgânica do Ministério da Justiça, autorizando a criação de formas extrajudiciais de solução de litígios incluindo a arbitragem, em fase adiantada de aplicação até para composição de interesses do Fisco português e o contribuinte, obedecendo, aliás, o que já preconizava o art. 202, 4 da mesma Carta Constitucional portuguesa.

¹¹⁴ Visconde de Uruguay (1878, p. 87, grifos acrescentados) chega a afirmar que “esses actos administrativos, em relação aos particulares, podem encontrar e *ferir seus próprios interesses*, ou *seus direitos*.”

interpor entre diversos grupos de pressão e a transformar o tribunal em tribuna para todos aqueles que podem concorrer ao debate público e as formas de ação coletiva. A estrutura mesma do processo deixa de ser triangular para tornar-se policêntrica. (GARAPON e PAPAPOULOS, 2008, p. 199-201)

A partir do momento que o Poder Judiciário pode exercer o controle dos atos administrativos, incrementado paulatinamente desde o início do século XX, pode-se dizer que o interesse público compareceu como uma das pontas da relação travada em sede jurisdicional, para a solução do litígio. Tanto que, reitere-se, o princípio da supremacia do interesse público não se apresenta em lugar algum do ordenamento jurídico brasileiro referente aos processos, administrativos ou judiciais, mas, sim, o “interesse público”, pura e simplesmente (art. 2º, *caput*, Lei n.º 9.784/99).

Quando o dispositivo legal afirma que a Administração Pública obedecerá ao princípio do interesse público numa norma de processo administrativo, está a dizer que *ela não pode* – sob pena de infração legal, com as devidas sanções a que e a quem lhe der causa – *deixar de defender, no polo processual, o interesse de um lado, a saber: do Estado*. E aqui se tem presente as duas figuras jurídicas do Estado: sujeito de direito e, em primazia, ordem jurídica. De fato, as regras da relação processual contém, por sua vez, normas que “tutelam, igualmente (...), o interesse que denominamos público e o interesse que denominamos privado.” (VILHENA, 1996, p. 70).

Relembrando que, conforme Mello (2008), a Administração não titulariza interesses públicos, sendo seu titular o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos administrativos, veículos da vontade estatal consagrada em lei.¹¹⁵

Em observação perspicaz, Carlos Drummond de Andrade afirmou que “de natureza abstrata, o Direito, quando nosso ou o supomos nosso, torna-se concreto e até palpável”.¹¹⁶ Por esse motivo, talvez, os críticos da dita supremacia do interesse público não podem deixar de recorrer a casos concretos¹¹⁷ para verificar o comportamento dos Tribunais em sua aplicação.

¹¹⁵ Dir-se-ia, por melhor adequação, não a “vontade estatal” dita por Mello, mas *vontade normativa*, utilizada por Maffini (2008).

¹¹⁶ ANDRADE, Carlos Drummond de. **O Averso das Coisas** – Aforismos. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 65.

¹¹⁷ Nesse sentido, cite-se artigo de PEDRON, Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 45, p. 127-147, set./2009. Nele, aborda-se todo o debate travado a respeito da supremacia do interesse público –

O processo administrativo está submetido, segundo o regime constitucional vigente, à revisão jurisdicional, exercido, *em regra*, pelo Poder Judiciário conforme art. 5º, XXXV, CR/88. Em seara administrativa, não confere sentença e, por isso mesmo, não faz coisa julgada.¹¹⁸

Porém, pensar na Arbitragem nas relações com a Administração Pública, tal como preconizada na legislação brasileira em vigor, dá azo à reflexão de que, com ela, restaurou-se o processo administrativo tal como concebido no Brasil imperial e ao contencioso administrativo – aqui entendido, como afirma Rivero (1995, p. 130), em “julgar. Pelo objeto, entretanto, ele se situa no campo administrativo. O ato jurisdicional leva, com efeito, a paralisar ou a confirmar o ato da Administração, correndo o risco de impor-lhe a modificação de seu comportamento.”

Ora, antes da autorização legal de Arbitragem nos contratos administrativos, a regra determinava que o interessado em agir contra a Administração Pública, devia, das duas, uma: recorrer a um processo administrativo que jamais lhe daria sentença, possível de revisão judicial até mesmo pela própria Administração Pública, salvo raras exceções, ou ajuizar ação para instaurar um processo judicial ao qual o órgão jurisdicional está obrigado a sentenciar.

A “jurisdição administrativa” de que trata Rivero (1995, p. 105) para o contencioso administrativo – que exerce função jurisdicional e faz coisa julgada - sofreu desprestígio, segundo ele, por dois motivos: ligação com a concepção política – leia-se temor de que a justiça administrativa sirva como “instrumento de defesa do poder”¹¹⁹ – e “mau funcionamento, na prática, em certos países (Brasil¹²⁰ e Grécia) de um sistema importado e mal adaptado às condições locais.”

abstração - e o posicionamento jurisprudencial – análise de casos concretos - da corte constitucional brasileira.

¹¹⁸ Coisa julgada, aqui, entendido como “qualidade da sentença”, conforme Bedaque (2006), ressaltando, ainda, a posição de Leal (2005, p. 6) para quem a “COISA JULGADA (...) se define como **instituto constitucional** garantidor do devido processo na obtenção ou discussão de liquidez, certeza, exigibilidade, eficácia (eficiência-efetividade) da sentença de mérito transitada em julgado com todas as implicações legais.” Posição que não parece elidir com o processo arbitral ora tratado, haja vista que o devido processo é exigência da própria Constituição como direito fundamental, embora o mesmo autor não reconheça a Arbitragem, o que, pelo menos, decorre da lógica de outra obra de sua lavra (2005).

¹¹⁹ Crítica semelhante faz Cavalcanti (1964, p. 504): “o chamado contencioso administrativo foi totalmente abolido pela República. (...) A administração julgando os seus próprios atos – É esse o regime vigente naqueles países em que não existe um organismo estranho à administração para conhecer e julgar das reclamações contra os atos por ela praticados. A arguição que se faz contra esse sistema é o da parcialidade do poder público, que não pode ser ao mesmo tempo juiz e parte.”

¹²⁰ Ressalte-se que o autor fala do Brasil de 1842 que tinha, no Conselho de Estado, o órgão de justiça administrativa à mercê da alternância de poder entre liberais e conservadores. Ademais, a obra citada é resultado de organização e tradução do Prof. José Cretella Júnior a partir de apostilas

Para melhor vislumbrar a posição da Arbitragem nas relações com a Administração Pública, interessa, em primeiro lugar, versar sobre a *natureza jurídica* desse instituto.

Cretella Neto (2004) cita três teorias que buscam categorizar, juridicamente, a Arbitragem. Trata-se da teoria contratualista, jurisdicionalista e a mista.

A primeira foi defendida por Giorgio Balladore Palieri e Klein quando, no caso *Roses*, de 1937, na França, a Corte de Cassação afirmou que “as sentenças que têm por base um compromisso a ele se integram e participam de sua característica convencional” (CRETELLA NETO, 2004, p. 14). É que, para essa corrente doutrinária, a Arbitragem não passaria de “obrigação criada por contrato”, sendo certo que ela só existirá com prévia convenção arbitral e consenso entre as partes, além de o árbitro não ser vinculado ao Poder Judiciário e nem conferir obrigatoriedade ao laudo pela parte vencida.

Essa corrente não parece ser a mais condizente com a realidade do sistema brasileiro a respeito do instituto. Isso porque, como mencionado pelo Min. Jobim, quando da decisão do SE 5.206/Reino da Espanha, a verificação dos requisitos de *arbitrabilidade subjetiva* e *objetiva* para a criação da Arbitragem entre as partes, quando surgido o conflito, deverá passar por novo crivo de admissibilidade, mesmo após a celebração da convenção arbitral em contrato. Logo, ela não tem, *per se*, força obrigatória como afirma essa doutrina.

A segunda corrente, defendida por Lainé no início do século XX, citado por Cretella Neto (2004), afirma que a função do árbitro equivale àquela desempenhada pelo Poder Judiciário. Afinal, sustenta seus aderentes, a Arbitragem contém todos os elementos do juiz como o poder contido na jurisdição (*notio*), poder de convocar partes (*vocatio*), poder para dispor de força para obter o cumprimento de suas ordens durante o processo (*coertio*), poder de proferir decisão sobre o mérito (*iudicium*) e poder de obrigar o vencido à execução da decisão (*executio*).

É certo que o sistema brasileiro dota o árbitro de uma série de prerrogativas, inclusive de competência da competência, durante a Arbitragem. Porém, não parece, nem de longe, assemelhar-se ao do Poder Judiciário. Não poderá, por exemplo, coagir testemunhas indicadas pelas partes a comparecer em audiência e

disponibilizadas pelo então Prof. Jean Rivero, por volta de 1969. Aquela realidade vislumbrada pelo autor não é a mesma de hoje, com mecanismos recíprocos de controle e de participação democrática.

mesmo as partes não são forçadas a se apresentar e, muito menos, obrigar o sucumbente a cumprir a *sentença arbitral*¹²¹ – esta sim, uma das poucas funções jurisdicionais que realmente detém e, aliás, a mais importante.¹²²

A terceira corrente é a mista, defendida por Pierre Lavile, Philippe Fouchard e José Carlos de Magalhães, citados por Cretella Neto (2004), e entende que a arbitragem tem uma origem contratual, mas sua finalidade é jurisdicional, mesclando, portanto, num só instituto dois fundamentos jurídicos, a saber: o contrato e a função jurisdicional.

Essa corrente parece ser a mais condizente com a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a LAB prevê, por exemplo, a competência do árbitro para decidir sobre a própria competência, ou seja, sobre a validade, eficácia e existência da convenção arbitral, constituindo-se numa *jurisdição incidente sobre um contrato*, além da *autonomia da cláusula compromissória no contrato*, garantindo-lhe validade, eficácia e existência ainda que as demais cláusulas sejam declaradas nulas (art. 8º).

Lemes (2007, p. 61) noticia outras doutrinas, brasileiras, a respeito da natureza jurídica da Arbitragem, entre elas a de Cândido Rangel Dinamarco que define a função do árbitro de “parajurisdicional”, sustentando, por conta dessa semelhança com a jurisdição estatal, a “aproximação entre o processo arbitral e o estatal” à luz “do Direito Processual Constitucional”.

Não parece ser assim.

Embora Dinamarco esteja correto quanto à sua assertiva, não parece essa posição, propriamente, tratar de uma natureza jurídica do instituto da Arbitragem, mas da incidência das normas constitucionais no procedimento¹²³ arbitral, que é

¹²¹ Em NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, v. 21, já se equiparava a sentença arbitral à sentença judiciária em vista da possibilidade de apelação, executividade como título judicial, embargabilidade de declaração e possibilidade de retificação de erros materiais. Na LAB, entretanto, as duas primeiras não mais se apresentam em vista do art. 31.

¹²² Observação semelhante é feita por Adolfo Armando Rivas a respeito da “arbitraje según el derecho argentino”, citado por Almeida (2002).

¹²³ Diferenciar processo de procedimento não tinha a importância que tem hoje, em face da novidade trazida pela CR/88 que dispõe a União como competente para legislar sobre “direito processual” e aos Estados, sobre “procedimento” (arts. 22, I e 24, XI). Adota-se, no trabalho, a lição de Gonçalves, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68: “o processo é uma espécie do gênero procedimento e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica (...), é a presença neste [processo] do elemento (...) contraditório. (...) o processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participaram aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam;

apenas uma das muitas facetas desse mecanismo de solução de controvérsias previstas no ordenamento.¹²⁴

Magalhães (2006, p. 72) faz menção, ainda, a uma quarta teoria que “enxerga na Arbitragem um equivalente jurisdicional, ao considerar que a jurisdição pertence somente ao Estado.”

Assim, ao que parece, quando o ordenamento jurídico brasileiro autorizou a Arbitragem para a composição de conflitos de interesses – públicos e privados – em que a Administração Pública for parte, em verdade, resgatou a figura do contencioso administrativo. Isso porque o tribunal ou árbitro *julga* o litígio posto à sua apreciação em termos de fato e de Direito com a finalidade de proferir *sentença* arbitral com a qualidade de coisa julgada, e, embora não sendo membro do Poder Judiciário, é nomeado *ad hoc*, pela própria Administração, inclusive para *exercer a função jurisdicional*.

O Estado-ordem jurídica *conferiu competência* ao árbitro escolhido pelas partes, inclusive pelo Estado-sujeito de direito, para exercer função jurisdicional, atividade típica de quem é soberano como o é o Estado.

O fato de um particular funcionar como árbitro em nada descaracteriza essa situação, que, aliás, há muito tempo já é praticada em muitos Conselhos de Contribuintes em várias unidades da federação, apesar de suas decisões não possuírem capacidade de coisa julgada como na Arbitragem, o que só reforça o argumento ora defendido.

Desse modo, parece que, ao admitir a Arbitragem para a Administração Pública, o legislador não pretendeu outra coisa senão criar uma *nova modalidade de controle dos atos administrativos*.¹²⁵ É uma nova forma de aplicação de justiça na Administração além daqueles sistemas em que Cavalcanti (1964, p. 501-502) já preconizava e até então existentes no Direito Administrativo brasileiro, qual seja, o sistema em que há um contencioso administrativo – aqui, incapaz de coisa julgada -,

participam de forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.”

¹²⁴ Lemes (2007) cita ainda a teoria da “forma paraestatal” de Sálvio de Figueiredo Teixeira, “modo para-jurisdicional” de José Luís Esquível, cuja fonte são autores portugueses, “negócio jurídico arbitral” de Hamilton de Moraes e Barros e Caio Mário da Silva Pereira que aponta disparidade entre autores nacionais e estrangeiros, uns considerando como “contrato processual”, outros como “contrato de direito material”, cada qual buscando entender o instituto conforme o código que o regula: civil, processual ou lei especial.

¹²⁵ Ressalte-se que CARVALHO FILHO (2008), em sua obra, inclui tópico da Arbitragem na Administração Pública no capítulo referente ao controle, embora não explicita essa opção de organização do assunto.

isto é, a existência de “órgãos integrados no sistema administrativo para resolver um certo número de controvérsias que interessam ao poder público” e aquele que atribui sempre ao “poder judiciário competência para julgar todos os atos em que o Estado fôr diretamente interessado.”

Porém, em seus estudos, Cavalcanti cita Fezas Vital (1964, p. 502) que distinguiu quatro sistemas de jurisdição – que Cavalcanti reduz a três – para aplicação da justiça administrativa, quais sejam:

- 1º) sistema do administrador-juiz, isto é, da integração dos órgãos da jurisdição administrativa na estrutura mesma da administração;
- 2º) sistema dos tribunais administrativos autônomos;
- 3º) sistema judiciarista, ou de unidade dos órgãos jurisdicionais.

Parece que a Arbitragem Administrativa aplica-se à segunda modalidade.

Isso porque as matérias de interesse público que, tradicionalmente, eram submetidos ao Poder Judiciário (controle jurisdicional fundado no princípio de revisão dos atos pelo órgão judiciário), ao Poder Legislativo (controle legislativo por meio dos órgãos vinculados a esse Poder, inclusive Tribunais de Contas) ou à própria Administração (controle administrativo fundado no princípio de autotutela), passaram a vislumbrar um mecanismo alternativo – porque posto à opção das partes – e consensual – porque não obrigatório – de controle dos atos administrativos.

Evidentemente, esse controle é restrito aos contratos previstos na legislação, em obediência ao princípio da legalidade. Assim, não é possível disponibilizar a Arbitragem senão quando autorizada pela lei e nos limites que ela definir.

Por outro lado, o poder de atuação na Arbitragem é restrito, também, pelo mecanismo *interno* e *externo* de controle dos atos na Arbitragem, *atos arbitrais*, ou seja, exercício controlador pelos demais Poderes constituídos nos termos constitucionais – externo¹²⁶ - como, também, pelo próprio árbitro ou tribunal arbitral –

¹²⁶ O art. 5º, XXXV, CR/88 é garantia ao controle jurisdicional dos atos arbitrais, tanto envolvendo partes privadas quanto públicas e o art. 7º - que prevê compromisso arbitral em sentença judicial para realizar a vontade contratual – e art. 33 - que dá direito à parte de requerer a nulidade da sentença arbitral – todos da LAB vão no mesmo sentido. O art. 71, CR/88 garante o controle legislativo, por meio do TCU e o art. 49, X, CR/88, pelo Congresso Nacional ou por suas Casas. O art. 37, *caput*, CR/88, quando determina à Administração Pública observar os princípios ali mencionados, o faz com base no princípio de autotutela administrativa. Nesse último caso, é de se observar que a Administração, quando comparece como sujeito de direito na Arbitragem, está, automaticamente, apta a exercer esse controle, indicando, por petição no processo, eventuais matérias de direito

interno¹²⁷ – dispostos na própria LAB e naquelas que dispuserem, como lei especial, para a Administração Pública.

Assim, ao contrário do que parte da doutrina pensa para rechaçar a *Arbitragem Administrativa*, mesmo os árbitros e o tribunal arbitral estão submetidos aos mecanismos de controle previstos no ordenamento. É assim para litígios entre partes privadas, muito mais para os litígios envolvendo entes públicos.

Dessa forma, parece que há uma quarta modalidade de controle administrativo, além dos três já existentes – judicial, administrativo e legislativo.

De fato, não se pode, simplesmente, dizer que a Arbitragem seja um controle judicial dos atos administrativos em vista de não ser exercido por órgão do Poder Judiciário, mas, quando muito, apenas por um órgão com função jurisdicional *ex vi lege* e *ad hoc*. Não é, por sua vez, um controle administrativo, visto que o árbitro e/ou tribunal não serão órgãos da Administração Pública – para as funções do processo arbitral. Por fim, não é controle legislativo porque não integra o Poder Legislativo ou a ele vinculado.

Parece que o processo arbitral administrativo constitui-se num *controle jurisdicional-administrativo*, isto é, controle com *função jurisdicional* do tipo *administrativo* porque contém elementos dos dois tipos do controle judicial e administrativo, sem, no entanto, confundir-se com qualquer deles.

Exclui-se características do controle legislativo, visto que esta modalidade, embora detenha função de controle da Administração Pública, não possui conteúdo *mandamental* de suas determinações tal como para os órgãos com função executiva e, muito menos, aqueles com função jurisdicional, sejam órgãos do Poder Judiciário ou órgãos de jurisdição privada, como é o caso da Arbitragem.¹²⁸

indisponível (impossibilidade de renunciar a uma competência constitucional, por exemplo), determinantes à suspensão nos termos do art. 25, LAB, desde que fundadas em lei e motivadas.

¹²⁷ Caso do parágrafo único do art. 8º - que dá a competência da competência ao árbitro - art. 21 – que determina a obediência ao devido processo – e o art. 25 – que determina a suspensão do processo arbitral se advier questão de direito indisponível a solver. Todos realizados pelo controle do árbitro.

¹²⁸ Ressalte-se, não obstante, respeitável corrente que defende a impossibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, das decisões dos Tribunais de Contas como se coisa julgada fosse e, até, força coercitiva para, por meio das chamadas auditorias de gestão (art. 71, IV, CR/88), determinar novos procedimentos da Administração Pública na condução de seus afazeres. Nesse sentido, veja-se: FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e auditorias de gestão. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (coords.). **Direito Público moderno: homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 155-166, também SILVEIRA, Luiz Guilherme da Boamorte. A integração do Tribunal de Contas da União com os órgãos de controle interno da Administração Pública Federal no exame e julgamento dos processos de tomada e prestação de contas e de tomada de contas especiais. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; DANTAS, Arsênio José

Essa constatação, conforme o ordenamento jurídico, impõe à Arbitragem na Administração Pública regime diferenciado daquele preconizado para particulares.

É que, sendo o *verdadeiro processo administrativo* – aqui defendido como aquele capaz de fazer coisa julgada - a Arbitragem deverá obedecer aos princípios vetores que regem esse capítulo do Direito Administrativo.¹²⁹ Em síntese, deverá observar o *regime jurídico administrativo* com todas as implicações que daí advierem.

Portanto, a aplicação da LAB se fará com a incidência desse regime específico.

Porém, a dificuldade de assimilação não deve ser fácil. Por um motivo muito simples: quer queira ou não, o Direito Administrativo brasileiro ainda é centrado no ato administrativo, de vontade unilateral, e não procedimental, o que se verificará adiante.

da Costa *et al* (orgs.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, p. 309-321 e, ainda, MARTINEZ, Nagib Chaul. A efetividade das condenações pecuniárias do Tribunal de Contas da União em face da reapreciação judicial de suas decisões. O problema do acórdão do TCU como título executivo meramente extrajudicial. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; DANTAS, Arsênio José da Costa *et al* (orgs.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, p. 479-493. Muito embora, não é admitido pela jurisprudência, que interpreta o art. 71, § 3º da CR/88 no sentido de que as decisões do TCU – e, por extensão, dos demais Tribunais de Contas estaduais – tem eficácia de título executivo extrajudicial. Veja-se a ementa do RE 223.037/Sergipe, j. 02/05/2002, DJ 02/08/2002, p. 61, pelo Pleno do STF, Rel. Min. Maurício Corrêa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SUAS PRÓPRIAS DECISÕES: IMPOSSIBILIDADE. NORMA PERMISSIVA CONTIDA NA CARTA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidade no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (...). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente. 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, artigo 68, IX). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido.

¹²⁹ Há dissertação de mestrado em engenharia ambiental, em que se vislumbrou a Arbitragem como processo administrativo, embora com algumas imprecisões jurídicas, como, por exemplo, entender a função jurisdicional como exclusiva do Poder Judiciário: VIVACQUA, Marcello Duarte. **Gestão de recursos hídricos, comitês de bacia hidrográfica e processo administrativo de arbitragem de conflitos pelo uso da água**, 2005. 217f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Tecnológicas, Blumenau. Disponível em: http://proxy.furb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=34 Acesso em 21 set. 2009.

2.2.2.2 Paradigma do Direito Administrativo sob o prisma do Ato Administrativo

O Direito Administrativo, no Brasil, *fundamenta-se no ato administrativo* que, conforme Moreira Neto (2006, p. 136) é a “manifestação unilateral de vontade da administração pública, que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes.”

Vê-se, portanto, que a vontade administrativa manifesta-se unilateralmente, o que importa em dizer que não há participação do cidadão na composição volitiva ou no resultado da ação administrativa. Rivero (1995, p. 96), por reconhecer exemplos escassos de atos unilaterais de vontade no direito privado, afirma ser “a *categoria da decisão unilateral* como *típica* do direito administrativo.”

De fato, originada num ambiente de Estado Liberal, a doutrina a respeito da Administração Pública implementou a teoria do ato administrativo, desenvolvida no Estado francês. Baseia-se numa rígida separação de poderes, com vistas a realizar o ideal revolucionário num Estado de Direito que tem como função limitar o Estado pelo Direito, fundamento do princípio da legalidade com vistas a proteger a liberdade individual. Logo, a realização democrática se faz através da lei que, por sua vez, é processada por representantes eleitos.

Mas houve fases do conceito do ato administrativo que partiu de um conceito processual para um material, sintonizados nesse modelo de Estado, mas inadequado para o Estado intervencionista social. Veja-se:

Desde logo se pode inferir que a noção de ato administrativo encontrava-se perfeitamente sintonizada com a lógica de funcionamento da administração do Estado Liberal. Sabemos que o modelo jurídico-político liberal é marcado por uma cisão radical entre Estado e sociedade, tendo seu acento na proteção da liberdade individual em face dos poderes públicos, em especial do Poder Executivo.

Nesse modelo, a Administração Pública não tinha a amplitude de funções que hoje ostenta. Sua atividade básica consistia no exercício do tradicional “poder de polícia”, que se apresentava, então, com todas as suas facetas, como uma limitação dos direitos de liberdade e propriedade, protegidos pelo Estado de Direito de cunho liberal.

Omissis...

Como bem observa VASCO PEREIRA DA SILVA (...), “o ato administrativo busca conciliar uma vertente autoritária, de exercício de um poder do Estado, com uma vertente de garantia dos cidadãos”.

Omissis...

Saímos do Estado Liberal e ingressamos no Estado Intervencionista de caráter social. (PESSOA, 2004, p. 118-119)

Falar de Estado Social é falar de um Estado não como mero executor do poder de polícia, mas de uma Administração que presta serviços, de implementação de direitos fundamentais como bem observado por Sarmiento (2006). Tanto que na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, há a menção de que todo o homem tem direito de usufruir os serviços públicos da sua nação.¹³⁰ Assim, a relação Administração e o outro, cidadão, é muito mais frequente, hoje em dia, do que antes, carecendo de uma mudança do paradigma administrativista fundado no ato administrativo, de cunho unilateral.

2.2.2.3 Da concepção Democrática como processo

Kelsen (2000, p. 142-143) elabora o conceito de Democracia a partir de um processo em que vontades múltiplas, de representantes da maioria como de representantes da minoria, compõem a vontade final estatal, manifestada por governantes eleitos pelo povo, direta ou indiretamente. Trata-se de um procedimento político, portanto, possível através de um modelo parlamentar.

Portanto, a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais na ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um *processo*, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia. Não é um conteúdo específico da ordem social na medida em que o processo em questão não constitui em si um conteúdo dessa ordem, isto é, não é regido por essa ordem. O método de criação da ordem é sempre regido pela própria ordem, desde que seja uma ordem jurídica. Pois é característico do Direito o fato de ele reger a sua própria criação e aplicação.

Verifica-se, portanto, a importância do processo em si – como o eleitoral – para conferir validade e legitimidade a órgãos integrantes do Poder Legislativo ou

¹³⁰ XXI, 2: “Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.”

Executivo na sua manifestação de vontade estatal que, *a fortiori*, será *vontade normativa*.

Mas Kelsen não descuida de aspectos como o do respeito à minoria, que não deixa de se manifestar por meio de um princípio de tolerância no processo que resulta numa conciliação democrática:

Uma vez que o princípio de liberdade e igualdade tende a minimizar a dominação, a democracia não pode ser uma dominação absoluta, nem mesmo uma dominação absoluta da maioria. Pois a dominação pela maioria do povo distingui-se de qualquer outra dominação pelo fato de que ela não apenas pressupõe, por definição, uma oposição (isto é, a minoria), mas também porque, politicamente, reconhece sua existência e protege seus direitos.

Omissis...

A democracia moderna não pode estar desvinculada do liberalismo político. Seu princípio é o de que o governo não deve interferir em certas esferas de interesse do indivíduo, que devem ser protegidas por lei como direitos ou liberdades humanos fundamentais. É através do respeito a esses direitos que as minorias são protegidas contra o domínio arbitrário das majorias. Tendo em vista que a permanente tensão entre maioria e minoria, governo e oposição, resulta no processo dialético tão característico da formação democrática da vontade do Estado, pode-se afirmar com razão: democracia é discussão. Conseqüentemente, a vontade do Estado, isto é, o conteúdo da ordem jurídica pode ser resultado de uma conciliação. (KELSEN, 2000, p. 182-183)

Desse modo, pode-se concluir que a chave de qualquer ramo do Direito que se pretende constitucional e democrático deve admitir um processo qualquer que possibilite a composição de vontades a resultar numa atuação volitiva administrativa, como é o caso do Direito Administrativo.

Parece certo que o processo, então, se apresenta como chave democrática, na esfera parlamentar, na obra “A Democracia”. Ocorre que o jurista, quando escreveu tal obra, tinha em mente um aspecto, apenas, da Democracia, qual seja, a via parlamentar, de atos no governo, aquém das vertentes hoje abertas pelos doutrinadores e pela própria legislação.

De fato, numa crítica a Kelsen, que escreveu “A Democracia” em 1928, Rivero (1995, p. 121-122) o aponta como *democrata centralizador* tal como ocorreu na França Jacobina. Porém, pondera que

Se quisermos sintetizar as observações precedentes, parece que há, na democracia, justificação plausível com força igual tanto para a *centralização* como para a *descentralização*. (...)

Sem dúvida, não existe *sistema administrativo* inerente à *democracia*. (...) A democracia “otimista” que, em razão de sua origem popular, atribui ao poder

confiança total, rejeita tudo que proceda de uma suspeita em relação a esse poder, a descentralização, como também o recurso do indivíduo diante do juiz. A democracia “pessimista”, sempre em desconfiança diante do poder, multiplica em prol do indivíduo as garantias de processo e de subsistência.

Feita essa observação e destacando o processo como núcleo da discussão, importa rememorar que os processualistas, hoje, buscam uma interpenetração do direito material com o processual, de forma que a ciência do direito processual não se torne ciência desinteressante, de meras formalidades e prazos, como diz Bedaque (2006).

É nesse contexto que se verifica o aprimoramento técnico do processo, no Brasil, identificado como *instrumentalista*, ou seja, “a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados.” (BEDAQUE, 2006, p. 15).

Ora, está-se diante de um incremento da atividade de juridicização da política, como observa Tomaz (2008) e de ativismo judicial que apontam, paradoxalmente, a uma supervalorização do processo, *não obstante não esteja acompanhado de efetiva participação popular*.¹³¹ Torna-se campo, ao que parece, de técnicos não eleitos para a implementação dos interesses os mais variados, inclusive de interesse público e políticas públicas.

Logo, o processo surge como elemento realizador de direitos fundamentais, a despeito da praxe atual que, segundo Leal (2005a, p. 24), “nenhuma garantia, na concepção democrática, é assegurada na significância pragmático-linguística do decisor solitário e asséptico.” É, por isso que a “compreensão da democracia envolve o conhecimento da **teoria do processo**.” (LEAL, 2005a, p. 23)

Não obstante, Leal (2005a) faz tal interpretação do processo como meio democrático fora da figura do juiz, enquanto outros, como Melo (2006, p. 692, 694), o faz valorizando a figura judicial:

¹³¹ Em França, a discussão já entra no âmbito do Direito Tributário aproveitando-se da doutrina administrativa para, no âmbito do Direito e da Política, realizar uma grande “juridicisation” para determinar as relações entre contribuintes e a administração fiscal, contra o arbítrio. Nesse sentido, veja-se: BOUVIER, Michel. La doctrine administrative en droit fiscal: entre droit et politique. **Revista internacional de Direito Tributário**, Belo Horizonte: Del Rey e ABRADT, v. 5, p. 154-162, jan.jun. 2006. Em Portugal, discussão semelhante: NABAIS, José Casalta. **Contratos fiscais** - reflexões acerca de sua admissibilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1994, 326p. Estes têm em comum o aproveitamento da experiência do Direito Administrativo, no aspecto processual, para implementar o direito material pretendido, a saber: pagar o tributo dentro de um sistema de consensualidade e participação do contribuinte. Entre nós, por iniciativa de membros como Prof.º Heleno Taveira Torres, está em exame no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 5.082/09 que define os procedimentos para a transação tributária. Mais informações em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/648733.pdf> e <http://www.senado.gov.br/jornal/noticiaLink.asp?codNoticia=82975>

As garantias constitucionais do processo criarão as condições mais favoráveis à obtenção de exegese verdadeiramente consentânea com o direito material. Parafraseando um teórico do direito constitucional alemão [Friedrich Müller], sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o processo permanece uma *metáfora ideologicamente abstrata e de má qualidade*. (...)

Processo consubstanciado na lei representa o Estado de Direito. Porém, carecerá de legitimidade se dissociado dos instrumentos democráticos de participação dos seus interessados, aqui sem o caminho fértil para o processo democrático de direito. Tutela prestada sob tal amplitude de contraditório considerar-se-á legítima e justa porque em seu processo de produção foi democrática, dialética e participativa.

Não basta um processo legal. A legitimidade corresponde a fator de extrema importância na constituição de processo justo.

Num e noutro posicionamento, há a comunhão na ideia de que o processo é instrumento, sim, de realização democrática, o que, *a fortiori*, deve incluir a Arbitragem como processo administrativo.

2.2.2.4 Do Processo Administrativo como realização democrática

Embora a doutrina administrativista, no Brasil, ainda demonstre forte apego à manifestação da vontade da Administração por meio de atos administrativos, há uma tendência em curso a indicar uma procedimentalização e participação do administrado. E os mecanismos de solução privada de controvérsias, como a Arbitragem, parece indicar isso.

Assim, a Administração Pública tende a adotar formas de atuação menos autoritárias e mais consensuais. Neste contexto, assistiu-se, nos últimos anos, a uma verdadeira “contratualização” da Administração Pública, tanto no nível de sua organização quanto no plano de sua atuação concreta. Manifestação dessa nova mentalidade no ordenamento jurídico pátrio são os novos princípios introduzidos no Texto Constitucional pela denominada reforma administrativa (Emenda Constitucional nº 19/98).

Omissis...

Assim, o ato administrativo não mais se apresenta como a manifestação por excelência da atividade administrativa, mas tão-somente como uma das formas possíveis de atuação da Administração Pública. (PESSOA, 2004, p. 122)

Um problema que se apresenta é como preencher o vácuo teórico deixado pelo ato administrativo. Assim, tem-se a alternativa da relação jurídica administrativa e a alternativa do processo administrativo. A primeira é de matriz alemã, a qual Pessoa (2004, p. 124) atribui a Otto Bachof. Nela

a noção de ato administrativo reflete apenas “um momento”, “um instante”, do complexo relacionamento entre a Administração Pública e o particular (...).

O ponto forte dessa concepção é considerar a existência de verdadeiras relações jurídicas administrativas entre a Administração e os particulares, e não meras relações de poder, como pretendia a dogmática tradicional. (...), o conceito de relação jurídico-administrativa permite explicar os diversos vínculos jurídicos existentes entre a Administração e os particulares, anteriores e posteriores à prática dos atos administrativos, estando, pois, mais sintonizada com as exigências do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

Já a corrente de matriz italiana vê o processo administrativo como cerne do Direito Administrativo. Mario Nigro, citado por Pessoa (2004, p. 125-126) afirma que

presenciamos a “absorção do ato administrativo num quadro de formas de atividade mais complexas e articuladas.” Para o autor italiano, “o problema central do Direito Administrativo é o problema do procedimento.”

De fato, a Administração Pública atual, em suas relações com os particulares, pode atuar de duas formas básicas: de uma forma unilateral e autoritária, na qual lança mão de seus poderes tradicionais, ou de uma forma bilateral ou consensual, lançando mão de “técnicas contratuais”. Em ambas as formas de atuação, o procedimento é o dado comum. (...)

Somente há pouco tempo a doutrina “acordou” para a real importância teórica e prática do “procedimento administrativo”. (...). O procedimento era visto como um mero instrumento a serviço do ato administrativo, e não como um instituto autônomo, regulador da ação administrativa. No atual Direito Administrativo, o conceito de procedimento tende a “destronar” o conceito de ato, enquanto conceito central deste ramo do Direito Público.

A importância da aplicação de um conceito central do Direito Administrativo como o processo ou mesmo a relação jurídica – que, aliás, é elemento no processo - verifica-se mais condizente com a perspectiva democrática uma vez que a participação se dá *in fieri*, ou seja, no tempo e não na finalidade pretendida pelo ato, possibilitando a intervenção em vários momentos processuais e não discuti-lo apenas sob o aspecto finalístico do ato.

Há, ainda, a mudança visível no paradigma sobre a formação da manifestação de vontade administrativa, que, antes, era unilateral e, agora, admitiria a multilateralidade, protegendo direitos da minoria, como faz menção Kelsen (2000). O ato final será um só, mas a sua resultante seriam várias,¹³² contrariando a

¹³² O cientista político norteamericano Robert Dahl desenvolveu a ideia de que a democracia, no estágio atual do mundo ocidental, estaria num estágio tão avançado que o termo “poliarquia”, representativo de democratização e amplo espaço de discussão e oposição pública, seria mais adequado. Trata-se de um estágio em que as preferências dos cidadãos seriam “igualmente consideradas na conduta do governo” quais sejam: liberdade de formar e aderir a organizações, liberdade de expressão, direito de voto, elegibilidade para cargos públicos, direito de líderes políticos disputarem apoio e votos, fontes alternativas de informação, eleições livres e idôneas e instituições

doutrina tradicional que, como Lima (1954, p. 22) já alertava que é “o fim - e não a vontade, - que domina tôdas as formas da administração.” Porque toda finalidade pública é decorrência lógica da norma, *vontade normativa*, de quem tem o direito.

Há, portanto, certa identidade entre o processo administrativo e o processo judicial que é a finalidade pública tão bem posta em relevo por Pereira Braga que acrescenta “é dar razão a quem a tem”.

É efetivamente o interesse público o interesse social que domina todo o processo, qualquer que seja. (...)

Naturalmente que os termos processuais, a sua natureza e a sua complexidade variam, mas a sua finalidade específica, da boa aplicação dos princípios da justiça e da conservação do equilíbrio jurídico é sempre a mesma. (CAVALCANTI, 1964, p. 512-513)

Mas o assunto ainda não está assente na doutrina nacional. Mesmo novos nomes do Direito Administrativo ainda consideram o ato administrativo como centro desse ramo jurídico, apesar de não desmerecer a importância do estudo do processo administrativo.

Não se permite negar a importância do estudo dos atos administrativos, os quais, como visto, correspondem a um conceito central no Direito Administrativo. Ademais, não se pode olvidar que os processos administrativos são conjuntos de atos administrativos orientados a uma tomada de decisão, que, por seu turno, é também um ato administrativo. (...)

O que se pretende, numa noção de “atividade administrativa” (Marçal Justen Filho...), é que sejam os atos administrativos contextualizados e articulados em processos administrativos (conjunto ordenado de atos), para fins de se garantir a participação dos destinatários da função administrativa. Tal é a denominada “processualidade do Direito Administrativo”.

Daí por que se afirma que os processos administrativos são instrumentos de democratização do Direito Administrativo, uma vez que, assegurada a participação do administrado na construção das decisões que o alcançarão, ele deixará de ser um simples e inoperante destinatário da função administrativa para ser, além de destinatário, alguém que contribui para a Administração Pública tomar suas decisões. (MAFFINI, 2008, p. 111-112).

Apesar do apego dogmático a merecer as ponderações dos críticos àquela Administração Pública ainda ancorada no Estado Liberal e mesmo no Estado Social, parece que a atual norma constitucional não mais a comporta porque incoerente com o regime democrático vigente, disfarçando os tradicionais critérios de

supremacia plena e geral do interesse público *personalizado* e não *normatizado democraticamente*, como deveria ser.

Dessa forma, a tendência, inclusive inserida na legislação aplicada ao Direito Administrativo,¹³³ referentes ao processo administrativo, apontam para uma participação do cidadão na composição da vontade administrativa. Importa resgatar e aprofundar, até mesmo pela carência de estudos voltados para o assunto,¹³⁴ essa fonte ética pura para a adequada e correta aplicação dos princípios constitucional-administrativos.

A ideia só é nova à medida que - encontrando-se inserida nas normas constitucionais e infraconstitucionais - é explicitada. Dentro de alguns anos, o que se espera - como quase tudo em Direito e na vida humana - é que a mudança de paradigma do Direito Administrativo tendo como eixo central o procedimento torne-se tão atual quanto o Digesto. Realidade de evolução jurídica que mesmo os apegados à tradição não podem obstar porque o Estado-ordem jurídica – cujo elemento fundante, em última análise, é a soberania popular - assim o quer.

2.2.3 A (in)disponibilidade do interesse público

Correlato ao princípio da supremacia do *interesse público* há o princípio, igualmente sedimentado na doutrina, da indisponibilidade dele, motivo porque afastaria, em tese, a Arbitragem para a composição de interesses por força do art. 1º da LAB, cujo pressuposto objetivo – arbitrabilidade objetiva – refere-se a “direitos patrimoniais disponíveis.”

¹³³ Não à toa, Freitas (2003) aponta para a “democracia como princípio jurídico”, mesmo no Direito Administrativo, rechaçando qualquer princípio jurídico absoluto porque não comportável no sistema democrático. Sustentando sua posição, indica normas administrativas indicadoras dessa participação e consensualidade na ação administrativa, como na gestão democrática e participação na elaboração e condução do plano diretor, previstos no Estatuto da Cidade (art. 2º, II e XIII, art. 4º, III, *b* e § 3º, 40, 43 a 45 da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001), no controle social e “fiscalização participativa da gestão orçamentária” previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 9º, § 4º, 32, 49, *caput*, 51 e 55, § 2º da Lei complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000).

¹³⁴ Mesmo Mello (2008) aponta essa carência de estudos, principalmente quanto ao aspecto principiológico.

A lei brasileira não destoa muito do que prevê as legislações estrangeiras sobre o mesmo instituto,¹³⁵ sendo característica vinculante de todos os sistemas, justamente, a natureza do direito que pode constituir objeto da arbitragem, devendo a controvérsia compreender direitos a respeito dos quais a lei admite a transação; alguns falam em direitos disponíveis; outros, em direitos transigíveis, como ensina Almeida (2002).

Theodoro Júnior (2003, p. 216) afirma que o “juízo arbitral concebido como fruto da livre convenção entre as partes, só se torna admissível (...) e somente pode ter como objeto aqueles bens dos quais os titulares possam livremente dispor em seus contratos”.

Magalhães (2006, p. 177), por sua vez, destaca que o requisito objetivo deve recair sobre direito patrimonial disponível entendido como “determinável e possuir valor econômico.”

Recordando-se o disposto no art. 853,¹³⁶ CC de 2002, Kroetz (1997, p. 36) aponta a costumeira vinculação da *disponibilidade* à *possibilidade de transação*, bem como o art. 1.035 do então CC de 1916,¹³⁷ enquanto que Santos (2003, p. 157) aponta a impossibilidade de submeter matérias irrenunciáveis à Arbitragem já que ficam “excluídas, portanto, as questões relativas ao estado e capacidade das pessoas e a direitos patrimoniais que, por questão de ordem pública, não podem as partes renunciar.”¹³⁸

Ora, numa leitura desatenta desses dispositivos a conclusão que se faria é a de que, realmente, a Arbitragem não é compatível com a Administração Pública, já que ela não pode dispor de seus bens livremente.

Nesse sentido, Tácito (2005, p. 140) lembra que o Tribunal de Contas da União (TCU), em 1993, “declarou inadmissível a utilização do juízo arbitral em

¹³⁵ Ressalte-se, como já apontado no decorrer do trabalho, que as leis referentes à Arbitragem seguiram modelos propostos por organismos internacionais como a Uncitral, vinculada à ONU (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009). De fato, a Arbitragem não é instituto jurídico criado por algum Estado que importou seu modelo, mas instituição existente desde tempos remotos, antes da criação de um “Poder” jurisdicional de formatação conforme o Estado Moderno, como ensina Amaral (2008), Leal (2005). De fato, Cretella Neto (2004, p. 6) observa que “a desconfiança em relação a esse poder central e despótico [imperadores ou sacerdotes julgadores] levou os particulares a nomearem árbitros, pessoas que desfrutavam da confiança mútua das partes.” De certa forma, pode-se dizer que a Arbitragem foi a primeira manifestação da busca democrática - sob o aspecto de autonomia das partes - em relação ao poder soberano.

¹³⁶ Art. 853, CC/2002: “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.”

¹³⁷ Hoje correspondente ao art. 841, CC de 2002, *ipsis literis*: “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.”

¹³⁸ Transcrição do art. 852, CC de 2002, praticamente.

contratos firmados por empresa estatal, por contrariedade aos princípios básicos de direito público, na ausência de autorização legal.”

Veja-se que, no caso, inadmitia-se arbitragem mesmo para empresa estatal, que, quer seja sob a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista e subsidiárias, rege-se por “regime jurídico próprio das empresas privadas” nos termos do art. 173, § 1º, II, CR/88. O TCU entendia, a despeito da norma constitucional, que mesmo para contratos com empresas estatais, deveria haver *expressa autorização legal* para admitir a Arbitragem.

No entanto, com as atuais leis autorizadoras da Arbitragem, Mello (2008) rechaça a *constitucionalidade* da Arbitragem para a Administração Pública em vista do dito princípio, posição compartilhada e mais contida, por Gasparini (2007) e Araújo (2007).¹³⁹

Porém, há quem já vislumbre a *relatividade* de dita indisponibilidade. É o caso de Carvalho Filho (2008), Harger (2008), Moreira Neto (2006), Di Pietro (2009). Em comum, afirmam que em caso de contratos em que o aspecto de *patrimonialidade* seja evidenciada, haverá a *indisponibilidade relativa*. Além disso, defendem que há casos em que o binômio *autoridade versus liberdade* deverá ser balanceado conforme princípios de razoabilidade e proporcionalidade. E todos são uníssonos ao indicar a *lei como fundamento da indisponibilidade*, do que se conclui que, se a lei autorizar, o interesse torna-se disponível.

Diante dessas considerações, parece concluir que o administrador público poderá convencionar a Arbitragem mesmo em um contrato administrativo, na forma do art. 3º da LAB, desde que autorizado por lei, como já prevê, expressamente, o art. 11, III da Lei n.º 11.079/04 (Parceria Público-Privada) e, implicitamente, no art. 93, XV da Lei n.º 9.472/97 (Estatuto das Telecomunicações), art. 43, X da Lei n.º 9.478/97 (Estatuto do Petróleo, no qual se autoriza a arbitragem internacional) e mesmo o art. 23, XV da Lei n.º 8.987/95 (Estatuto das Concessões) que, ainda antes da Lei n.º 9.307/96, já dispunha sobre forma “amigável” de solução de divergência contratual.

Veja-se que a LAB não proibiu a Administração Pública de recorrer a esse instrumento jurídico de solução de conflitos, mas apenas excluiu os direitos ditos indisponíveis. E, embora haja correntes discordantes quanto à natureza jurídica do

¹³⁹ Mencionados no item 2.2 da dissertação.

instituto da Arbitragem (contratualista e jurisdicionalista), nota-se que ambas estão intimamente ligadas a princípios constitucionais que não visam outra coisa senão a segurança jurídica: ato jurídico perfeito (próprio dos contratos) e a coisa julgada (das decisões jurisdicionais).

Alvim (2004), em interessante abordagem, distingue *an debeatur* e *quantum debeatur* e sua relação com a disponibilidade e patrimonialidade, demonstrando que, por exemplo, embora o direito a alimentos sejam irrenunciáveis e, por isso, indisponíveis, em sede jurisdicional, sempre é possível contemporizar sobre o valor em face do binômio possibilidade (do alimentante) e necessidade (do alimentado). Assim, o *poder de transigir é ampliado quando submetido à jurisdição* o que remete à conclusão de que o fato de os *direitos* serem *indisponíveis* não significa que as partes não podem realizar transação.

Nesse aspecto, Kroetz (1997) cita o francês Charles Jorrosson que aponta a distinção da Arbitragem com a transação, sendo a primeira uma forma de solução de litígios de cunho contencioso, confiada a um terceiro, jurisdicional, enquanto que a segunda se realiza por entendimento das partes, bilateral e de cunho contratual de concessões mútuas.

Essa linha de argumentação é importante uma vez que, como ilustrado por Alvim (2004), se há vários interesses que, sob a égide contratual, não seriam passíveis de renúncia e transação, já no aspecto jurisdicional há essa possibilidade, comportando coisa julgada nos termos do art. 269, III, CPC, ou seja, extingue-se o processo *com julgamento de mérito* por vontade das partes em transacionar, acolhida pelo órgão jurisdicional.

Dessa forma, parece que o art. 1º da LAB, ao determinar que apenas direitos patrimoniais disponíveis pudessem ser contratadas por pessoas capazes para dirimir seus litígios, remete muito mais às partes contratantes que, propriamente, ao juízo arbitral. Logo, o árbitro ou tribunal arbitral pode, sim, no exercício de sua função jurisdicional (e não meramente contratual), dirimir litígios além da mera patrimonialidade e disponibilidade dos direitos sob sua jurisdição.

É que julgar, dentro de uma concepção de Estado Democrático de Direito e as recentes posições sobre o processo, vai muito além de, simplesmente, ditar a lei (*jurisdictio* = dizer o direito). As leis oferecem ao intérprete – inclusive ao órgão jurisdicional - vários *standards* para aplicação de critérios de equidade. *Julgar*

conforme a equidade, dessa forma, é julgar conforme o Direito,¹⁴⁰ dentro de parâmetros mais dilatados de decisão jurisdicional autorizados pela norma.

Como as normas civis são voltadas, em sua maioria, a leigos, ou seja, pessoas sem conhecimento de técnica jurídica para interpretação, elas devem ser claras e objetivas,¹⁴¹ mas, ao julgador, há uma margem de aplicação de modo que a aplicação do Direito não resulte em injustiça, a que se dá o nome da técnica de equidade, autorizada pela LAB no art. 2º.¹⁴²

Mas quanto à possibilidade de o “Estado” ser parte em relação arbitral, os autores são discordantes. Cretella Neto (2004, p. 57) afirma:

A lei brasileira da arbitragem não limita sua aplicação apenas para litígios entre particulares, como entendem Paulo Furtado e Uadi Lammêgo Bulos pois, do contrário, o Estado não poderia ser parte na arbitragem em caso de controvérsia surgida em virtude de contrato celebrado pela Administração com pessoa física ou jurídica.

Na verdade, a arbitragem entre *Estado e particular*, no ensinamento de José Carlos de Magalhães não apenas existe e é realizada com certa frequência, mas “representa conquista do indivíduo na busca de seu reconhecimento como destinatário último das normas de direito, tanto nacional quanto internacional, e sua aceitação como pessoa capaz de postular seus interesses perante o Estado estrangeiro, na esfera internacional, diretamente, sem se subordinar à proteção diplomática de seu próprio Estado.”

Estudiosos da Arbitragem como Lemes (2007), Oliveira (2008), Cardoso (2009), por sua vez, sustentam a admissibilidade deste instituto jurídico de

¹⁴⁰ Fagundes Filho (2006, p. 722), a esse respeito, afirma: “Entende-se por “juízo de direito” (...) aquele que soluciona a lide por meio de aplicação ao caso concreto de uma norma legal, ou seja, por realizações, em suma, do direito positivo. Fala-se, por isso, em *ius strictum*, que vai compor o “juízo de direito”, em antagonismo ao *ius aequum*. A distinção, entretanto, vale apenas para aqueles que entendem não haver, nos “juízos de direito”, ingrediente valorativo. Na medida em que se admite ser a interpretação legal permeável a variáveis axiológicas, desaparecerá a distinção entre “juízos de equidade” e “juízos de direito”. Na mesma obra, Fagundes Filho cita Salvatore Romano, professor italiano que ao aplicar a equidade como inerente aos conceitos fluidos de discricionariedade administrativa, afirma: “Há sempre uma norma que impõe, ainda que de conteúdo permissivo, uma valoração de interesses, da qual a Administração Pública não pode prescindir. Eis aí a necessária conformação da equidade como exigência da ação dos órgãos administrativos.” Dessa forma, a distinção de julgamento por equidade ou de Direito para a Arbitragem, *a fortiori*, não oferece grande auxílio na compreensão, já que não é possível julgamento equitativo *contra legem*, ainda mais com parte integrante da Administração Pública, vinculada ao princípio da legalidade.

¹⁴¹ É o que dispõe o art. 11, *caput* da Lei complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998: “As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: (...)”

¹⁴² Não obstante, a Constituição do Equador de 2008 admite apenas a Arbitragem em Direito para litígios envolvendo contratos públicos: Art. 190. “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública se procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

composição de litígios para a Administração Pública recorrendo à distinção, trazida por Mello (2008) e atribuída ao italiano Alessi (1949), concernente aos *interesses públicos primários e interesses públicos secundários*.

Os interesses públicos primários seriam indisponíveis porque o Estado, nessa forma, “age como Poder Público, como órgão governativo do Estado, no desempenho de suas funções política e legislativa.” Já os interesses públicos secundários seriam aqueles em que a Administração exerce função administrativa, sendo “neste segundo estágio de atuação da Administração (...) que reside a zona de influência da arbitragem.” (LEMES, 2007, p. 130)

Gizando a clássica distinção de *atos de gestão e atos de império* estatais, concluem que todo direito de cunho patrimonial ou econômico é disponível por caracterizarem *atividades de meio*¹⁴³ da Administração Pública, de *gestão da coisa pública*, estando os contratos administrativos na órbita de sua imposição.

Essa distinção ganhou tal força no ordenamento jurídico brasileiro que o próprio STJ já os reconhece para distinguir interesse público do interesse da Fazenda Pública. Aquele de incumbência institucional do Ministério Público; este, das Procuradorias e, de quebra, a comportar a Arbitragem.

O tema, *per se*, remete a algumas reflexões.

Em primeiro lugar, é de se ressaltar que Alessi (1949, p. 117) desenvolveu a ideia dos chamados interesses públicos primários e secundários no início do século XX, merecendo uma re colocação de sua tese em foco para os dias de hoje. Parece que tinha em mente a distinção do “potere d’imperio”¹⁴⁴ representada pela “característica essencial da posição jurídica do Estado nos confrontos com os singulares.”¹⁴⁵

No entanto, Alessi (1949, p. 118) alertava que mesmo esse poder não se embasa numa “relação de força, sobre uma prevalência de fato, mas como um poder jurídico, vale dizer como poder fundado sobre direito objetivo.”¹⁴⁶ De forma

¹⁴³ Conforme clássica distinção de atividades meio (relativas ao interesse público secundário) e atividades fim (relativas ao interesse público primário), nas lições de Mello (2008) e Moreira Neto (2006).

¹⁴⁴ Poder de império. Veja-se que há a remissão a conceito de *poder* e não de *ato* de império, como hoje.

¹⁴⁵ Alessi (1949, p. 117, tradução livre): “Pertanto, anche la pubblica amministrazione, normalmente, si presenta come titolare di quel potere d’impero che rappresenta la caratteristica essenziale della posizione giuridica dello Stato nei confronti dei singoli.”

¹⁴⁶ Alessi (1949, p. 118, tradução livre): “il potere d’impero dello Stato non può essere inteso come un mero potere di fatto, basato su di un rapporto meramente di forza, su di una prevalenza di fatto, sibbene come un potere giuridico, vale a dire come potere fondato sul diritto obbiettivo.”

que, em última análise, o poder de império inclui, apenas, o poder normativo e o poder jurisdicional, sendo certo que

A administração pública poderá explicar a sua supremacia na imposição de comandos primários (preceitos normativos) e de comandos subsidiários (decisões e atos jurisdicionais) somente em via excepcional, e baseado nos limites de uma atribuição expressa de potestade por parte do direito objetivo.¹⁴⁷ (ALESSI, 1949, p. 120)

Nesse contexto, Alessi (1949) reconhece legítimo o poder de império porque a Administração Pública detém, em si mesma, funções normativas e de decisão, limitado pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, o poder de império, para Alessi (1949, p. 120), decorre da supremacia do interesse coletivo e consequente indisponibilidade de seus interesses sobre os privados, previsto no Estado de Direito como “prevalência jurídica”.¹⁴⁸ E, aqui, no confronto de interesses, Alessi (1949, p. 122-123) vislumbrou o que denominou interesses primários e secundários administrativos cuja fonte, aliás, atribuiu ao processualista civil italiano Carnelutti, em nota de rodapé, que ora se transcreve:

Cada coletividade social nos oferece uma pontada de rede de interesses, com várias relações entre eles: interesses coincidentes e interesses em conflito. (...) interesse coletivo primário (...) [é] a expressão unitária de muitos interesses individuais coincidentes de cada sujeito jurídico singular (...).
O interesse público não é nenhum outro que o interesse coletivo primário, considerado como objeto de direta tutela da ação administrativa, enquanto o interesse da administração enquanto sujeito jurídico a si estanque, não representa senão um dos interesses secundários existente no grupo social.¹⁴⁹

Dessa forma, a tão falada tese de Alessi a respeito dos interesses públicos primários e secundários nada mais é que uma outra forma de verificar a situação do

¹⁴⁷ Tradução livre: “In altri termini, l’amministrazione pubblica potrà esplicitare la sua supremazia nell’imposizione di comandi primari (precetti normativi) e di comandi sussidiari (decisioni ed atti giurisdizionali) soltanto in via eccezionale, e sulla base e nei limiti di un’attribuzione espressa di potestà da parte del diritto obbiettivo.”

¹⁴⁸ Tradução livre: “Dovendo nello Stato di diritto, come si è ora posto in luce, la prevalenza dell’interesse collettivo sugli interessi privati essere prevalenza giuridica”

¹⁴⁹ Tradução livre: “Ogni collettività sociale ci offre una fitta rete di interessi, in vario rapporto tra loro: interessi coincidenti tra loro ed interessi in conflitto tra loro. (...) interesse collettivo primario, pur essendo l’espressione unitaria di molteplici interessi individuali coincidenti proprio ad ogni singolo soggetto giuridico (...). L’interesse c.d. pubblico non è nient’altro che lo interesse collettivo primario, considerato come oggetto di diretta tutela dell’azione amministrativa, mentre lo interesse dell’amministrazione in quanto soggetto giuridico a sè stante, non rappresenta se non uno degli interessi secondari esistenti nel gruppo sociale.”

Estado *na relação jurídica*: sujeito de direito ou ordem jurídica, conforme ensino de Vilhena (1996). Senão, vejam-se as palavras de Alessi (1949, p. 124-125): “o interesse coletivo primário, formado pelo complexo dos interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do sujeito administrativo é simplesmente um dos interesses secundários”.¹⁵⁰

Parece que Alessi (1949), em verdade, pensou no interesse público primário sob o prisma de direito de soberania do Estado. E falar em poder soberano significa poder de fazer as normas que serão submetidas a todos os integrantes da sociedade, inclusive o *Estado como sujeito de direito*. Tanto que, quando trata da indisponibilidade dos bens dominicais, afirma que

O regime inerente à disponibilidade dos bens dominicais se concretiza essencialmente em uma indisponibilidade dos bens mesmos, o qual pelo art. 823 do C. Civ. (...): “os bens que fazem parte do domínio público são inalienáveis e não podem formar objeto de direitos a favor de terceiros se não nos modos e nos limites estabelecidos pela lei que lhes regem”.¹⁵¹

Logo, conclui-se que a indisponibilidade do interesse público é um mecanismo de defesa contra eventuais interesses pessoais dos agentes públicos que, na gestão da coisa pública, sem a autorização legal, poderiam dispor, a bel-prazer, os bens e direitos que pertencem a todos.

Aliás, é do fundamento lógico da distinção do público e do privado que a formação da vontade se dá ou de modo contratual ou institucional. Aquela, típica de partes iguais, numa relação de coordenação privada, enquanto esta, a vontade se dá por lei. Em outras palavras, a lei nada mais é que a *forma contratual da vontade geral*.

A superposição das duas dicotomias, privado/público e contrato/lei, revela toda sua força explicativa na doutrina moderna do direito natural, pela qual o contrato é a forma típica com que os indivíduos singulares regulam suas relações no estado de natureza, isto é, no estado em que ainda não existe um poder público, enquanto a lei, definida habitualmente como a expressão

¹⁵⁰ Tradução livre: “l’interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l’interesse del soggetto amministrativo è semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono ricevere soddisfazione soltanto in caso di coincidenza – e nei limiti di siffatta coincidenza – com l’interesse collettivo primario.”

¹⁵¹ Alessi (1949, p. 382, tradução livre): “il regime inerente alla disponibilità dei beni demaniali si concreta essenzialmente in una indisponibilità dei beni stessi, quale dall’art. 823 del C. Civ., per il quale “il beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano”.

mais alta do poder soberano (*voluntas superioris*), é a forma com a qual são reguladas as relações dos súditos entre si, e entre o Estado e os súditos, na sociedade civil, isto é, naquela sociedade que é mantida junta por uma autoridade superior aos indivíduos singulares. (...)

o direito privado ou dos privados é o direito do estado de natureza, cujos institutos fundamentais são a propriedade e o contrato; o direito público é o direito que emana do Estado, constituído sobre a supressão do estado de natureza, e portanto é o direito positivo no sentido próprio da palavra, o direito cuja força vinculatória deriva da possibilidade de que seja exercido em sua defesa o poder coativo pertencente de maneira exclusiva ao soberano. (BOBBIO, 1987, p. 18)

Assim, a interpretação dada pelos estudiosos brasileiros ao conceito de interesse público primário e secundário por Alessi (1949) não parece atender à finalidade imaginada por seu idealizador que deve ser verificada à luz da *relação jurídica* e não sobre o aspecto de competências, de poder, ainda mais num mundo como o de hoje, que, após sessenta anos da original ideia de Alessi, mostra um Estado cada vez mais emaranhado em diversas cadeias de relações jurídicas, em âmbito interno e internacional.

Para demonstrar essa complexidade de relações, veja-se que na Europa unificada já se pensa num Direito Administrativo além do direito nacional e em mecanismos de controle administrativo e jurisdicional supranacional em vista do “interesse delle regioni”, como destaca Cassese (1998, p. 6).

Por isso é que doutrinadores italianos como Cassese (1998), hoje, destacam a importância do processo cuja função é verificar o interesse público no procedimento.

Até mesmo porque a distinção de atos de império e atos de gestão como critério de verificação de disponibilidade, hoje em dia, é ultrapassada. E não só no âmbito do Direito Administrativo.

Por exemplo, sabe-se que os crimes, quando tipificados, detêm uma forte carga negativa, a merecer, por atendimento ao interesse público, a *persecutio criminis* que impõe ao Estado o direito de punir o condenado.¹⁵²

Não obstante, há, na legislação, institutos que autorizam o Ministério Público, titular da ação criminal, a possibilidade de *dispor* do prosseguimento do processo criminal mediante oferta ao acusado de *transação penal* que, de certa forma, é um acordo entre órgão ministerial e o acusado, defeso ao juiz interferir ou impor

¹⁵² Mirabette, citando Canuto Mendes de Almeida, afirma (2002, p. 24-25) que “o direito penal, em sentido objetivo, é o conjunto de normas que descrevem os delitos e estabelecem as sanções, e, em sentido subjetivo, o direito de punir do Estado (...) Como os interesses tutelados pelas normas penais são, sempre, eminentemente públicos, sociais, impõe-se a atuação do Estado (...) [que tem], sobretudo, o **dever de punir**.”

condições.¹⁵³ Há, ainda, a *delação premiada*,¹⁵⁴ o *perdão judicial*¹⁵⁵ e até a possibilidade de mediação no direito penal como forma de *prevenção ao crime* ao invés do foco tradicional de punição do crime.¹⁵⁶

No Equador, recentemente, houve a promulgação da Constituição de 20 de outubro de 2008, cujo art. 171¹⁵⁷ foi objeto de larga discussão, já que possibilita à criada Justiça Indígena decidir, inclusive, sobre crimes de menor potencial ofensivo ou decorrentes da tradição indigenista com função jurisdicional. Além disso, o dispositivo demonstra a relativização de uma das características soberanas do Estado, apontada por Alessi (1949), que é a jurisdição.

No âmbito do Direito Civil, embora haja a previsão legal da indisponibilidade dos direitos que não se possa transacionar – art. 841, CC/2002 – é curioso que o

¹⁵³ Art. 76 da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (...) §4.º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.”

¹⁵⁴ Art. 8.º, parágrafo único, da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

¹⁵⁵ Art. 107, IX do CP: “Extingue-se a punibilidade: (...) pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.”

¹⁵⁶ Nesse sentido, veja-se obra de advogada e professora universitária argentina: DEL VAL, Teresa M. **Mediación en materia penal**: La mediación previene el delito? 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2009, 288p.

¹⁵⁷ Art. 171 da Constitución de la República del Ecuador, de 20 de outubro de 2008: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.” Tradução livre: “As autoridades das comunidades, povos e nacionalidades indígenas exercerão funções jurisdicionais, com base em suas tradições ancestrais e seu direito próprio, dentro de seu âmbito territorial, com garantia de participação e decisão das mulheres. As autoridades aplicarão normas e procedimentos próprios para a solução de seus conflitos internos, e que não sejam contrários à Constituição e aos direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais. O Estado garantirá que as decisões da jurisdição indígena sejam respeitadas pelas instituições e autoridades públicas. Ditas decisões estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade. A lei estabelecerá os mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária.” Isso demonstra o quanto a clássica definição da Teoria Geral do Processo a respeito de *jurisdição* como ponto de partida da técnica científica processual e como aquela emanada de órgão diretamente vinculado ao Estado precisa ser repensada. Nesse sentido: BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.) **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 227-238 e MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 2005, p. 13-66.

artigo antecedente – 840, CC/2002¹⁵⁸ – defina a transação como o negócio jurídico em que há concessões mútuas.

A questão importa no sentido de que, hoje, se admite concessões de direitos da seara civil se houver a incidência, por exemplo, do princípio de dignidade humana. Ora, o direito a alimentos é irrenunciável,¹⁵⁹ mas, no momento da audiência de conciliação numa Vara de Família, o alimentante e o alimentado sopesarão a possibilidade pecuniária do primeiro à necessidade do segundo. Por isso, Alvim (2004) observou que a indisponibilidade recai sobre o *an debeatur* e não sobre o *quantum debeatur*.

Os direitos fundamentais, de eminente valor pessoal e com reflexos na seara civil, até certo tempo, eram tidos como absolutos e irrenunciáveis. Tanto que na SE 5.206/Reino Unido, já mencionada, o Min. do STF, Moreira Alves, justificou a questão de ordem para verificar a constitucionalidade da LAB apontando

o problema de saber se a lei em causa, que disciplina a arbitragem, contraria, ou não, o princípio, que se insere entre os *direitos fundamentais*, do *livre acesso ao Poder Judiciário*.

Trata-se de problema delicado, pois pode envolver a *questão da renúncia de direito fundamental*, que, em princípio, são irrenunciáveis por sua própria natureza.

Proponho, assim, (...) o exame incidente da inconstitucionalidade da Lei 9.307/96. (p. 971)

Assim, tem-se o entendimento de que direitos fundamentais são indisponíveis e, por consequência, irrenunciáveis. É afirmar sobre a existência de *direitos absolutos*, impassíveis de transação, disponibilidade, renunciabilidade.

Acontece que a doutrina, a jurisprudência e as leis, não só a brasileira, demonstram não haver entendimento mais enganoso.

A pensar assim, a vida e todos os aspectos de sua conservação seriam direitos absolutos por decorrência do art. 5º, *caput*, CR/88 e pelo art. 11,¹⁶⁰ CC/2002, direitos civis constitucionalizados.

Porém, o avanço tecnológico e científico da medicina, hoje, quase que impedem um doente terminal de por termo à vida, o que suscita debate jurídico a

¹⁵⁸ Art. 840, CC/2002: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.”

¹⁵⁹ Art. 1.707, CC/2002: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos (...).”

¹⁶⁰ Art. 11, CC/2002: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

respeito do chamado *direito de morrer*.¹⁶¹ A questão é de tal forma latente para a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que, na Itália, em última e definitiva instância perante a Corte constitucional daquele país, admitiu-se a eutanásia a despeito da ausência de autorização legal.¹⁶²

Por outro lado, a ampla disponibilidade contratual sofre ponderações pelo CC de 2002 que prevê, entre outras coisas, a função social do contrato, princípios de boa-fé objetiva – arts. 421 e 422 do CC/2002 – criando-se, portanto, um plexo de tutela estatal decorrentes de interesse indisponível.

Mesmo no Direito Empresarial há a condução, no caminho inverso, de disponibilidade plena para uma comedia e até indisponível. Caso da Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, referente à recuperação judicial e falência de sociedades empresárias, que, em seu art. 141, II¹⁶³ admite a alienação de todo o estabelecimento, em bloco ou em separado, para realização do ativo necessário para pagamento dos credores da massa falida.

Nesses termos, a lei quis fixar que o empresário até tem o direito de falir, mas não de “fechar” o estabelecimento e direitos dele decorrentes por configurar a propriedade com função social a cumprir.

No âmbito do Direito Tributário, há os parcelamentos e a tendência de se admitir transação de créditos tributários, que relativizam a indisponibilidade.¹⁶⁴

¹⁶¹ No Brasil, houve debate e ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, cuja liminar deferida suspendeu os efeitos da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1805, publicado no Diário Oficial da União em 28 de novembro de 2006, que admite a supressão de procedimentos terapêuticos em doentes terminais em determinadas circunstâncias. Nesse sentido: PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Loyola, 2001, 431p. LOPES, Simone Cristine Araújo. Apontamentos legais de bioética e da doutrina católica sobre a ortotanásia. **Lumem Veritatis**. São Paulo, Ano II, n. 6, p. 83-98, jan./mar. 2009.

¹⁶² Ressalte-se que o caso “Eluana Englaro” era de eutanásia, ou seja, morte por supressão de alimentação. A diferença é importante porque mesmo países como o Brasil que tem projeto de lei [PLS n.º 116, 2000, de autoria do Senador Gerson Camata] para excluir de punibilidade o ato do médico que suprimir tratamento em caso de ortotanásia e o direito de morrer, não se aceita a eutanásia. A Corte Constitucional italiana, ao reformar a sentença que se manteve por três instâncias inferiores antes de chegar ao mais alto Tribunal daquele país, em verdade, autorizou a eutanásia por aplicação de princípios humanitários e a despeito de ausência de lei italiana sobre a questão. O texto de Cassação civil, datada de 16 out. 2007, oferece o liame da discussão e está disponível em <http://www.bioetichet.eu/Cass.%20Civ.%2021748-07.pdf> Acesso em 02 nov. 2008.

¹⁶³ Art. 141, Lei n.º 11.101/05: “Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo: (...) II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidente de trabalho.”

¹⁶⁴ Em Portugal, avança o projeto para aplicar a Arbitragem no contencioso fiscal, sendo já prática comum para o contencioso administrativo pelo Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Vide em http://www.asjp.eu/images/stories/revistaimprensa/11%2014_12_09.pdf Acesso em 12 dez. 2009.

No Direito do Trabalho, inclusive, sobre a disponibilidade com foco no *aspecto patrimonial*, houve discussão entre o Min. Moreira Alves e Min. Nelson Jobim no julgamento da SE 5.206/Reino Unido, referente à constitucionalidade da LAB:

O Senhor Ministro Moreira Alves – E o contrato de trabalho?

O Sr. Ministro Nelson Jobim – Mas o contrato de trabalho é contrato patrimonial disponível? É direito patrimonial disponível?

O Senhor Ministro Moreira Alves – Sim.

O Sr. Ministro Nelson Jobim – Ministro, esta Lei não se destina a contrato de trabalho. Ela trata de relações patrimoniais decorrentes de contratos patrimoniais disponíveis: patrimônio, negócio jurídico, patrimônio, e não contrato de trabalho, salvo se V. Exa. achar que o trabalho é um patrimônio. No sentido legal da expressão não é tratado como tal.

O Senhor Ministro Moreira Alves – São patrimoniais. E por que não posso estabelecer arbitragem com relação aos direitos patrimoniais? (BRASIL, p. 1081-1082)

Desse modo, porque resulta em remuneração – aspecto patrimonial – o contrato de trabalho seria disponível para um, enquanto para o outro não é possível essa aplicação jurídica por interpretação do regime aplicável ao Direito do Trabalho de proteção à parte juridicamente hipossuficiente, empregado.

Essa abordagem aplica-se, inclusive, para a Arbitragem no Direito do Trabalho, cuja tese foi debatida em ação civil pública n.º 00259-2008-075-03-00-2, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região, na 1ª Vara do Trabalho da Seção de Pouso Alegre/MG.¹⁶⁵

Os acontecimentos que motivaram a ação civil pública originam-se de uma denúncia sigilosa – em que a identidade do denunciante é protegida por sigilo e, portanto, não se trata de denúncia “anônima” - feita ao MPT da 3ª Região.

No referido documento, o denunciante afirmava que um hospital da cidade obrigava seus empregados a se submeterem a um Tribunal Arbitral da região para o acerto das verbas trabalhistas devidas. Esse primeiro elemento já é indiciário da nulidade do compromisso arbitral em vista de que a Arbitragem jamais poderá ser obrigatória, nos termos da LAB.

No Município de Pouso Alegre, conforme documentação acostada aos autos da ação, houve vários acordos realizados no referido Tribunal Arbitral, constando no

¹⁶⁵ As informações baseiam-se em entrevistas realizadas com a Procuradora do Trabalho responsável pela condução da caso, com o Juiz responsável pelo deferimento da liminar em 1ª Instância, com o Desembargador-Relator do acórdão em 2ª Instância e um Ministro do TST que, embora não relacionado ao julgamento do caso, forneceu elementos conceituais a respeito da Arbitragem no Direito Individual do Trabalho. E, também, aos documentos disponibilizados nos sites do TRT-3ª Região e TST, onde o feito tramitou e que, até o fechamento da redação da dissertação, não consta trânsito em julgado, com possibilidade de recursos.

processo mais de cinco volumes só de atas realizadas junto ao órgão arbitral. Segundo prova testemunhal nos autos, poucos empregados procuraram a Justiça do Trabalho, posteriormente, para anular os referidos acordos. A maioria, portanto, aceitou o resultado da mediação promovida em sede arbitral.

Não obstante, na decisão liminar que determinou a suspensão das atividades do Tribunal Arbitral para litígios trabalhistas, o Juiz fundamentou que ao se processar a mediação e não obtendo consenso, o Tribunal Arbitral encerrava suas atividades, obstando a instauração da Arbitragem entre as partes o que, em tese, contraria a própria finalidade da LAB.

A defesa do Tribunal Arbitral, a esse respeito, manifestou que, em verdade, havia o procedimento de mediação primeiro e, antes da constituição da Arbitragem, as partes eram instadas se desejavam prosseguir e, como elas não admitiam a continuidade – por esse motivo – é que não se efetivou prolação de sentença arbitral, encaminhando-as à Justiça do Trabalho.

Nesse ponto é importante ressaltar que, em verdade, a Arbitragem – que detém *função jurisdicional* para julgar os fatos e o *Direito* relativos ao litígio submetidos ao crivo do árbitro – difere da Mediação – que se trata de mera assistência às partes para chegarem ao acordo, sem interferência *direta* do mediador que, nessa função, não manifesta sua opinião e nem pretende decidir a quem assiste o Direito. Limita-se a fornecer aos envolvidos elementos para a composição, sem função jurisdicional.

As câmaras especializadas em Arbitragem, em regra, preveem em seus regulamentos a mediação anterior à instauração do processo arbitral.¹⁶⁶ Dessa forma, a Arbitragem tanto pode ser instaurada ou não, ao final da mediação que, aliás, *não faz coisa julgada*. O cerne do problema parece estar, ainda que sem ter qualidade equivalente à sentença ao acordo não realizado na mediação, no fato de que a *própria empregadora não se interessaria na instituição arbitral*.

Por um motivo singelo: é que, ao contrário do que possa parecer, o *juiz arbitral não é livre para decidir o que quiser*. Sua atividade terá que se pautar nos

¹⁶⁶ Nesse sentido, veja-se, a título de exemplo, os regulamentos de câmaras arbitrais para a Mediação em: <http://www.camaradearbitragemsp.org.br/documentos/mediacao.pdf>, http://www.saopauloarbitragem.com.br/noticias.asp?id_parametro=noticia&id_tipo_noticia=2&id_secao=8&id_noticia=16 e <http://www.caminas.com.br/normas/download/Regulamento%20de%20Mediação.pdf> Acessos em 10 nov. 2009.

termos da lei, mesmo quando autorizado a julgar por equidade pelas partes.¹⁶⁷ Dessa forma, o risco do valor da condenação atinge o seu grau máximo, enquanto que, na Justiça do Trabalho, o empregador teria melhores possibilidades de uma condenação menor – inclusive nova oportunidade para acordo com coisa julgada - sem o risco acrescido da suspeição da Arbitragem e a jurisprudência não pacificada sobre a matéria no Poder Judiciário Trabalhista.

Feita essa ressalva, as atas do Tribunal Arbitral de Pouso Alegre referentes à mediação continham, nos acordos que foram realizados e constantes na ação, renúncia à estabilidade, renúncia à assinatura de contrato de trabalho na carteira de trabalho e previdência social de um empregado que tinha mais de vinte anos de serviço, pagamento de meras verbas trabalhistas de forma parcelada e sem a incidência legal do art. 477, CLT (indenização rescisória), pagamento com ampla e irrestrita quitação, todas motivadoras da ação do MPT.¹⁶⁸

Diante desses fatos, o juízo de primeira instância da Justiça do Trabalho da Seção Judiciária de Pouso Alegre/MG julgou parcialmente procedente a ação civil pública para que a Câmara Arbitral se abstivesse de realizar “dissídios individuais de natureza trabalhista, sob pena de multa (...). [e] pagar indenização por danos morais coletivos (...).”

Perante o TRT-3ª Região, em vista de recursos apresentados pelo MPT e pela Câmara Arbitral, a sentença foi reformada por acórdão do RO 00259-2008-075-03-00-2 que, ao contrário, admitiu a Arbitragem para solução de litígios individuais trabalhistas.

¹⁶⁷ Nesse sentido, indica-se pesquisa da jurisprudência brasileira a respeito das sentenças arbitrais, ainda em curso e promovida pela Fundação Getúlio Vargas e Comitê Brasileiro de Arbitragem, cuja conclusão preliminar aponta escassas ações de nulidade das sentenças arbitrais procedentes e, as existentes foram fundadas ou por vício de consentimento na criação da Arbitragem ou por erro no procedimento arbitral e desrespeito ao devido processo legal. Ou seja: se a instituição da Arbitragem e o árbitro se pautarem conforme o ordenamento jurídico brasileiro não há acatamento para nulidade das sentenças em sede jurisdicional pública. Disponível em: http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_GV-CBAr_relatorio_final_1_etapa_2fase_24.06.09.pdf Acesso em 11 nov. 2009.

¹⁶⁸ Nas entrevistas realizadas no Fórum da Justiça do Trabalho da Seção de Belo Horizonte, quase todos os magistrados manifestaram preocupação com a Arbitragem por conta dessas renúncias a direitos trabalhistas, em tese, indisponíveis, de parte economicamente hipossuficiente (empregado). Afinal, “a maior parte da clientela da Justiça do Trabalho é composta por pessoas muito simples, analfabetas até”. Não obstante, parte deles reconheceu que, na fase da audiência de conciliação, a praxe do acordo é que haja a renúncia, expressa ou tácita, aos mesmos direitos. Alguns, porém, ressaltaram que se o acordo não obedecer a um “mínimo ético” pelas partes, procuram interferir nos termos da conciliação.

Veja-se a ementa, que traz um apanhado histórico da Arbitragem, bem como a existência de normas trabalhistas – coletivas e individuais - que a mencionam, cujo valor didático vale transcrição integral, com grifos acrescidos:

ARBITRAGEM E CONFLITOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. **CONCEITO DE INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS. EFEITOS JURÍDICOS.**

A arbitragem é, por excelência, o meio de solução de conflitos humanos, precedendo no tempo ao próprio Poder Judiciário.

A solução de conflitos por um terceiro isento, escolhido pelas partes, sempre foi o caminho histórico de pacificação de litígios, porque, gozando da confiança dos que lhe pedem justiça, concilia a rigidez da norma com a flexibilização natural da equidade.

Somente na **fase imperial de Roma é que se adotou a solução exclusivamente estatal de controvérsias.** Antes, no período das “legis actiones” e no período “per formulam”, a atuação do pretor se limitava a dar a ação, compor o litígio e fixar o “thema decidendum”. A partir daqui, **entregava o julgamento a um árbitro, que podia ser qualquer cidadão romano.**

Esta situação predominou durante a Idade Média, em que não havia tribunais exclusivamente patrocinados pelo Estado pois, pertencendo o cidadão a reinos e condados, comandados por nobres e senhores feudais, **a justiça era feita de comum acordo, por tribunais comunitários, de natureza mais compositiva do que decisória.**

Somente a partir do século XVIII, com a criação do Estado Constitucional é que houve o monopólio pelo Estado da prestação jurisdicional. Esta nova postura, entretanto, nunca exclui o julgamento fora do Estado, por terceiros escolhidos pelas partes, pois não é, nem nunca foi possível ao Estado decidir sozinho as controvérsias humanas, principalmente na sociedade moderna, em que se **multiplicam os conflitos e acirram-se as divergências, não só dos cidadãos entre si, mas deles contra o Estado e do Estado contra seus jurisdicionados.**

O próprio Estado brasileiro, através da Lei 9.307/96 deu um passo decisivo neste aspecto, salientando, em seu artigo primeiro, que: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Desta forma, conciliou-se o monopólio da jurisdição, naquilo que o Estado considera fundante e inalienável para constituir a ordem pública e o interesse social com direitos em que predominam os interesses individuais ou coletivos, centrados em pessoas ou grupos.

Os conflitos trabalhistas não se excluem do âmbito genérico do art. 1º da Lei 9.307/96 porque seus autores são pessoas capazes de contratar e detêm a titularidade de direitos patrimoniais disponíveis.

A indisponibilidade de direitos trabalhistas é conceito válido e internacionalmente reconhecido porque se trata de núcleos mínimos de proteção jurídica, com que o trabalhador é dotado para compensar a desigualdade econômica gerada por sua posição histórica na sociedade capitalista. Destes conteúdos mínimos, não têm as partes disponibilidade porque **afetaria a busca do equilíbrio ideal** que o legislador sempre tentou estabelecer entre o empregado e o empregador.

Porém indisponibilidade não se confunde com transação, quando há dúvida sobre os efeitos patrimoniais de direitos trabalhistas em situações concretas. **Indisponibilidade não se há de confundir-se com efeitos ou consequências patrimoniais.** Neste caso, a negociação é plenamente possível e seu impedimento, pela lei ou pela doutrina, reduziria o empregado à incapacidade jurídica, o que é inadmissível, porque tutela e

proteção não se confundem com privação da capacidade negocial como atributo jurídico elementar de todo cidadão.

A **arbitragem, tradicionalmente prevista no Direito Coletivo**,¹⁶⁹ pode e deve também entender-se ao Direito individual, porque nele a **patrimonialidade e a disponibilidade de seus efeitos é indiscutível** e é o que **mais se trata nas Varas Trabalhistas, importando na solução, por este meio, de 50% dos conflitos em âmbito nacional**. Basta que se cerque de cuidados e se mantenha isenta de vícios, a declaração do empregado pela opção da arbitragem que poderá ser manifestada, por exemplo, com a assistência de seu sindicato, pelo Ministério Público do Trabalho ou por cláusula e condições constantes de negociação coletiva.

Em vez da proibição, **a proteção deve circunscrever-se à garantia da vontade independente e livre do empregado para resolver seus conflitos**. Se opta soberanamente pela solução arbitral, através de árbitro livremente escolhido, não se há de impedir esta escolha, principalmente quando se sabe que a solução judicial pode demorar anos, quando o processo percorre todas as instâncias, submetendo o crédito do emprego a evidentes desgastes, pois são notórias as insuficiências corretivas dos mecanismos legais.

A arbitragem em conflitos individuais já é prevista na Lei de Greve – Lei 7.783/89, art. 7º; Lei de Participação nos Lucros – Lei 10.102/00; na Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ratificada pelo Decreto 4.311/02. Trata-se, portanto, de instituição já inserida no Direito brasileiro, que não pode mais ser renegada pela doutrina ou pela jurisprudência, sob pena de atraso e desconhecimento dos caminhos por onde se distende hoje o moderno Direito do Trabalho.

Já é tempo de confiar na independência e maturidade do trabalhador brasileiro, mesmo nos mais humildes, principalmente quando sua vontade tem o reforço da atividade sindical, da negociação coletiva, do **Ministério Público, que inclusive pode ser árbitro nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho – art. 83, X, da LC 75/93**.

A relutância em admitir a arbitragem em conflitos individuais de trabalho é uma prevenção injustificada que merece urgente revisão. Não se pode impedir que o empregado, através de manifestação de vontade isenta de vício ou coação, opte por meios mais céleres, rápidos e eficientes de solução do conflito do que a jurisdição do Estado. (MINAS GERAIS, RO 00259-2008-075-03-00-2)

Interposto Recurso de Revista ao TST pelo MPT-3ª Região, o acórdão do TRT-3ª Região citado foi reformado apenas parcialmente para determinar que a ré obrigue-se a não fazer, “consistente na abstenção de atuar na solução de conflitos trabalhistas, nos casos em que eventual cláusula de eleição da via arbitral tenha sido objeto do contrato de trabalho ou de aditamento no contrato de vigência da relação de emprego” (BRASIL, RR 00259-2008-075-03-00-2).

É que os Ministros do TST entenderam que após o termo do contrato de trabalho, o empregado não mais estará sob situação de vulnerabilidade ou

¹⁶⁹ No entanto, todos os entrevistados que militam na área trabalhista jamais presenciaram ou souberam de uma arbitragem no Direito Coletivo do Trabalho, como autoriza o art. 114, § 1º, CR/88. A Constituição do Equador de 2008, em seu art. 326, ao contrário da brasileira, *obriga* a solução de conflitos coletivos de trabalho apenas a tribunais de conciliação ou arbitragem: “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.”

subordinação moral ao empregador, podendo, nesse momento, eleger a arbitragem livremente, ressalvados os casos de vício de consentimento e os previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque o contrato de trabalho submete-se às regras próprias do contrato de adesão – art. 424 do CC/2002 - que considera como leoninas cláusulas arbitrais.

Além disso, reconheceram que os *efeitos patrimoniais do contrato de trabalho pertencem à seara de disponibilidade* e, por isso, aplicável a Arbitragem.

Na seara do Direito Internacional Público, por sua vez, há uma tendência que desnatura o próprio conceito de indisponibilidade dos chamados “atos de império” ou “poder de império”, conforme definição de Alessi (1949).

Há julgados no STJ que, a despeito da recusa em julgar outro Estado estrangeiro porque detentor de soberania, *admite a possibilidade de, uma vez citada, a referida Nação aceitar a jurisdição estatal brasileira* e, desse modo, submeter-se à julgamento e eventual condenação numa *relativização* da indisponibilidade do ato de império. De outra forma: o Estado pode renunciar à parcela de sua própria soberania se assim o quiser.¹⁷⁰

Por outro lado, na Venezuela, houve julgado pelo Tribunal Supremo de Justiça – equivalente ao STF brasileiro – em que se enfrentou a questão da soberania relativa à Arbitragem entre países estrangeiros com aquele país – Arbitragem Internacional. Ressalte-se que, expressamente, a Carta Constitucional

¹⁷⁰ Nesse sentido, cite-se o RO 72, j. 18 ago. 2009, DJe 08 set. 2009, Min. Rel. João Otávio de Noronha, que negou provimento à ação proposta por particular brasileiro que requereu indenização por danos causados à embarcação brasileira afundada pela hoje República Federal da Alemanha durante a 2ª Guerra Mundial. Citada, a Alemanha manifestou-se pela irrenunciabilidade de sua imunidade perante a jurisdição estatal brasileira e, por esse motivo tão somente, o processo foi extinto sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido em vista de atos de império durante conflagração mundial. Outro caso, de igual sentido, foi o RO 57, j. 21 ago. 2008, DJe 14 set. 2009, Min. Rel. Nancy Andrighi, que reformou decisão de juiz de primeira instância que extinguiu processo por impossibilidade jurídica do pedido indenizatório, ajuizado contra os Estados Unidos da América do Norte pelos familiares do ex-Presidente da República brasileira deposto em 1964, em tese, com o apoio daquele Estado, João Goulart. O STJ determinou que o juiz oportunizasse citação para que o país estrangeiro pudesse se manifestar a respeito da renúncia à imunidade de jurisdição referente a atos de império. A Constituição do Equador de 2008, no art. 422 é taxativa em não autorizar a cessão da jurisdição soberana da República equatoriana, salvo exceções: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de indole comercial, entre el Estado y personas naturales juridicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos em Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y com sujeición a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

venezuela prevê o juízo arbitral como parte do sistema de justiça, em paridade com o Poder Judiciário, no art. 253 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 30 de dezembro de 1999.¹⁷¹ Veja-se excerto do acórdão daquele Tribunal:

Portanto, no contexto constitucional vigente e desde uma perspectiva relativa a determinada jurisdição, resulta impossível sustentar uma teoria de imunidade absoluta ou afirmar em termos gerais a inconstitucionalidade das cláusulas arbitrais nos contratos de interesse geral, ao contrário, deve-se determinar a validade e extensão das respectivas cláusulas arbitrais e se deverá atender ao regime jurídico particular correspondente. (...) já que debaixo do princípio "entre pares não há império", se tem afirmado que um Estado soberano não pode ser julgado sem um consentimento por escrito (...). Neste ponto, o Pleno considera oportuno esclarecer que a interpretação efetuada consolida o princípio da soberania, enquanto reconhece a possibilidade do Estado de atuar no marco constitucional e legal, para submeter controvérsias relativas a contratos de interesse geral ao sistema de justiça e particularmente à atividade jurisdicional desenvolvida por árbitros (...).¹⁷² (ANZOLA, 2009, p. 305)

Feito esse sobrevoo, a conclusão que se tem é que, em quase todos os ramos do chamado Direito há a tendência a relativizar a indisponibilidade de interesses e mesmo dos direitos.

Numa perspectiva mais avançada, Ricci (2004, p. 133-134) aponta tendência de admissibilidade da arbitragem até para matérias patrimoniais indisponíveis. Cita

[o] amparo na mais avançada das leis européias: a alemã de 1997 (...), que reformou a regulamentação da arbitragem na Zivilprozessordnung (ZPO). O novo art. 1.030, § 1º, ZPO, dispõe que: "toda pretensão patrimonial pode ser objeto de convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem sobre pretensões não patrimoniais tem eficácia somente se as partes forem capazes de estipular contratos sobre o objeto da lide". A admissibilidade da arbitragem voluntária é subordinada ao caráter disponível do objeto da lide somente no que concerne às relações jurídicas não patrimoniais. No âmbito patrimonial, a possível competência do árbitro não é menos ampla do que a do juiz.

¹⁷¹ Disponível em: <http://www.constitucion.ve/constitucion.pdf> acesso em 21 nov. 2009.

¹⁷² Tradução livre: "Por lo tanto, en el contexto constitucional vigente y desde una perspectiva relativa a la determinación de la jurisdicción, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, por el contrario, para determinar la validez y extensión de la respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente. (...) ya que si bien bajo el principio "par im parem non habet imperium", se ha afirmado que um Estado soberano no puede ser juzgado sin um consentimiento por escrito (...). En este punto, la Sala considera oportuno aclarar que la interpretación efectuada consolida el principio de soberanía, en tanto reconoce la posibilidad del Estado de actuar en el marco constitucional y legal, para someter controversias relativas a contratos de interés general al sistema de justicia y particularmente a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros (...)"

Não obstante, Ricci (2004) informa que a Itália - anterior à reforma do Código de Processo Civil, dada em 2006 - não admitia a Arbitragem quanto às controvérsias que tratem de interesses ou direitos que não possam ser transacionados. Hoje, após as alterações trazidas pelo Decreto Legislativo n.º 40, de 2 de fevereiro de 2006, o art. 806 do CPC¹⁷³ italiano dispõe que

as partes podem submeter a árbitros as controvérsias entre elas que não tenham por objeto direitos indisponíveis, salvo expressa proibição legal. As controvérsias das quais cuida o artigo 409 podem ser decididas por árbitros somente se previsto por lei ou nos contratos ou acordos coletivos de trabalho.

Dessa forma, percebe-se que tanto a legislação alemã como a italiana estão bem mais avançadas que a brasileira, já que entende a vedação da Arbitragem muito além do aspecto meramente monetário, para não dizer *patrimonial*, ponto que os estudiosos da Arbitragem para a Administração Pública ressaltam quando defendem o instituto apenas para os chamados interesses *secundários* em termos de valor, o que parece ser equivocado.

Trata-se da costumeira confusão da Arbitragem como arbitramento¹⁷⁴ – fixação de valor. Ao contrário, o instituto arbitral é verdadeira *jurisdição*, enquanto que o outro é verdadeiro cálculo, sem implicação racional jurídica em seu resultado como se dá no exercício de julgar o fato e o Direito de uma questão controvertida.

Além do mais, mesmo sobre o aspecto patrimonial pode incidir a indisponibilidade de direitos, obstáculo à Arbitragem. Afinal, a doutrina entende o dinheiro público como bem público, *per se*, indisponível.

Desse modo, há de se atentar para os parâmetros que o ordenamento jurídico impõe para a verificação da indisponibilidade do interesse público.

Em verdade, ao que parece, o cerne da questão não está em valores pecuniários, mas se a renúncia e concessão de interesses pode resultar no

¹⁷³ Art. 806 do CPC italiano [tradução livre]: “Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all’articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro.”

¹⁷⁴ A confusão é tão arraigada que o Conselho Regional de Contabilidade de Minas Gerais publicou obra [BECKE, Vera Luisa. **Arbitragem: A contabilidade como instrumento de decisão**. 3. ed. Belo Horizonte: s. editora, nov. 2001.] que, na p. 23 afirma: “o árbitro-contador deve, além de seguir todos os ditames que a função exigir, ser um conhecedor da ciência e da técnica contábil, das normas brasileiras e internacionais de Contabilidade, bem como dos preceitos éticos pertinentes à sua profissão.” Nada contra a nomeação de árbitros que sejam contadores em determinados casos, mas prescindir do conhecimento jurídico é contrariar a própria LAB que define o julgador como “juiz de fato e de direito”. Amaral (2008), por isso, defende que só bacharéis em Direito podem ser árbitros.

aviltamento do mínimo existencial tanto da pessoa humana quanto da pessoa jurídica, inclusive o Estado.

Não é à toa que, paralelamente ao incremento valorativo dos princípios da dignidade da pessoa humana, da preservação da empresa - para citar apenas estes - há o *princípio da reserva do financeiramente possível*, de origem alemã, aplicada ao Estado no Brasil.¹⁷⁵ Afinal, todo direito resulta em custos, conforme Zylberstajn e Sztajn (2005).

Dessa forma, toda obrigação imposta à Administração Pública que lhe onerar além do possível será inexecutável não porque ela se omita ou não queira cumprir o comando, mas por impossibilidade fática, que resguarde o seu direito de existir e possa garantir a continuidade da prestação de serviços públicos a que está vinculada, constitucionalmente, em distribuição de competências.¹⁷⁶

Por isso, em tese, tudo é possível de disponibilidade, bastando, para tanto, não só a previsão legal, conforme Lacerda (1998) por iniciativa do Estado-ordem jurídica, como a preservação de garantias de mínimo existencial das atividades da Administração Pública.

Se o direito resultante em valores pecuniários, *per se*, fosse disponível, não haveria, no ordenamento jurídico, por exemplo, a vedação à renúncia à aposentação,¹⁷⁷ salvo se para obter um benefício melhor. A finalidade da norma é garantir que o indivíduo em condições de capacidade laboral vulneradas tenha a percepção mensal mínima, correspondente a um direito adquirido, e suficiente para lhe dar melhor condição de vida na velhice ou durante a doença.

Por outro lado, parece falho o argumento segundo o qual os direitos patrimoniais são disponíveis e de teor econômico para o Estado se considerar o Livro Branco das Superindenizações do INCRA, que motivaram ações judiciais. Há o caso dos ex-proprietários do imóvel Fazendas Reunidas, situado no Município de Promissão/SP, desapropriado para fins de reforma agrária em 1987 e que foi

¹⁷⁵ Veja-se: LOUWERENS, Annabel Lee. Breve reflexão sobre a reserva do possível. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (org.). **Direito Público:** Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Tributário. Belo Horizonte: IEC, 2006, p. 215-221

¹⁷⁶ Não se trata, aqui, por óbvio, de vícios absolutos como o superfaturamento de obras, corolário de corrupção, caso pertinente às devidas ações de controle administrativo, jurisdicional, legislativo e político. O que se visa tratar, aqui, é de limites de julgamento, cabível tanto ao Poder Judiciário como, à toda evidência, à Arbitragem.

¹⁷⁷ Art. 58, §2º, Decreto n.º 2.172, de 5 de março de 1997: "As aposentadorias por idade, tempo de serviço especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis."

avaliado pelo INCRA em quase vinte e seis milhões de reais, valor que, no Judiciário, foi elevado a quase trezentos e oitenta e seis milhões de reais e, hoje, conforme atualização, já beira a um bilhão de reais. Tanto que o Tribunal Regional Federal paulista, atendendo à ação de nulidade proposta pelo INCRA, já determinou nova perícia no imóvel.¹⁷⁸

Verdade que a situação não tem como ser verificada senão no caso concreto, o que só incrementa a necessidade de uma ampla participação no processo arbitral que tenha impacto nas políticas públicas.

Curiosamente, Alessi (1949, p. 124) já afirmava que o sujeito administrativo “Administração Pública” pode *facilmente* entrar em conflito com o interesse público e dá exemplo de um mesmo contexto, em nota de rodapé:

Por exemplo, no interesse secundário da administração poderia a mesma pagar os próprios empregados o menos possível, e aumentar ao máximo possível os impostos, com finalidade de aumentar ao máximo as próprias disponibilidades patrimoniais: ao contrário, o interesse público (coletivo) exige, respectivamente, que os empregados sejam pagos de modo suficiente a colocá-los em melhores condições a fim de que as prestações deles sejam eficazes, e os cidadãos não sejam onerados de impostos além de uma dada medida.¹⁷⁹

Por outro lado, a Administração Pública não só pode como, em determinados casos, é compelida a realizar transação, conforme Batista Júnior (2007), com as outras partes, em nada obstando a Arbitragem a mera imposição do princípio da indisponibilidade do interesse público que, por todos os motivos já aventados, deve ser contextualizado sob o prisma de funcionalidade do mesmo princípio que é a preservação da soberania do Estado em favor do cidadão e não o contrário.

É certo que se aponta, pela doutrina, o controle da Administração mediante ações não específicas, como em ações ordinárias. Não se entende o porquê de excluir a Arbitragem desse controle. Mesmo porque muitas das ações judiciais apenas resultam em título executivo que poderá ensejar uma nova ação judicial para tornar realidade o Direito declarado na decisão judicial, como já afirmava Cretella Júnior (2000, p. 928): “Logo, o controle do ato administrativo ou de fato administrativo danoso pode ser feito jurisdicionalmente, pela ação declaratória, cuja

¹⁷⁸Disponível:http://www.incra.gov.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=319&Itemid=140 Acesso em 04 jan. 2010.

¹⁷⁹Tradução livre: “Ad es. l’interesse secundario dell’amministrazione porterebbe la stessa a pagare i propri impiegati il meno possibile, e ad aumentare al massimo le proprie disponibilità patrimoniali: per contro, l’interesse pubblico (collettivo) esige, rispettivamente, che gli impiegati siano pagati in modo sufficiente a metterli nelle migliori condizioni acciocchè le loro prestazioni siano efficaci, ed i cittadini non siano gravati di imposte oltre una data misura.”

sentença valerá depois como título para a propositura de outro tipo de ação contra o Estado.”

Ora, a Arbitragem viria a produzir exatamente os mesmos efeitos de uma decisão judicial, com a diferença de ser entregue a solução do litígio a um árbitro escolhido pelas partes, podendo ser um especialista da área relativa à lide e com o tempo definido para elaboração do laudo arbitral - título executivo.

Aliás, é bom frisar igual tendência em outros ordenamentos no sentido de estimular o uso de sistemas alternativos de solução de disputas onde houver a presença do Estado, como na vizinha Argentina aos contratos públicos:

Os chamados sistemas alternativos de resolução de disputas, como a mediação, o a arbitragem também podem chegar a conduzir à renegociação do contrato público.

A mediação regulamentada pela lei 24.573, de caráter obrigatório e como condição de admissibilidade das demandas no foro civil, mas voluntária quando se trata de demandas nas quais o Estado ou suas entidades descentralizadas sejam parte (art. 2, inc. 4), se apresenta como um procedimento parajudicial, ainda que caiba destacar que o papel do mediador procura a composição pelas partes, detectando os conflitos, de interesses reais, focalizando de tal modo que possibilite a superação das diferenças (...) Não obstante, resulta um âmbito a partir da qual, as partes podem ver ajuizada a renegociação ou reconversão do contrato. (DROMI, 1996, p. 157-158)¹⁸⁰

Ricci (2004, p. 137-138), numa perspectiva mais ousada, defende a aplicação da Arbitragem ainda que o objeto for de direito indisponível. O citado professor da *Università di Milano*, comentando a lei de arbitragem brasileira, conclui que *não há proibição de natureza constitucional* da utilização da Arbitragem em matérias indisponíveis e que, atualmente, ela ruma à admissibilidade em matérias patrimoniais indisponíveis.

...torna-se cada dia mais evidente que a arbitragem merece a mesma confiança com que é considerado o processo judicial. Uma vez assegurada a

¹⁸⁰ Tradução livre: “Los llamados sistemas alternativos de resolución de disputas, como la mediación, o el arbitraje, también pueden llegar a conducir la renegociación del contrato público. La mediación regulada por la ley 24.573, de carácter obligatorio y como condición de admissibilidad de las demandas en el fuero civil, pero voluntaria cuando se trata de demandas en las que el Estado o sus entidades descentralizadas sean parte (art. 2, inc. 4), se presente como un procedimiento parajudicial, aunque cabe destacar que el papel del mediador procura el acercamiento de las partes, detectando los conflictos, de intereses reales, focalizando de tal modo la superación de las diferencias (...) No obstante, resulta un ámbito a partir del cual, las partes pueden ver encauzada la renegociación o reconversión del contrato.” A referida Lei argentina n.º 24.573, de 04 de outubro de 1995, ainda em vigor, obteve, só na Província de Buenos Aires, a resolução dos feitos judiciais por acordo em até 30%, sendo representativo de quase 55% das ações com valor inferior a cinco mil pesos. Dados disponíveis em: http://www.britcham.com.br/download/resenha_jan-fev_2004.pdf Acesso em 10 fev. 2009.

aplicação dos dispositivos inderrogáveis (matéria de ordem pública), a arbitragem bem disciplinada (mediante inclusão das garantias da independência do árbitro, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade etc.) é perfeito equivalente do processo judicial, sobretudo quando a sentença arbitral for impugnável perante a Autoridade Judiciária por meio igualmente bem disciplinado. O problema atual não é o de limitar o âmbito da arbitragem, mas o de adotar a melhor disciplina possível.

É que o princípio da autonomia das vontades inclui poder de dispor de direito próprio da Administração Pública se houver *autorização legal*. Se o Estado está autorizado a contratar Arbitragem, por lei, evidentemente que o princípio geral da indisponibilidade do interesse público não parece ser aplicável.

Verifica-se, portanto, que os tipos de controle tradicionais, em regra, deixam pouca margem para adequação dos interesses envolvidos. Assim, o Juízo de controle terá que declarar o Direito, sendo o mérito uma apuração sobre a legalidade do ato que, forçosamente, é imposto ao árbitro por determinação da própria LAB. Assim, quando se fala em controle como meio de mecanismo de controle de legalidade, obviamente, o árbitro não estará impedido de julgar porque ele é obrigado a isso: julgar conforme o ordenamento jurídico a que se vincula.

Evidentemente que a Arbitragem internacional é um caso à parte, que foge à análise do presente trabalho, porém, apto a outros campos de investigação científica, inclusive o Direito Internacional.

No entanto, há de se fazer uma ressalva: assim como o órgão jurisdicional estatal singular está autorizado a exercer um *controle de constitucionalidade difuso*, enquanto que, por força constitucional, o *controle concentrado* é reservado ao STF ou aos Plenários das Cortes Estaduais (art. 102 e art. 125, CR/88), assim, também, parece que, por analogia, o árbitro ou tribunal arbitral poderá exercer o controle de legalidade difuso ou sobre os efeitos dos atos motivadores do litígio a ser julgado, cabendo ao Poder Judiciário, exclusivamente, o controle de legalidade que já lhe é previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXV, CR/88.

Desse modo, parece que juízo arbitral pode afastar os efeitos de um ato administrativo que reputar nulo sem, no entanto, declarar sua nulidade por obediência ao princípio de presunção de legalidade.¹⁸¹ É que todo ato ilegal é, por

¹⁸¹ Nesse sentido, é pertinente a distinção do *ilícito* e do *ilegal*, feito por Alessi (1949, v. 2, p. 31): “la logica giuridica esige che la reazione contro l’illeale esplicazione della funzione amministrativa si traduca in istituti e mezzi ben distinti a seconda che si tratti di esplicazione meramente illegale, ovvero di esplicazione anche illecita. (...) Qui basterà pertanto ricordare che illecita é l’attività dell’amministrazione – al pari di quella di ogni altro soggetto di diritto – lesiva di quella che é la sfera giuridica di un diverso soggetto di diritto, con violazione di quelle norme giuridiche (norme c.d. di

força, ilícito, enquanto que nem toda ilicitude possa estar viciada por ilegalidade. Afinal, toda ilegalidade é ilícita, enquanto que nem toda ilicitude é ilegal.

Mello (2008, p. 80), citando Giovanni Miele, reconhece a carência sobre um estudo mais pormenorizado acerca dos princípios de Direito Administrativo:

(...) nada existe para o ordenamento jurídico se não tem vida nele e por ele, e toda figura, instituto ou relação com que nos encontramos, percorrendo as suas várias manifestações, tem uma realidade própria que não é menos real que qualquer outro produto do espírito humano em outros campos e direções. A realidade do ordenamento jurídico não tem outro termo de confronto senão ele mesmo: donde ser imprópria a comparação com outra realidade, com o fito de verificar se, porventura, as manifestações do primeiro conferem com aquele ou se afastam das manifestações do mundo natural, histórico ou metafísico.

Ainda há muito o que navegar, portanto.

2.2.4 Da Res Extra Commercium

Por fim, um dos argumentos que buscam rechaçar a Arbitragem como instrumento alternativo de solução de litígios com a Administração Pública é o das “coisas fora do comércio”, instituto herdado do Direito Privado, originado na Roma antiga.

De fato, Cretella Júnior (2003) observa que o commercium designa a esfera jurídica patrimonial, enquanto que extra commercium seria o conjunto de coisas não passíveis de relações patrimoniais, não podendo ser apropriadas por entes privados e por atos jurídicos.

Interessante observar que, mesmo no Direito Romano, as regras para as *res divini iuris*, consideradas como coisas fora do comércio em vista da implicação religiosa que lhes impunha não eram aplicadas taxativamente, mas numa

relazione) le quali sono dettate allo scopo precipuo appunto di regolare i rapporti tra i diversi soggetti circoscrivendo attorno ad ognuno una sfera giuridica entro la quale ogni soggetto é libero di esplicare la propria attività al fine del soddisfacimento del proprio interesse soggettivo. (...) Per contro, meramente illegale é l'attività della amministrazione compiuta con trasgressione di quelle norme (formali o sostanziali) – c.d. norme d'azione – dettate unicamente al fine di disciplinare l'attività dell'amministrazione nell'interesse pubblico, onde illegalità mera é la mancata conformazione dell'attività amministrativa alle norme suddette, e, quindi, all'interesse pubblico.”

perspectiva principiológica pela qual o homem – e sua redenção - é mais valioso que qualquer coisa “*extra commercium*”.

Sob influência do cristianismo altera-se a noção pagã a respeito das res divini iuris. Consideram-se agora como res sacrae apenas as coisas que por meio dos bispos “pontífices” se consagram a Deus (...). Exatamente por causa do destino sobrenatural que lhes é inerente são inalienáveis. Justiniano, com apoio em Santo Ambrósio, permite, por exceção, que se alienem vasos sagrados como resgate de prisioneiros porque a redenção da alma é a mais valiosa de todas as coisas”. (CRETELLA JÚNIOR, 2003, p. 117)

Nem os teólogos conseguem ser tão apegados à lei para legitimar a vulneração da finalidade de todo o Direito: o ser humano.

De qualquer forma, a especificação dos bens públicos em geral como coisas fora do comércio é nada mais que restrição imposta por lei geral, aqui entendidos não apenas bens materiais ou corpóreos, como imateriais e incorpóreos.¹⁸²

Dessa forma, a inalienabilidade, aplicação lógica das “coisas fora do comércio”, protege o bem do próprio titular (povo) ou gestor (agente público) e, noutro giro, implica na impossibilidade de transmissão do bem sem prévia autorização legal. É o que o art. 101 do CC/2002, por exemplo, dispõe: “os bens públicos dominicais podem ser alienados, *observadas as exigências da lei*.”

Logo, parece que, ao dispor a legislação brasileira autorização para a aplicação do instituto da Arbitragem houve a autorização legal para tornar o bem – ou interesse – da Administração Pública passível de alienação e, com muito mais razão, submissão a julgamento de um órgão de jurisdição administrativa como é o caso do processo arbitral com ente administrativo.

Todo o argumento exposto para a relativização da supremacia e da indisponibilidade do interesse público são aplicáveis, a modo próprio, a esse argumento contrário à Arbitragem na Administração Pública, proposto por Mello (2008).

¹⁸² Aliás, “coisa” no Direito Romano vai além da conotação que a palavra adquiriu no português, abrangendo não só bens corpóreos ou materiais ou próprios para apropriação privada como também elementos incorpóreos, imateriais, res extra patrimonium, pertencente ao Estado, *verbi gratia*, o crédito. (CRETELLA JÚNIOR, 2003)

3 O REGIME JURÍDICO DA ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

Por todo o já exposto no trabalho, parece que a *Arbitragem Administrativa* é não só admitida, como encontra amparo legal e constitucional para sua realização, bastando lei que autorize sua adoção como método alternativo e consensual de solução de litígios.

No entanto, as referidas leis autorizadoras da Arbitragem envolvendo a Administração Pública padecem de omissões quanto à sua contratação, criação, viabilidade e procedimento.

Talvez esse equívoco tenha sido motivado pelo esquecimento de que, ainda que instituída a Arbitragem na qual a Administração Pública seja parte, forçosamente há de obedecer ao regime jurídico próprio da Administração Pública, qual seja, o *regime jurídico administrativo*.

Logo, embora o instituto do processo arbitral seja tipicamente formulado para o *regime jurídico privado*, paradigma sob o qual a LAB foi redigida, deverá sofrer *derrogações do direito comum* para aplicação dos princípios que tipificam o regime jurídico concernente ao Direito Administrativo.

Afinal, como já mensurado, ainda que não haja a supremacia do interesse público sobre o privado nas relações em que o Estado comparece como sujeito de direito e, ainda, a relatividade da indisponibilidade do interesse público, sempre haverá o Estado-ordem jurídica pairando sobre essas relações, presentes na carga principiológica concernente ao *regime jurídico administrativo*.

Ademais, se a Arbitragem Administrativa é mecanismo alternativo e consensual de controle da Administração Pública, similar ao processo administrativo, parece lógico reconhecer que a principiologia desse ramo processual recairá nos atos arbitrais praticados por todas as partes envolvidas, sem exclusão de igual obrigatoriedade de observância pelo juízo arbitral.

A escassez de literatura a respeito do tema, propriamente, da fase jurisdicional da Arbitragem, talvez, se explique por incipiente iniciativa de submissão dos entes administrativos públicos a esse instituto jurídico de composição de litígios,

na prática, e, também pela discussão, ainda presente, da possibilidade ou não da Arbitragem na Administração Pública, já enfrentada no presente trabalho.¹⁸³

Já a previsão de arbitragem em contratos públicos – convenção arbitral - é matéria mais comum, podendo ser analisada sob o prisma do regime jurídico administrativo, ora pretendido.

Cretella Neto (2004, p. 155), por exemplo, aponta que o Estado de Minas Gerais celebrou com a sociedade empresária Fiat S/A, quando de sua implantação no Brasil, na década de 1970, “Acordo de Comunhão de Interesses”, cuja cláusula 8.6 dispunha que

As partes procurarão resolver entre si, por via amigável, todas as controvérsias que possam [surgir em] relação [à] execução e/ou interpretação e/ou rescisão do presente Acordo. Na falta de composição pelas vias amigáveis, essas controvérsias serão resolvidas por meio da arbitragem. A Comissão de Arbitragem terá sede em Paris e será constituída por 2 (dois) Árbitros e 1 (um) Super-Árbitro. A parte que desejar levar a controvérsia ao exame de arbitragem, deverá notificar a outra Parte através de carta registrada, indicando na mesma, o nome completo e o endereço do Árbitro por ela escolhido, o qual poderá ser cidadão de qualquer país, bem como o objeto da controvérsia, a data e a referência ao presente Acordo.

Com as devidas ressalvas ao posicionamento de Cretella Neto (2004) que *parece* defender a validade da cláusula porque envolve contrato econômico internacional, observados os princípios de *pacta sunt servanda* e autonomia da vontade - a despeito da falta de indicação de norma legal autorizadora para a convenção arbitral (princípio da legalidade) - importa, para o estudo sob o prisma do regime jurídico administrativo, observar três quesitos na referida cláusula:

- 1) indicação do foro arbitral em Paris, França;
- 2) possibilidade de procedimento em língua estrangeira, quiçá, francesa;
- 3) instituição de tribunal arbitral, isto é, composto por três árbitros, que, por leitura implícita, parece ser um Árbitro indicado pelo Estado, outro, pela

¹⁸³ Sem falar que, as quatro maiores câmaras especializadas em Arbitragem, sediadas em Minas Gerais e São Paulo, entrevistadas para os fins da pesquisa, informaram não haver sido instaurado, sequer, um processo arbitral com ente público, até aquele momento (termo do contato em outubro de 2009). Uma delas, *a posteriori*, informou que houve a celebração de compromisso arbitral envolvendo ente da Administração Pública, à qual a pesquisadora não teve acesso por questões de sigilo.

Fiat e o terceiro por indicação de ambos ou pela Câmara Arbitral de Paris,¹⁸⁴ que será o seu Presidente (Super-Árbitro).

Ora, inicialmente é de se observar que a Administração Pública, *in casu*, agiu com razoabilidade ao indicar a necessária composição de *Tribunal Arbitral*, seguindo, aliás, a praxe de países como a Itália¹⁸⁵ que, igualmente, nas relações jurídicas em que entes administrativos comparecem perante um processo arbitral, para evitar privilégios no juízo arbitral, *de maneira paritária*, institui a composição de três árbitros, sendo um deles indicado pela Administração Pública, outro, pela parte e um terceiro por ambos ou por terceiro não relacionado com as partes.¹⁸⁶

Recorde-se que o “caso Lage” envolveu Tribunal Arbitral, sendo um indicado pela família Lage; outro, pela União e o terceiro, um Ministro do STF aposentado.

Aliás, nos contratos em que, atualmente, se prevê a possibilidade de Arbitragem para entes administrativos brasileiros, por seu grande vulto econômico,

¹⁸⁴ *Chambre Arbitrale de Paris*, fundada em 1926 e conforme regulamento em vigor desde 1º de setembro de 2005, disponível em: http://www.arbitrage.org/fr/procedures/reglement_fr_2005.pdf. Acesso em 22 nov. 2009. Aliás, a mesma Câmara, em face da respeitabilidade mundial que detém, julgou, em primeira instância (o regulamento prevê recurso a uma segunda instância no art. 18) o caso *Copel versus El Paso*, determinando a aplicação das leis brasileiras para o caso [informação disponível em <http://www.aenoticias.pr.gov.br/modules/news/article.php?storyid=8218>]. Não obstante, o Tribunal de Justiça do Paraná determinou a suspensão do processo arbitral, por maioria, em agravo de instrumento n.º 0149555-0, 3ª Câmara Cível, j. 06 abril de 2004, rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira, sob o argumento de que a mesma cláusula previa procedimentos amigáveis prévios, o que não foi realizado e que, além disso, não suspendendo a Arbitragem, esta poderia causar danos irreparáveis ou de difícil reparação quando sobrevier sentença do juízo de primeiro grau, cuja liminar foi recorrida e objeto do recurso. Sobre a matéria que foi objeto do julgado paranaense: DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009.

¹⁸⁵ Nesse sentido, veja-se o texto do Regulamento do Ministério da Defesa italiano para a Arbitragem em contratos com a referida parte: “Art. 16. Collegio arbitrale. 1. Qualora le parti, in sede di stipulazione del contratto, convengano di rimettere ad un collegio arbitrale, ai sensi degli art. 806 e seguenti del codice di procedura civile, la risoluzione delle controversie nascenti dal contratto stesso, il collegio arbitrale sarà così composto: a) da un magistrato della giustizia amministrativa, con qualifica non inferiore a consigliere, con funzioni di presidente; b) da un dirigente dell’Amministrazione o da un avvocato dello Stato; c) da un arbitro designato dal contraente.” E, ainda, a resolução arbitral para as controvérsias envolvendo concessão de jogos de bingo: “Art. 17. Risoluzione delle controversie. 1. Tutte Le controversie tra l’Amministrazione ed il concessionário, inerente l’interpretazione e l’applicazione della presente convenzione possono essere decise da um collegio arbitrale di tre membri dei quali uno designato dall’Amministrazione, uno dal concessionário ed il terzo, con funzioni di presidente, dai primi due arbitri di comune accordo, ovvero, in mancanza di tale accordo, dal presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell’arbitrato, il quale nominerà anche l’arbitro della parte che non vi abbia provveduto nel termine indicato nell’atto introduttivo del giudizio arbitrale.” Extraído de: FAZZALARI, Elio (direttore). **Rivista dell’Arbitrato**, Milano: Giuffrè, anno XI, n. 1/2001, p. 149 e 151.

¹⁸⁶ Se não houver consenso entre os Árbitros já indicados para a nomeação do Super Árbitro e se não houver cláusula expressa dispondo a respeito, pode-se buscar a indicação do terceiro árbitro pelo Poder Judiciário, em aplicação analógica do art. 7º, § 4º, LAB.

parece que a instituição do Tribunal Arbitral é a única possível, principalmente se houver cláusula de irrecorribilidade da sentença arbitral.

A Arbitragem de árbitro único seria interessante, até mesmo porque menos custosa, para eventual e futura dilação do instituto arbitral para causas envolvendo cidadãos que pleiteiam valores ou interesses de menor vulto, ressaltando-se, por óbvio e conforme a LAB, de que *jamaís poderá ser imposta*, mas proposta.

Outro aspecto importante é verificar que, ao indicar a Câmara Arbitral de Paris, *se adequada à legislação hoje vigente*, não seria possível porque para aquisição de serviços ou bens pela Administração Pública, necessariamente, devem ser precedidos por licitação, nos termos do art. 37, XXI, CR/88 e pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Não obstante, considerando que a cláusula foi celebrada na década de 1970 e, portanto, não havia, àquela época, tantas prestadoras de serviço em Arbitragem especializada como hoje no país, é de se concluir que se tratava de causa de *inexigibilidade de licitação*, em teor análogo, no tempo, do art. 25 da Lei n. 8.666/93, ou seja, inviabilidade de competição ou por notória especialização profissional da referida Câmara parisiense.

Feita essa ressalva, a *licitação*, quando a convenção arbitral prevê instituição externa para a solução do litígio que, aliás, fixará os honorários do terceiro árbitro,¹⁸⁷ é *obrigatória*.¹⁸⁸

Por outro lado, a convenção ora analisada parece cometer violação do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*, CR/88. Afirmar-se tal com base no fato da eleição do foro arbitral na distante Paris, França, inacessível ao comum dos cidadãos que queiram acompanhar os atos arbitrais - direito constitucionalmente assegurado - porque o bem público é bem de todos, passível de controle.

Dito de outra maneira, conclui-se que os regulamentos das instituições especializadas em Arbitragem, no Brasil, estão em desconformidade com esse mandamento constitucional se uma das partes na Arbitragem *envolver pessoa administrativa pública* e impuser sigilo ou confidencialidade do processo arbitral, que, nesses casos, ressalte-se, não se submete, puramente, às regras de Direito

¹⁸⁷ Os honorários dos árbitros indicados pelas partes, obviamente, serão arcados pelas mesmas.

¹⁸⁸ No mesmo sentido, veja-se artigo de Luciana Nardi – Arbitragem na Administração Pública - em http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=320 Acesso em 04 jan. 2010.

Privado, como parte da doutrina, como Lemes (2007, p. 56) defende sob argumento de que “essas contratações autorizam invocar e acrescentar aos princípios jurídicos administrativos os princípios jurídicos do Direito Privado”.¹⁸⁹

Se qualquer cidadão tiver impedido o acesso aos autos arbitrais pleiteando cumprimento do princípio constitucional administrativo da publicidade, entende-se que poderá recorrer a algum meio de controle previsto no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁹⁰

O problema do foro arbitral no estrangeiro em face do referido princípio de publicidade não obsta a sua eleição para resolver litígios em que a Administração Pública seja parte, desde que disponibilize, por *internet* e com a tradução dos atos para o idioma português, por exemplo, os atos do processo arbitral, de modo a possibilitar a transparência dos atos arbitrais.

Aliás, sobre a tradução das sentenças arbitrais e o uso de novas tecnologias, a Câmara Internacional de Arbitragem Comercial de Paris¹⁹¹ até as recomenda, inclusive para redução de custos. Não obstante, a questão não é, simplesmente, haver tradução e uso tecnológico, mas o acesso garantido aos termos do processo por qualquer cidadão.

Pensar o contrário – sigilo nas coisas públicas – é admitir uma Administração Pública de regime absolutista e não democrático. Logo, a publicidade para entes públicos é inerente ao regime democrático.

É o que já dizia Bobbio (1987, p. 28-29), quando, citando Kant, afirmava que a “todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é conciliável

¹⁸⁹ Aliás, pouquíssimos países legislaram sobre sigilo na Arbitragem. Uma dessas exceções é a Lei de Arbitragem da Nova Zelândia de 1996, que proíbe a publicidade e divulgação de atos arbitrais. Trata-se, portanto, de mera convenção pactuada entre as partes que instituem a Arbitragem à qual submeterão e, com maior razão, inconstitucional se envolver ente administrativo público. Há apenas uma forma de a parte particular não se submeter à publicidade: não contratar com a Administração Pública ou se estiver resguardado por exceção legal, sempre motivada. Se ela opta por contratar e relacionar-se com essa pessoa jurídica, deve saber, de antemão, o regime jurídico que a rege, qual seja, administrativo. Sobre o tema, veja posição contrária - admitindo sigilo na Arbitragem Administrativa - de José Emílio Nunes Pinto em <http://www.ccbc.org.br/download/artarbit11.pdf> Acesso em 04 jan. 2010.

¹⁹⁰ A esse respeito, o TCU já se manifestou no Acórdão n. 537/2006, da 2ª Câmara, Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues, j. 14 mar. 2006, para declarar ilegal a Arbitragem sem prévia autorização legal e “ilegal a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos, bem como a estipulação de cláusula de confidencialidade, por afronta ao princípio da publicidade.” Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20060328/TC-005-250-2002-2.doc> Acesso em 04 jan. 2010.

¹⁹¹ Veja-se em http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/843_TiempoCostos%20ESP%2008.pdf Acesso em 04 jan. 2010.

com a publicidade são injustas” e que “o poder do príncipe é tão mais eficaz, e portanto mais condizente com seu objetivo quanto mais oculto está dos olhares indiscretos do vulgo, quanto mais é, à semelhança de Deus, invisível”, sustentado pela doutrina da “própria natureza do sumo poder (...) derivado do desprezo pelo vulgo, considerado como objeto passivo”.

Evidentemente que há ressalva, possibilitada por lei e na Constituição de 1988, de preservação da intimidade das partes naquilo que não se refere ao objeto em litígio e, ainda, se houver questões de *segredo comercial* protegido pelas normas (caso de empresas estatais que desenvolvem pesquisas tecnológicas), como alías, ponderado por Lemes (2004).

Outro ponto que parece reclamar a aplicação do regime jurídico administrativo à Arbitragem Administrativa é aquela que garanta a participação do cidadão em alguns atos anteriores ao processo arbitral por aplicação analógica do art. 39¹⁹² da Lei n. 8.666/93 se a decisão arbitral puder envolver impacto na condução de políticas públicas.

Nesse aspecto de realce da participação popular nos procedimentos administrativos, vale citar Freitas (2003) que indica o regime jurídico da democracia como vetor da atuação administrativa em geral.

Por outro lado, há de se atentar para os mecanismos de controle interno (pelo próprio juízo arbitral) e externo (Judicial, Legislativo e Administrativo) dos atos arbitrais. Afinal, ao contrário do que se pensa, o controle jurídico da atividade administrativa atual detém o “sentido de revisão e vigilância”, considerado como “exigência fundamental do Estado Democrático de Direito, razão pela qual se encontra prevista nos textos constitucionais de boa parte dos países civilizados.” (SEHN, 2008, p. 431)

O controle decorre do próprio sistema preconizado pela LAB quando, por exemplo, autoriza o árbitro a suspender o processo arbitral se sobrevier questão de matéria sobre a qual não possa julgar, remetendo as partes ao Poder Judiciário, e pelo ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁹² Art. 39: “Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitação simultâneas ou sucessivas for superior a cem vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea c, desta Lei [cento e cinquenta milhões de reais], o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.”

No entanto, o controle dos atos arbitrais pelos órgãos externos não pode violar a competência, atribuída no ordenamento jurídico, ao árbitro. Em outras palavras, *não poderá servir como meio de ratificação das decisões arbitrais*, incidentes sobre o mérito, ou de técnicas especiais, garantidas pela LAB, como o princípio da competência-competência, pela qual o árbitro pode decidir sobre a própria competência nos termos do art. 8º, parágrafo único.

Sobre este prisma, aliás, o árbitro deve pautar a sua atuação pelo ordenamento jurídico a que o objeto da lide se submete, mormente normas constitucionais por decorrência lógica da supremacia da Constituição.

Nessa mesma linha, há de se estabelecer, previamente, o procedimento que regerá a Arbitragem Administrativa, porque, como bem lembrou o Min. Nelson Jobim na SE 5.206/Reino da Espanha, a instituição arbitral não é sinônimo de “ausência de processo”.

Portanto, deve-se ler o art. 21¹⁹³ da LAB como proibitório à Arbitragem irritual¹⁹⁴ – ou seja, algum procedimento deve possuir e previamente estabelecido - embora, mesmo na modalidade que dispensa a ritualidade, Fazzalari (1999, p. 641) já tenha observado que não significa a supressão de procedimentos constitucionalizados para qualquer processo – em especial, garantia do contraditório porque concernente à matéria de ordem pública - mas muito mais para possibilitar a dispensa do formalismo rigoroso que vigora em outros tipos de processo, como o judicial. Afinal, “a arbitragem ou é processo ou não é”.¹⁹⁵

Um dado típico brasileiro é a necessária observância do juízo arbitral aos atos normativos – conforme assentado pela doutrina nacional - denominados “Súmula Vinculante”, nos termos preconizados pelo art. 103-A, CR/88. Embora o texto legal determine a vinculação às ditas súmulas dos atos dos “demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

¹⁹³ Art. 21 da LAB: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. §1º. Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. §2º. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

¹⁹⁴ A Arbitragem Irritual é a modalidade, prevista na Itália e Holanda, em que as partes autorizam o árbitro ou tribunal arbitral de eliminar a controvérsia por meio de transação, cujo conteúdo será lavrado pelo próprio julgador, sem participação direta dos interessados, mas com a anuência deles. Por isso, alguns doutrinadores o entendem como novo negócio jurídico e não, a rigor, sentença arbitral. Não previsto no ordenamento jurídico brasileiro nas regras concernentes à Arbitragem brasileira. Para detalhes, veja-se: Magalhães, 2006, p. 119-121.

¹⁹⁵ Tradução livre: “l’arbitrato o è processo o non è”.

municipal”, parece que, implicitamente, estará igualmente vinculada a Arbitragem Administrativa.

Isso até por decorrência lógica da *função jurisdicional*, ainda que privada, exercida pelo árbitro ou tribunal arbitral durante o *processo* arbitral até o ato final de *sentença* arbitral. Ademais, nos casos de Arbitragem Administrativa, sendo a Administração Pública parte na relação jurídica travada durante o processo, ela também está obrigada à Súmula Vinculante.

Desse modo, parece evidente a aplicação analógica dos arts. 64-A e 64-B¹⁹⁶ da Lei 9.784/99, em que dispõe sobre a possibilidade da parte de alegar violação a enunciado de Súmula Vinculante e se negado pelo órgão decisório – no caso, a Administração Pública - a interposição de Reclamação perante o STF a fim de que a Corte Suprema possa determinar respeito à autoridade de suas decisões e competência constitucional.

Pensar o contrário – possibilidade de o juízo arbitral ignorar a aplicação de norma do calibre constitucional de Súmula Vinculante – é absurdo, para dizer pouco. É afirmar que o Poder Judiciário e a Administração Pública ficam obrigados à observância do referido ato normativo, enquanto que o árbitro ou tribunal ficam dispensados a igual obrigatoriedade na Arbitragem Administrativa, por meio da qual exerce função jurisdicional, como juiz de fato e de direito nos termos da LAB, para decidir litígios envolvendo entes administrativos públicos.

Finalmente, como verdadeiro processo administrativo que é, à Arbitragem Administrativa parece incidir alguns princípios dessa categoria processal, que, aliás, em boa parte coincidem com o instituto arbitral como o *princípio do informalismo*, no qual, segundo Gasparini (2007, p. 937) “são suficientes as formalidades para se assegurar a certeza jurídica, a garantia e a credibilidade do processo administrativo, salvo se alei impuser uma forma ou o atendimento de certa formalidade”.

Dessa forma, embora ainda em estado embrionário e em linhas gerais, parece estar evidenciados os parâmetros mais salientes da imposição do regime jurídico administrativo na Arbitragem Administrativa.

¹⁹⁶ Art. 64-A: “Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” Art. 64-B: “Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

4 RESULTADO DA PESQUISA DE CAMPO

Após o levantamento bibliográfico para o desenvolvimento da dissertação, conforme cronograma estabelecido em conjunto com o orientador, houve por bem realizar pesquisa de campo abrangendo, por questões de objetividade, os órgãos vinculados ao Poder Judiciário e ao Ministério Público sediados em Belo Horizonte, capital mineira.

Para tanto, apresentou-se pedido administrativo aos seguintes Tribunais do TJMG, TRT-3ª Região, órgãos ministeriais do MPT-3ª Região, Ministério Público Federal, Procuradoria Geral de Justiça e Diretoria do Foro da Seção Judiciária de Minas Gerais e da Justiça do Trabalho, conforme documentos no Apêndice do presente trabalho.

Apesar dos esforços, até o fechamento da redação final da dissertação, entrevistaram-se *todos os* juízes trabalhistas, *alguns* da justiça federal e dos Tribunais e do Ministério Público Federal, não alcançando melhor resultado dado a dois fatores principais: falta de disponibilidade de tempo dos entrevistados e a coincidência com o prazo de cumprimento da chamada “Meta 2”.¹⁹⁷

Porém, através do sistema de protocolo interno de alguns órgãos foi possível encaminhar aos seus membros o questionário, cuja cópia está indicada no Apêndice do trabalho. O índice de resposta ficou aquém do desejável, principalmente se considerar que, em cerca de duzentos e cinquenta questionários impressos e entregues, apenas setenta e sete tiveram retorno.

Em todos os setores foi ressaltado, não obstante, que, independentemente do término da dissertação, a pesquisa poderia prosseguir no início de 2010.

Em comum, em nenhum dos setores pesquisados foi indicado, *oficialmente*,¹⁹⁸ qualquer processo em andamento envolvendo a Arbitragem na Administração Pública. Mas, nas consultas de jurisprudência nos *sites* do TRT-3ª

¹⁹⁷ Trata-se de meta estabelecida pelo CNJ a todos os órgãos judiciários do país para que julgassem todos os processos pendentes distribuídos até 31 de dezembro de 2005 até o final do ano de 2009. Detalhes em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7909&Itemid=963&numtab=1 Acesso em 22 jan. 2010.

¹⁹⁸ O termo indica, apenas, a ausência de banco de dados de distribuição de processos *por assunto*, de posse das Diretorias de Foro, Corregedoria e Chefias consultadas.

Região¹⁹⁹ e do TJMG²⁰⁰ há poucos – mas relevantes – processos sobre a matéria, algumas das quais foram devidamente indicadas no decorrer da redação do trabalho.

Nos órgãos ministeriais, em especial, a entrevista conduziu pautada por outra indagação, qual seja: se o entrevistado já realizou ou foi chamado a funcionar como árbitro em algum litígio, como autoriza, por exemplo, o art. 83, IX²⁰¹ da Lei complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, referente ao Ministério Público da União.

A resposta foi negativa, ressaltando que “jamais ouviu falar em Arbitragem instaurada com participação do Ministério Público em todos os anos da carreira”, não sabendo apontar o porquê dessa situação, mas indicando que a mediação, no Ministério Público do Trabalho é rotina, sendo certo que em 19 de agosto de 2009, o MPT-3ª Região, em Belo Horizonte, contava com quarenta e nove procedimentos de mediação em diversos litígios, como o caso de não repasse de vale transporte ao trabalhador, por exemplo.

Há setenta e sete questionários por escrito e um, por e-mail, perfazendo um total de setenta e oito questionários, número inferior ao esperado, mas que, de qualquer forma, publica-se o resultado.

Feitas essas observações, tem-se os seguintes números relativos ao questionário aplicado nos locais já indicados e durante o segundo semestre de 2009, ressaltando que as pequenas diferenças numéricas decorrem da opção do consultado à não responder a qualquer pergunta, entre as quatro, por motivos pessoais.

A primeira pergunta visa tão somente a destacar a função do entrevistado.

Tabela 1. Pergunta: “Órgão a que está vinculado?”	
Órgão	Número de respostas
Ministério Público	31
Poder Judiciário	44
Outro	00

¹⁹⁹ <http://as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/ementa.do?evento=Limpar>

²⁰⁰ http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/

²⁰¹ Art. 83 da Lei complementar n. 75/93: “Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...) XI – atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho”.

A segunda pergunta visa a delimitar, tanto quanto possível, o paradigma da formação acadêmica do entrevistado, sendo a grande maioria deles formados após a promulgação da Constituição de 1988 e no âmbito das reformas ocorridas, em especial, no Direito Administrativo e com o advento da LAB, em 1996.

Tabela 2. Pergunta: “Tempo de Bacharelado em Direito”	
Critério temporal	Número de respostas
Até 10 anos	18
Entre 11 a 20 anos	38
Entre 21 a 30 anos	20
Mais de 30 anos	02

O terceiro quesito visa a identificar a percepção do participante quanto à relação da Arbitragem com o Poder Judiciário.

Tabela 3. Pergunta: “Você considera que a Arbitragem, como concebido na legislação brasileira, é um instrumento que substitui o Judiciário na solução de controvérsias?”	
Resposta	Número de respostas
Sim	27
Não	51

A quarta e última indagação solicita resposta opinativa a respeito da Arbitragem Administrativa.

Tabela 4. Pergunta: “Na sua opinião, o instrumento da Arbitragem pode ser aplicado em controvérsias envolvendo a Administração Pública (Direito Administrativo)?”	
Resposta	Número de respostas
Sim	25
Não	51

Diante desses resultados, tem-se a coerência dos entrevistados na pergunta das tabelas 3 e 4 que não só recusa uma suposta substituição do Poder Judiciário pela Arbitragem como rechaça o processo arbitral para demandas em que ente administrativo público seja parte.

O instituto jurídico arbitral, pelo que se pode depreender da pesquisa de campo realizada, portanto, ainda padece de ressalvas pela maioria dos membros do Poder Judiciário e dos órgãos do Ministério Público consultados.

5 CONCLUSÃO

Não decorrer do levantamento bibliográfico e pesquisa de campo, segundo a metodologia empregada, percebeu-se um *novo* Direito Administrativo que se delineia no ordenamento jurídico brasileiro sem, no entanto, se desfazer de amarras inconvenientes – e inconstitucionais – do *velho* ramo jurídico.

Dessa forma, a hipótese inicialmente aventada – sobre a possibilidade da Arbitragem como instituto jurídico alternativo e consensual de controle dos atos da Administração Pública nos conflitos entre o ente administrativo e o cidadão – não só foi constatada como, por força de uma leitura constitucionalizada da *Arbitragem Administrativa*, deve ser ampliada.

É que, como demonstrado no histórico relativo à Arbitragem e aos órgãos jurisdicionais estatais (sejam eles Autoridade Judiciária, Poder Judicial ou Poder Judiciário), os institutos sempre estiveram par a par quanto ao objetivo preconizado que é *administrar a justiça* a quem procurar, ressaltando, por óbvio, os percalços políticos próprios impostos a cada um em face dos chefes máximos, sejam eles Reis europeus, Imperadores, Presidentes autoritários ou democráticos.

De fato, descrito todo o paralelo da evolução do Poder Judiciário e da Arbitragem no Brasil, verificou-se, em síntese, que: 1) o primeiro se desenvolveu muito mais *visivelmente* que o segundo, embora ambos sempre fossem previstos nas legislações desde 1500, 2) por conta dessa visibilidade, é possível fazer uma análise crítica do atual Judiciário e concluir que o seu grau evolutivo se deu muito paulatinamente, em quase cinco séculos de brasilidade, 3) a Arbitragem, por sua vez, ganhou real ressonância após a LAB, em 1996, não se podendo rechaçá-la de plano como meio alternativo de solução de controvérsias, por ser um instituto que, embora velho, foi pouco utilizado na prática dada a cultura judiciarista da população, 4) a Democracia não se realiza apenas pelo voto, mas, sobretudo, por mecanismos de controle constitucionalizados e eficientes, sendo um deles via processo judicial ou arbitral, 5) a Arbitragem surge como meio alternativo, em especial na ausência de um melhor aparato do Poder Judiciário, 6) a Arbitragem não desprestigia o Poder Judiciário, mesmo porque ambos detêm a função jurisdicional em comum, sendo aquela privada, enquanto esta, estatal, 7) os mecanismos legais para impedimento e suspeição tanto de magistrados como de árbitros são, rigorosamente, os mesmos,

haja vista a função jurisdicional comum, 8) em ambos os processos – judicial ou arbitral – estão previstos, no ordenamento vigente, os princípios garantidores da ampla defesa e contraditório, corolários do devido processo legal ou regimental, 9) a Administração Pública brasileira já se submeteu a Arbitragem com particulares em processo de indenização por desapropriação ou em contencioso fiscal, tendo sido analisada a legitimidade e validade pelo próprio Poder Judiciário no caso Lage, em meados do século XX, 10) a Administração Pública vale-se da morosidade judicial para protelar pagamento de valores devidos, motivo porque não pretende implementar métodos mais ágeis de solução de controvérsias como a Arbitragem, de modo que, em verdade, o prestígio da Arbitragem é o próprio prestígio do Poder Judiciário, 11) o antagonismo Arbitragem *versus* Judiciário é falaciosa, 12) as responsabilidades de um juiz são as mesmas de um árbitro no exercício de suas respectivas funções jurisdicionais que são funções públicas segundo a doutrina administrativista.

A desconfiança tributada à Arbitragem, de certa forma, é repetição das ressalvas que o comum do povo tributava aos seus juízes senhoriais do Brasil Colônia, autorizados a aplicar a *sua* justiça por El-Rei, ou, ainda, aos magistrados altamente politizados do Império, com quistos parlamentares, e, na República, nomeados e destituídos, *ad nutum*, conforme o número e intensidade de incômodos de suas decisões aos atos políticos ou, mesmo, aos atos administrativos ou questões jurídicas postas à apreciação jurisdicional estatal.

Foram necessários quase cinco séculos de história para o Poder Judiciário tomar o formato que lhe atribui a Carta Política maior, de componente do *poder soberano popular num regime de Estado Democrático de Direito* – art. 1º, CR/88 – e, assim, obrigado a funcionar como preconizado pelo sistema de *checks and balances*, ou seja, não de *separação de poderes*, imunizando focos autoritários de decisão superior, mas de *controle entre poderes* para o *equilíbrio jurídico e democrático* objetivado pela norma maior.

A Arbitragem *não é substituto* do Poder Judiciário, sendo certo que, nos termos da Constituição brasileira de 1988, este continuará a exercer a sua função jurisdicional e de controle como integrante da própria soberania popular, submetido, porém, ao ordenamento jurídico vigente, em especial, a Constituição.

Aliás, a atribuição de órgão jurisdicional ao Judiciário, conforme se pode atestar pela tendência mundial de ampliação dos procedimentos alternativos de solução de litígios - entre os quais, o processo arbitral – sofre alterações paulatinas.

Diante dessas mudanças em nível global – não é à toa que o modelo legal para a Arbitragem, utilizado em vários países, foi proposto por organismos internacionais -, forjadas da necessidade de superar a morosidade na prestação jurisdicional correlato às crescentes demandas e relações jurídicas cada vez mais complexas e dinâmicas, é de se pensar, afinal, se o antanho conceito da teoria geral do processo de *jurisdição como tipicamente estatal*, daqui a algumas décadas, não remodelará o próprio Poder Judiciário como portador, essencialmente, de uma *função de controle decorrente da soberania popular do Estado Democrático de Direito* do que uma função jurisdicional.

Por esse motivo, o mais importante, a Arbitragem jamais ocupará, plenamente, a função hoje exercida pelo Poder Judiciário, nos termos da Constituição brasileira de 1988, como argumenta parte considerável dos juristas. Trata-se, meramente, de um mecanismo alternativo e consensual, pela qual o Estado autoriza, por lei, a qualquer cidadão de optar por submeter seu litígio a um órgão jurisdicional não estatal, diverso do Poder Judiciário, sem que este fique excluído de sua função de controle, como a própria LAB prevê e o art. 5º, XXXV, CR/88.

Além disso, árbitro, ao contrário de magistrado, não é profissão ou carreira, muito embora o juiz possa funcionar como árbitro no processo judicial que, por convenção arbitral nos autos, se torna processo arbitral. De qualquer forma, é atuação *ad hoc*, de escolha das partes ou indicado conforme regulamento a que aderem, livremente. Detém função jurisdicional *ex vi lege*, de acordo com o conceito clássico de soberania estatal que é distribuir competências. E se atua em processo arbitral em que a Administração Pública seja parte, *a fortiori*, exercerá controle dos atos administrativos, embora limitado à averiguação de *ilicitude*, em *controle de legalidade difuso*, por analogia ao controle de constitucionalidade existente no sistema constitucional brasileiro.

Por conta da especialização dos árbitros escolhidos pelas partes e, mormente, a *rapidez dos processos arbitrais*, com *ritos mais céleres*, a Arbitragem Administrativa vem sendo implementada pela legislação brasileira, em especial, para

contratos administrativos de grande vulto, como é o caso da PPP e de concessões administrativas em geral.

Porém, o direito fundamental de *acesso ao Poder Judiciário* não significa *permanecer nele*, ou seja, todo cidadão tem direito a *processo célere* (art. 5º, LXXVIII, CR/88), daí se conclui que a *democratização da Arbitragem Administrativa*, como contencioso administrativo – capaz de coisa julgada - sob regime jurídico democrático, é *meta a ser buscada pela Administração Pública*.

Nota-se uma cisão do Direito Administrativo brasileiro, nesse aspecto. Isso porque há um formato para ser célere, eficiente, utilizando mecanismos de composição de litígios arbitrais ou de transação, com adimplemento de obrigações garantido por criação de fundos garantidores, voltado para os cidadãos pessoas jurídicas de grande capital, em regra, e outra Administração Pública formatada para ser lerda, ineficiente, indicando ao cidadão comum o “direito” de acesso ao Poder Judiciário sem correspondente garantia de, rapidamente, sair dele, e, ainda que vitorioso, arcar com a fila de precatórios que, agora, em novo colorido nefasto, tem tudo para virar um leilão invertido, de quem aceita menos pelos interesses ou direitos violados pelos entes administrativos.

A verdadeira questão jurídica a respeito da Arbitragem Administrativa, no Brasil, portanto, não são os óbices travados por leituras equivocadas e fora do contexto histórico e jurídico em que estão inseridas, dos princípios de supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade do interesse público ou coisa fora do comércio, mas saber se, afinal, ela será um benéfico mecanismo alternativo e consensual *para todos* ou, somente, *para alguns*. De um Direito Administrativo que “funciona” e outro que “não funciona”.

Dessa forma, tem-se toda a envergadura benéfica das novas tendências administrativas – consensualidade, participação, paridade na relação, desconstituidoras dos princípios de supremacia e indisponibilidade – para um grupo de pessoas, enquanto que o ranço do velho Direito Administrativo – contrário à consensualidade, dos atos unilaterais e de império, imunes à discussão, e de relações subordinadas – são destinadas a uma grande maioria às quais se nega os direitos mais elementares como um recálculo de aposentadoria de alguns reais.

Essa posição não assombra a quem conheça o fato de que o método já foi empregado no Brasil, no período imperial, que, curiosamente, entregava a árbitros – embora com finalidade de arbitrador do que, propriamente, jurisdicional - o

contencioso administrativo fiscal, impedido o Poder Judicial de então a rever as decisões administrativas. Obviamente, não era o melhor sistema em vista do entendimento do interesse público como interesse do Estado, pura e simplesmente, admitindo até a supressão de direitos por atos administrativos. Logo, uma Administração Pública absolutista, diversa da submetida ao paradigma atual, democrático de direito.

Assim, a Arbitragem Administrativa é, de certa forma, a restauração do contencioso administrativo, agora, sob o paradigma de Estado Democrático de Direito de maneira que, para evitar que a Administração Pública se aproprie da operacionalização do julgamento arbitral – um dos motivos do desprestígio da jurisdição administrativa - ela só poderá ser admitida, validamente, se o *cidadão anuir* e puder escolher o *seu árbitro* num tribunal arbitral, conforme modalidade que vigora em países como a Itália.

Há muito a doutrina jurídica admite que um dos elementos fundamentais da democracia é a participação do cidadão no *processo decisório dos Estados* e não apenas no exercício de voto, sazonal e incidente na elaboração de leis. Há que se garantir uma participação, ainda que indireta, nos *processos administrativos*, mormemente arbitrais, se este envolver decisão com impacto na execução de políticas públicas.

Portanto, a mudança no *conceito nuclear* do Direito Administrativo no Brasil reclama a substituição do *ato administrativo* pelo *processo administrativo*.

Dentro dessa perspectiva é que se vislumbra a Arbitragem Administrativa submetida ao regime jurídico administrativo, o qual, por sua vez, subsume-se ao regime jurídico da democracia, no dizer de Juarez de Freitas.

Porém, nos limites da presente dissertação não era possível aprofundar numa linha mais propositiva, embora, em termos gerais, tenha ambicionado a meta, restando aos futuros debatedores que se interessem por tema tão premente e tão correlacionado ao Direito Constitucional, à Teoria Geral do Processo e, claro, ao Direito Administrativo, aprofundar a abordagem que aqui foi possível realizar.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, 266p.

AGAMBEM, Giorgio. **Profanações**. São Paulo: Boitempo, 2007, 96p.

ALESSI, Renato. **Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè editore, 1949, v. 1, 514p.

ALESSI, Renato. **Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè editore, 1950, v. 2, 261p.

ALMEIDA, José Alberto de. **Processo arbitral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 164p.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 434p.

AMARAL, Jane Dias do. A arbitragem dos direitos individuais trabalhistas sob o enfoque de Platão. **Revista LTr**, São Paulo, Ano 72, p. 313-320, mar. 2008.

ANZOLA, J. Eloy. Importante sentencia de la Sala Constitucional de Venezuela atinente al arbitraje. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Ano 6, n. 20, p. 282-338, jan./mar. 2009.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 1284p.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos: Caso dos Reajustes Salariais. In: FERRAZ, Luciano. MOTTA, Fabrício (coords.). **Direito público moderno** – Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 477-497.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, 213p.

ATHENIENSE, Aristóteles de Araújo Dutra. **O Judiciário no Brasil colonial**, Brasília, n. 1, mar/abr. 2008. Disponível em

<<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205506201174218181901.pdf>>.
Acesso: em 03 out. 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em tempos de crise** – estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, 572p.

BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. Consequências de uma decisão unilateral para a dívida externa: notas baseadas na experiência recente do Brasil. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 29(2), p. 71-78, abr./jun. 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 176p.

BENETI, Sidnei. Precatórios e vitória de Pirro. **Del Rey Jurídica**, Belo Horizonte, Ano 11, n. 21, p. 38-39, 1º semestre 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**; por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, 173p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Brasília: UnB, 1999, 184p.

BONELLI, Maria da Glória. Os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a construção do profissionalismo – 1873-1997. **SciELO Brasil**, Rio de Janeiro, v. 44, n.º 2, 2001. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582001000200002&script=sci_arttext>. Acesso em: 25 out. 2009.

BORGES, Maria Eliza Linhares. Representações do universo rural e luta pela reforma agrária no Leste de Minas Gerais. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 24, n.º 47, p. 303-326, jul. 2004.

BRASIL. Código Civil (1916). **Código Civil**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 22 out. 2009.

BRASIL. **Código Civil** (2002). Coord. Giselle de Melo Braga Tapai. São Paulo: RT, 2002, 196p.

BRASIL. Código de Processo Civil (1939). **Código de Processo Civil**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 22 out. 2009.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 21 out. 2009.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 03 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 07 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 08 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 08 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 08 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 out. 2009.

BRASIL. **Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2009. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/arbitragem1.htm>>. Acesso em: 18 out. 2009.

BRASIL. Decreto n.º 4.311, de 23 de julho de 2002. **Promulga a Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 21 out. 2009.

BRASIL. Decreto n.º 4.719, de 4 de junho de 2003. **Promulga o Acordo sobre a Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm>. Acesso em: 1 nov. 2009.

BRASIL. Decreto n.º 21.187, de 22 de março de 1932. **Protocolo relativo a cláusulas de arbitragem**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2009. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/arbitra001.htm>>. Acesso em 22 out. 2009.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. **Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm> Acesso em 24 out. 2009.

BRASIL. Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/lei/L11101.htm> Acesso em 29 de out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n.º 52.181/GB. Incorporação – Bens e direitos das empresas Organização Lage e do espólio de Henrique Lage – Juízo arbitral... **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, ano 1974, v. 68, n. 2, p. 382-397, mai./1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 24.831/DF. Comissão Parlamentar de Inquérito. Direito de oposição. Prerrogativa das minorias parlamentares... **Diário da Justiça da União**, Brasília, 04 de agosto de 2006, p. 26.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira n.º 5.206/Reino da Espanha. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais... **Diário da Justiça da União**, Brasília, 30 de abril de 2004. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=5206&classe=SE-AgR>>. Acesso em 02 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 10 de dezembro de 1969, p. 5929. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 09 out. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. 00259-2008-075-03-00-2. Recurso de Revista. Ação Civil Pública. Câmara de Mediação e Arbitragem... Recorrente: Ministério Público do Trabalho. Recorrido: Câmara de Mediação e Arbitragem de Minas Gerais S/S Ltda. Relator: Min. Barros Levenhagen, Brasília, j. 02 dez. 2009. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 11 dez. 2009.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AMS 2004.35.00.011.107-5/GO. Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, j. 03 ago. 2005. In: Boletim Informativo de Jurisprudência n.º 200, Brasília, de 01 ago. 2005 a 05 ago. 2005.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do Império**. Org. Eduardo Kugelmas. São Paulo: 34, 2002, 688p.

CAHALI, Yussef Said (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1999, 1169p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, 1214p.

CARDOSO, Maria Clara Pereira. A utilização da Arbitragem pelo Estado. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). **Direito Público**: constitucional, eleitoral,

processo e jurisdição constitucionais, administrativo, previdenciário, tributário. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da PUC Minas, 2009, p. 243-253.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – um comentário à lei n.º 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 455p.

CARRAZZA, Roque Antonio; FRANCO, Vera Helena de Mello (orgs.). **Código comercial, código tributário nacional e constituição federal**. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999, 1195p.

CARRILLO, Carlos Alberto. **Memória da justiça brasileira**. Salvador: GIP, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2003, v. 1, 315p. Disponível em: <http://www.tj.ba.gov.br/publicacoes/mem_just/volume1.htm>. Acesso: em 10 nov. 2009.

CARRILLO, Carlos Alberto. **Memória da justiça brasileira**. Salvador: GIP, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2003, v. 2, 488p. Disponível em: <http://www.tj.ba.gov.br/publicacoes/mem_just/volume2.htm>. Acesso: em 10 nov. 2009.

CARRILLO, Carlos Alberto. **Memória da justiça brasileira**. Salvador: GIP, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2003, v. 3, 543p. Disponível em: <http://www.tj.ba.gov.br/publicacoes/mem_just/volume3.htm>. Acesso: em 10 nov. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, 1095p.

CASSESE, Sabino. **Le basi del Diritto Amministrativo**. 5. ed. Milano: Garzanti, 1998, 513p.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, v. 2, 306p.

CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula. **Da arbitragem no contrato de concessão de serviços públicos: uma mudança cultural**. 2001. 163f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1964, 528p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 658p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 352p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 559p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 986p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: Teoria do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 2.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 533p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 475p.

CYRINO, André Rodrigues. **O poder regulamentar autônomo do Presidente da República**: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005, 215p.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 270p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, 864p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 345p.

DOMINGUES, Nathália Daniel. **A súmula vinculante e seus desdobramentos no direito brasileiro**. 2009. 73f. Monografia (conclusão de curso) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

DROMI, José Roberto. **Renegociacion y reconversion de los contratos publicos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, 200p.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Organização das Nações Unidas. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional sobre arbitraje comercial internacional...Nova York, 2009. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2009.

EQUADOR. Constitución (2008). **Constitución de la República del Ecuador**. Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2009. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf> acesso em: 07 nov. 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, 383p.

FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 707-723.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 774p.

FAZZALARI, Elio. Sulla "libertà di forme" del processo arbitrale. **Rivista dell'arbitrato**, Milano: Giuffrè, anno IX, n. 4/1999, p. 637-700.

FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (coords). **Direito público moderno**: homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 672p.

FIÚZA, César Augusto de Castro. **Direito Civil**: curso completo. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 1096p.

FIÚZA, César Augusto de Castro. Formas alternativas de solução de conflitos. In: FIÚZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Coords.). **Temas atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 73-100.

FIÚZA, César Augusto de Castro. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, 230p.

FONDEVILA, Gustavo. Educação e acesso à Justiça no México. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. VII, n.º 2, p. 101-123, jun. 2006.

FRANCO FILHO, Georgemar de Sousa. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, 100p.

FREITAS, Juarez. A democracia como princípio jurídico. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coords). **Direito público moderno** – Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.167-197.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *commom law* em uma perspectiva comparada**. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 277p.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 651p.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 1030p.

GOMES, Luiz Flávio (org.). **Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, 999p.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russel, 2005, 538p.

HARGER, Marcelo. O Direito Administrativo e o regime jurídico administrativo. In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-21.

ITÁLIA. Decreto legislativo n. 40, 2 febbraio 2006. **Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato...** Roma: Camera dei deputati, 2009. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/06040dl.htm>> Acesso em 22 out. 2009.

JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1964, 198p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, 863p.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 392p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, 472p.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira**. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 1998, 269p.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem**: conceito e pressupostos de validade de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: RT, 1997, 151p.

LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. **Manuale di Diritto Amministrativo**. 10. ed. Milano: Giuffrè, 1997, 888p.

LAUBADÈRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. 3. ed. Paris: LGDF, 1963, v. 1, 823p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, 192p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, 339p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 342p.

LEMES, Selma Marques Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, 319p.

LEMES, Selma Marques Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo: Malheiros, v. 134, p. 148-163, 2004.

LIMA, Alcides Mendonça. O juízo arbitral e o art. 150, § 4º, da Constituição de 1967. **Revista dos Tribunais**, Ano 58, n. 402, p. 9, abr. 1969.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, 223p.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, 218p.

LOPES, Mônica Sette. **Uma metáfora** – música & Direito. São Paulo: LTr, 2006, 183p.

GOSI, Giulia F. Sentenze annotate. Francia – Cour de Cassation. **Rivista dell'arbitrato**, Milano: Giuffrè, anno XI, n. 3/2001, p. 489- 496.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, 269p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O encobrimento do real: poder e ideologia na contemporaneidade. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.) **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 281-293.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e convenção arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, 297p.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 2005, p. 13-66.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em 02 nov. 2009.

MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de Legislação Administrativa e Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, 1195p.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, 463p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, 731p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 808p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burh Filho, São Paulo: Malheiros, 2009, 839p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 845p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 1102p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 110p.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 684-706.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 1365p.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República). 2. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, 32p.

MENDES, Vicente de Paula. **A indenização na desapropriação**: doutrina, legislação e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 811p.

MEUCCI, Lorenzo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. 6. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1909, 630p.

MINAS GERAIS. Decreto n.º 1.937, de 29 ago. 1906. Consolidação das disposições legislativas e regulamentares referentes a organização da justiça e processo criminal do Estado de Minas Geraes. **Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes**, Belo Horizonte, 1906, 492p.

MINAS GERAIS. Lei n.º 14.182, de 31 jan. 2002. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 01 fev. 2002. P. 1, Diário do Executivo. Disponível em <http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&f=G&l=20&n=&p=1&r=1&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT3=PLUROFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&SECT8=DIRINJMG&SECT9=TODODOC&co1=E&co2=E&co3=E&s1=Lei&s2=14184&s3=2002&s4=>>. Acesso em: 19 out. 2009.

MINAS GERAIS. Lei n.º 14.868, de 16 dez. 2003. Dispõe sobre o programa estadual de parcerias público-privadas. **Diário Oficial de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 17 dez. 2003. p. 1, Diário do Executivo. Disponível em <http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&f=G&l=20&n=&p=1&r=1&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT3=PLUROFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&SECT8=DIRINJMG&SECT9=TODODOC&co1=E&co2=E&co3=E&s1=&s2=14868&s3=2003&s4=>> Acesso em: 20 out. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso ordinário n. 00259-2008-075-03-00-2. Arbitragem e conflitos individuais de trabalho... Recorrentes: Câmara de Mediação e Arbitragem de Minas Gerais S/S Ltda. e Ministério Público do Trabalho. Recorridos: Os mesmos. Relator: Des. Antônio Álvares da Silva, Belo Horizonte, j. 17 dez. 2008. **Diário de Justiça da União**, Belo Horizonte, 31 jan. 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, 784p.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações & contratos**: licitação, pregão, contratos, concessões, impactos na lei de responsabilidade fiscal – legislação, doutrina e jurisprudência atual. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 902p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, 381p.

MOREIRA, João Batista Gomes. A nova concepção do princípio da legalidade no controle da Administração Pública. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coords).

Direito público moderno – Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 65-84.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 667p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 667p.

MUNIZ, Petronio R. G. **Operação Arbiter**: a história da Lei n.º 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil. Brasília: ITN, 2005, 362p.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, 4 v.

NEVES, Edson Alvisi. **Magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil**: o Tribunal do Comércio. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro e FAPERJ, 2008, 388p.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 295-326.

OLIVEIRA, Fernando de Oliveira. Arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública. **Pela Ordem**, Belo Horizonte, Ano 1, n. 1, p. 36-37, ago. 2008.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: UnB e FINATEC, 2008, 190p.

PERGOLES, Ferruccio. **Diritto costituzionale**. 15. ed. Padova: CEDAM, 1962, v. 1, 748p.

PESSOA, Robertônio Santos. Direito Administrativo: um novo eixo central. **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília: UnB, Faculdade de Direito; São Paulo: IOB Thompson, n. 10, p. 115-128, 2004.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & Economia: Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, Cap. 10, p. 244-283.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Governo da República Portuguesa, 2009. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p00.htm>. Acesso em: 27 abr. 2009.

PORTUGAL. Lei n.º 2, de 14 de janeiro de 2008. **Regula o ingresso nas magistraturas, a formação de magistrados...** Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2009. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=986&tabela=leis&fica=1&pagina=1>. Acesso em: 14 dez. 2009.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 27 out. 2009.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. Título LXXXI, de 1521. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em 27 out. 2009.

RAMALHO, Joaquim Ignacio. **Praxe brasileira**. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869, 708p.

RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de arbitragem brasileira**. Trad. de Mariulza Franco. São Paulo: RT, 2004, 263p.

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo comparado**. Trad. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 167p.

ROCHA, José de Albuquerque. **A Lei de arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Malheiros, 1998, 112p.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965-1968, 4v.

ROYAL, Ségòlene. A nova era da democracia, **Revista do observatório do milênio de Belo Horizonte**, ano 2, n.º 1, p. 6-15, out. 2009.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **Arbitrati italiani, stranieri ed internazionali**: Distinzione ed Analise. Padova: Foro, 1972, 1058p.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, 617p.

SANTOS, Paulo de Tarso. A arbitragem. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n.º 7 e 8, p. 163-167, 1º e 2º sem. 2001.

SÃO PAULO. **Constituição do Estado de São Paulo de 5 de outubro de 1989**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao%20de%2005.10.1989.htm#titulo5>>. Acesso em: 21 dez. 2009.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 311-379.

SEHN, Solon. O controle da Administração Pública. In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 431-457.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 36, n. 142, p. 325-340, abr./jun. 1999.

SILVA, Antônio Álvares da. Justiça em números. **Hoje em Dia**, Belo Horizonte, 09 jun. 2009. Disponível em <http://trt.gov.br/download/artigos/pdf/130_justica_numeros.pdf>. Acesso em 04 nov. 2009.

SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos**: Depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e FGV, 1997, 524p.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; DANTAS, Arsênio José da Costa *et al* (orgs.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, 534p.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Método, 2008, 587p.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**: edição especial em homenagem ao Professor Caio Tácito. Rio de Janeiro, v. 242, p. 139-143, out./dez. 2005.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **Direito quântico**. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, 376p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, 502p.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Juridicização da política. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 45, n. 177, p. 95-112, jan./mar. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, 663p.

VERDE, Giovanni. Arbitrato e pubblica amministrazione. **Rivista dell'arbitrato**, Milano: Giuffrè, anno XI, n. 3/2001, p. 407-420.

VERDE, Giovanni. Pubblico e privato nel processo arbitrale. **Rivista dell'arbitrato**, Milano: Giuffrè, anno XII, n. 4/2002, p. 633-652.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Contrato de trabalho com o Estado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002, 255p.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito Público, Direito Privado sob o prisma das relações jurídicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 125p.

VISCONDE DE URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1862, pub. 04 set. 1878, t. I, 302p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 216p.

ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem** – o sublime objeto da ideologia. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, 197p.

ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & Economia**: Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 315p.

APÊNDICE A – Coleta de dados utilizado para a pesquisa de campo

COLETA DE DADOS

Responsável: Simone Cristine Araújo Lopes

Objetivo: Informações para dissertação

Atividade: Mestranda em Direito Público (Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais sob a matrícula nº 364246 – Pesquisa de Campo

QUESTIONÁRIO

NOME (opcional):.....

Gostaria de receber o resultado final da pesquisa?.....

Se sim, favor indicar o e-mail:

Órgão a que está vinculado: () Ministério Público () Poder Judiciário () Outro.

Especificar:

Tempo de Bacharelado em Direito:

() Até 10 anos () Entre 11 a 20 anos () Entre 21 a 30 anos () mais de 30 anos

1. Você considera que a Arbitragem, como concebido na legislação brasileira, é um instrumento que substitui o Judiciário na solução de controvérsias?

() Sim () Não

2. Na sua opinião, o instrumento da Arbitragem pode ser aplicada em controvérsias envolvendo a Administração Pública (Direito Administrativo)?

() Sim () Não

APÊNDICE B – Ofícios aos órgãos relacionados à pesquisa de campo

Ex.m.º Sr. Desembargador-Corregedor do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais - CÉLIO CÉSAR PADUANI

Ref.: Solicita autorização para consulta de dados processuais em geral e Biblioteca para fins acadêmicos (pesquisa de campo)

SIMONE CRISTINE ARAÚJO LOPES, brasileira, solteira, neste ato na condição de mestranda em Direito Público (Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG – sob a matrícula nº 364246, cujos dados e endereço abaixo se indica, vem, perante V. Ex.^a, aduzir e requerer o que segue:

1. Considerando que o projeto de pesquisa da requerente na referida instituição de ensino superior volta-se à aplicação da arbitragem na Administração Pública, sendo um dos pontos nevrálgicos da investigação as questões de “disponibilidade e indisponibilidade de direitos” e o “princípio da supremacia do interesse público ao privado”;
2. Considerando a possibilidade de ações em trâmite nesse e. TJMG a respeito da aplicação da arbitragem envolvendo entes da Administração Pública;
3. Considerando que a pesquisa, *in loco*, dos processos poderão dar melhores informações para conclusões da pesquisa;
4. Considerando que o art. 16, I e III do Regimento Interno do TJMG confere competência à V. Ex.^a para “exercer a superintendência (...) dos serviços judiciais (...) do Estado de Minas Gerais” bem como “exercer a direção do foro da Comarca de Belo Horizonte”, serve a presente para **requerer a V. Ex.^a** que:
 - a) Autorize a requerente o amplo acesso a processos que tenham como objeto de discussão a aplicação da arbitragem no Direito Administrativo, ou seja, envolvendo entes ou órgãos administrativos que tenham ou venham a ter trâmite no âmbito desse e. Tribunal em 2ª Instância e também em 1ª Instância na Comarca de Belo Horizonte, se necessário, informando aos i. Desembargadores e Ex.m.ºs Juizes de Direito a respeito da presente solicitação, se deferida. **Se não houver processos referidos ao tema, que informe a condição;**
 - b) Franqueie à requerente a utilização da Biblioteca desse e. Tribunal, inclusive para empréstimo de livros e obras, após os procedimentos de praxe pela requerente (cadastro, eventual taxa), até fevereiro de 2010.

Registrando, desde já, o agradecimento pela atenção dispensada, despeço-me.

Pede deferimento.

Belo Horizonte/MG, agosto de 2009.

Simone Cristine Araújo Lopes

**Ex.m.º Sr. Desembargador Federal-Presidente do Tribunal Regional do
Trabalho da 3ª Região PAULO ROBERTO SIFUENTES COSTA**

Ref.: Solicita autorização para consulta de dados processuais em geral e Biblioteca para fins acadêmicos (pesquisa de campo)

SIMONE CRISTINE ARAÚJO LOPES, brasileira, solteira, neste ato na condição de mestranda em Direito Público (Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG – sob a matrícula nº 364246, cujos dados e endereço abaixo se indica, vem, perante V. Ex.^a, aduzir e requerer o que segue:

1. Considerando que o projeto de pesquisa da requerente na referida instituição de ensino superior volta-se à aplicação da arbitragem na Administração Pública, sendo um dos pontos nevrálgicos da investigação as questões de “disponibilidade e indisponibilidade de direitos”;
2. Considerando que há notícia de julgados na Justiça Trabalhista sob V. jurisdição administrativa, onde houve enfrentamento do tema debaixo da seara do Direito do Trabalho, em especial o RO 01714-2008-075-03-00-7, da 5ª Turma, e o RO 00259-2008-075-03-00-2, da 4ª Turma, ambos desse e. TRT-3;
3. Considerando que a pesquisa, *in loco*, dos processos poderão dar melhores informações para conclusões da pesquisa, sabendo que um deles conta com quase 1500 (mil e quinhentas) folhas,
4. Considerando que o art. 25, V e XXV do Regimento Interno do TRT-3 confere competência à V. Ex.^a para “proferir despachos de expedientes” bem como “exercer a direção geral do foro trabalhista”, serve a presente para **requerer a V. Ex.^a** que:
 - a) Autorize a requerente para ter amplo acesso aos autos do RO 01714-2008-075-03-00-7, da 5ª Turma, e o RO 00259-2008-075-03-00-2, da 4ª Turma, ambos desse e. TRT-3, especificamente para consulta em horário de expediente normal de funcionamento desse e. Tribunal, facultando, inclusive, eventuais cópias dos processos, se for o caso;
 - b) Autorize a requerente o amplo acesso a outros processos que tenham como objeto de discussão a aplicação da arbitragem no Direito Trabalhista, que tenham ou venham a ter trâmite nesse e. Tribunal e, se necessário, informando aos i. Desembargadores Federais do Trabalho a respeito da presente solicitação, se deferida;
 - c) Franqueie à requerente a utilização da Biblioteca desse e. Tribunal, inclusive para empréstimo de livros e obras, após os procedimentos de praxe pela requerente (cadastro, eventual taxa), até fevereiro de 2010.

Registrando, desde já, o agradecimento pela atenção dispensada, despeço-me.

Pede deferimento.

Belo Horizonte/MG, agosto de 2009.

Simone Cristine Araújo Lopes

DD. Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho em Belo Horizonte – 3ª Região ELAINE NORONHA NASSIF

Ref.: Solicita autorização para consulta de dados processuais em geral e Biblioteca para fins acadêmicos (pesquisa de campo)

SIMONE CRISTINE ARAÚJO LOPES, brasileira, solteira, neste ato na condição de mestrandia em Direito Público (Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG – sob a matrícula nº 364246, cujos dados e endereço abaixo se indica, vem, perante V. pessoa, aduzir e requerer o que segue:

1. Considerando que o projeto de pesquisa da requerente na referida instituição de ensino superior volta-se à aplicação da arbitragem na Administração Pública, sendo um dos pontos nevrálgicos da investigação as questões de “disponibilidade e indisponibilidade de direitos”;
2. Considerando que há notícia de julgados na Justiça Trabalhista sob o patrocínio judicial e administrativo desse órgão ministerial, onde houve enfrentamento do tema debaixo da seara do Direito do Trabalho, em especial o RO 01714-2008-075-03-00-7, da 5ª Turma, e o RO 00259-2008-075-03-00-2, da 4ª Turma, ambos em trâmite no e. TRT-3;
3. Considerando que a pesquisa, *in loco*, dos processos poderão dar melhores informações para conclusões da pesquisa, sabendo que um deles conta com quase 1500 (mil e quinhentas) folhas,
4. Diante dessas considerações, serve a presente para **requerer a V. d.ª** que:
 - a) Autorize a requerente para ter amplo acesso às cópias dos autos do RO 01714-2008-075-03-00-7, da 5ª Turma, e do RO 00259-2008-075-03-00-2, da 4ª Turma, ambos em trâmite no TRT-3, especificamente para consulta em horário de expediente normal de funcionamento desse órgão ministerial e, se possível, indicação do Procurador do Trabalho que possa fornecer informações complementares a respeito dos feitos, com o entendimento do órgão ministerial, facultando, inclusive, eventuais cópias dos processos, se for o caso. Sabe-se que a Procuradora do MPT que ajuizou a ação civil pública foi a Dr.ª Fernanda Barbosa Diniz, de quem pede dados para contato, de preferência, e-mail.
 - b) Autorize a requerente o amplo acesso a outros processos que tenham como objeto de discussão a aplicação da arbitragem no Direito Trabalhista, que tenham ou venham a ter a atuação ministerial desse órgão e, se necessário, informando aos i. Procuradores do Trabalho a respeito da presente solicitação, se deferida, a fim de que possam informar a requerente a respeito de novas atuações a respeito do tema;
 - c) Franqueie à requerente a utilização da Biblioteca desse órgão ministerial, inclusive para empréstimo de livros e obras, após os procedimentos de praxe pela requerente (cadastro, eventual taxa), até fevereiro de 2010, termo da pesquisa para dissertação.

Registrando, desde já, o agradecimento pela atenção dispensada, despeço-me.
Pede deferimento.

Belo Horizonte/MG, agosto de 2009.

Simone Cristine Araújo Lopes

Ex.m.º Sr. Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária de Minas Gerais
JOÃO BATISTA RIBEIRO

Ref.: Solicita autorização para consulta de dados processuais em geral e Biblioteca para fins acadêmicos (pesquisa de campo)

SIMONE CRISTINE ARAÚJO LOPES, brasileira, solteira, neste ato na condição de mestranda em Direito Público (Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG – sob a matrícula nº 364246, cujos dados e endereço abaixo se indica, vem, perante V. Ex.^a, aduzir e requerer o que segue:

1. Considerando que o projeto de pesquisa da requerente na referida instituição de ensino superior volta-se à aplicação da arbitragem na Administração Pública, sendo um dos pontos nevrálgicos da investigação as questões de “disponibilidade e indisponibilidade de direitos” e o “princípio da supremacia do interesse público ao interesse privado”;
2. Considerando que há notícia de julgados na Justiça de 2ª Instância, algumas egressas das Varas da Seção Judiciária sob vossa administração;
3. Considerando que a pesquisa, *in loco*, dos processos poderão dar melhores informações para conclusões da pesquisa;
4. Considerando que o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região confere competência à V. Ex.^a para exercer a direção geral do foro, serve a presente para **requerer a V. Ex.^a** que:
 - a) Autorize a requerente para ter amplo acesso aos autos de processo que tiverem como objeto da lide a questão da aplicação da arbitragem aos entes da Administração Pública em geral, facultando, inclusive, eventuais cópias dos processos, se for o caso. Se não houver processos com esse objeto, que informe a condição;
 - b) Se necessário, informe aos i. Juízes Federais a respeito da presente solicitação, se deferida, inclusive para informar eventuais ações futuras que possam ser distribuídas até fevereiro de 2010;
 - c) Franqueie à requerente a utilização da Biblioteca desse e. Foro, inclusive para empréstimo de livros e obras, após os procedimentos de praxe pela requerente (cadastro, eventual taxa), até fevereiro de 2010.

Registrando, desde já, o agradecimento pela atenção dispensada, despeço-me.

Pede deferimento.

Belo Horizonte/MG, agosto de 2009.

Simone Cristine Araújo Lopes

Ex.m.º Sr. Juiz-Diretor do Foro da Justiça Trabalhista da Seção Judiciária de Belo Horizonte FERNANDO CÉSAR DA FONSECA (6ª Vara do Trabalho)

Ref.: Solicita autorização para consulta de dados processuais em geral para fins acadêmicos (pesquisa de campo)

SIMONE CRISTINE ARAÚJO LOPES, brasileira, solteira, neste ato na condição de mestranda em Direito Público (Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG – sob a matrícula nº 364246, cujos dados e endereço abaixo se indica, vem, perante V. Ex.ª, aduzir e requerer o que segue:

1. Considerando que o projeto de pesquisa da requerente na referida instituição de ensino superior volta-se à aplicação da arbitragem na Administração Pública, sendo um dos pontos nevrálgicos da investigação as questões de “disponibilidade e indisponibilidade de direitos” e o “princípio da supremacia do interesse público ao interesse privado”;

2. Considerando que há notícia de julgados na Justiça Trabalhista a respeito da aplicação da arbitragem para solução de questões e pendências trabalhistas, que, potencialmente, poderão vir a ser apreciados nas Varas do Trabalho sob Vossa administração;

3. Considerando que a pesquisa, *in loco*, dos processos poderão dar melhores informações para conclusões da pesquisa;

4. Considerando que o Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho confere competência à V. Ex.ª para exercer a direção geral do foro, serve a presente para **requerer a V. Ex.ª** que:

a) Autorize a requerente para ter amplo acesso aos autos de processo que tiverem como objeto da lide a questão da aplicação da arbitragem aos entes da Administração Pública em geral, facultando, inclusive, eventuais cópias dos processos, se for o caso;

b) Se necessário, informe aos i. Juízes do Trabalho a respeito da presente solicitação, se deferida, inclusive para informar eventuais ações futuras que possam ser distribuídas até fevereiro de 2010, referentes ao objeto da pesquisa: arbitragem.

Registrando, desde já, o agradecimento pela atenção dispensada, despeço-me.

Pede deferimento.

Belo Horizonte/MG, agosto de 2009.

Simone Cristine Araújo Lopes

DD. Procurador da República-Chefe da Procuradoria Regional em Belo Horizonte/MG - Dr. TARCÍSIO HUMBERTO PARREIRAS HENRIQUES FILHO

Ref.: Solicita autorização para consulta de dados processuais em geral e Biblioteca para fins acadêmicos (pesquisa de campo)

SIMONE CRISTINE ARAÚJO LOPES, brasileira, solteira, neste ato na condição de mestrandia em Direito Público (Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG – sob a matrícula nº 364246, cujos dados e endereço abaixo se indica, vem, perante V. pessoa, aduzir e requerer o que segue:

1. Considerando que o projeto de pesquisa da requerente na referida instituição de ensino superior volta-se à aplicação da arbitragem na Administração Pública, sendo um dos pontos nevrálgicos da investigação as questões de “disponibilidade e indisponibilidade de direitos”, bem como o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”;
2. Considerando que há notícia de julgados em vários setores no país, mencionando, apenas a título de exemplo, na Justiça Trabalhista, a ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Trabalho, em especial o RO 01714-2008-075-03-00-7, da 5ª Turma, e o RO 00259-2008-075-03-00-2, da 4ª Turma, ambos em trâmite no e. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região;
3. Considerando que a pesquisa, *in loco*, de eventuais processos em que o órgão ministerial chefiado por vossa DD. pessoa poderão dar melhores informações para conclusão da pesquisa;
4. Diante dessas considerações, serve a presente para **requerer a V. D.^a** que:
 - a) Autorize a requerente para ter amplo acesso a processos ou procedimentos instaurados pelo Ministério Público Federal em Minas Gerais, em especial, em Belo Horizonte, **se houver e, se não houver, que seja informada essa condição**. Ressalte-se que a consulta se fará em horário de expediente normal de funcionamento desse órgão ministerial e, se possível, indicação do Procurador da República que possa fornecer informações complementares a respeito dos feitos, facultando, inclusive, eventuais cópias dos processos, se for o caso;
 - b) Franqueie à requerente a utilização da Biblioteca desse órgão ministerial, inclusive para empréstimo de livros e obras, após os procedimentos de praxe pela requerente (cadastro, eventual taxa), até fevereiro de 2010, termo da pesquisa para dissertação.

Registrando, desde já, o agradecimento pela atenção dispensada, despeço-me.

Pede deferimento.

Belo Horizonte/MG, agosto de 2009.

Simone Cristine Araújo Lopes