

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA**

PAULO ROBERTO JENSEN

**ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ABORDAGEM DO
COMPROMISSO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COM OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2016

PAULO ROBERTO JENSEN

**ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ABORDAGEM DO
COMPROMISSO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COM OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à conclusão do Mestrado em Democracia e Direitos Fundamentais (2016-1) do curso de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil.

Orientador: Professor Pós-Doutor Marcos Augusto Maliska

CURITIBA

2016

RESUMO

A arbitragem como meio alternativo e facultativo de resolução de litígios se constitui numa ferramenta indispensável para a Administração Pública cumprir os compromissos e fins do Estado Constitucional. Atualmente, pacificou-se na doutrina e jurisprudência a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública. Além disso, recentemente foi alterada a legislação federal de modo a constar expressamente a possibilidade de a Administração Pública direta e indireta se utilizar desse método de resolução de conflitos. O compromisso do Estado Constitucional com a garantia e efetividade dos direitos fundamentais, bem como com a soberania popular, impõe à Administração Pública uma nova postura, de maior proximidade com a sociedade, que lhe permita maior agilidade e celeridade na prática dos atos administrativos. Por conta disso, não é mais razoável a postura arraigada da Administração Pública em judicializar as questões controvertidas, devendo se utilizar de mecanismos mais céleres de solução de controvérsias, dos quais desponta a arbitragem.

Palavras-chave: Estado Constitucional. Direitos Fundamentais. Democracia. Princípio da Eficiência. Administração Pública. Arbitragem.

ABSTRACT

Arbitration, as an alternative and voluntary dispute resolution method, constitutes as an essential tool for State Entities to fulfill the State's obligations and ends. In recent times, international scholars and case law agree that Arbitration may be used by State Entities. The same is happening in Brazil, which recently modified its arbitration act to add explicit permission for State Entities to use this dispute resolution method. Therefore, one can confirm that the State's responsibility to guarantee the effectiveness of the fundamental rights, as well as the sovereignty of the people, imposes the State Entities a new behavior of closeness to society that permits greater agility and speed to practice administrative acts. For this reason, the actual State Entities' rooted attitude of conflicts' judicialization is not reasonable, while it is imperative to use faster mechanisms of dispute resolution, in which case arbitration is dominant.

Keywords: Constitutional States. Fundamental Rights. Democracy. Efficiency Principle. State Entities. Arbitration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 ARBITRAGEM COMO MECANISMO ALTERNATIVO E FACULTATIVO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS	8
2.1 CONCEITO DE ARBITRAGEM E APONTAMENTOS HISTÓRICOS.....	8
2.2 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	19
2.3 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM	29
3 COMPROMISSO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	37
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	37
3.2. ESTADO CONSTITUCIONAL E SUA VINCULAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	48
3.3 IMPLICAÇÕES DO MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	56
4 USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	64
4.1 MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM O PODER PÚBLICO: UMA NECESSÁRIA MUDANÇA DE PARADIGMA.....	64
4.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ARBITRAGEM.....	78
4.3 VANTAGENS DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	92
5 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	108

1 INTRODUÇÃO

A complexidade e multiplicidade das relações decorrentes da vida em sociedade frequentemente geram situações litigiosas que precisam ser equacionadas para garantir a sobrevivência da comunidade e de seus integrantes. Ao longo da história da humanidade, a arbitragem tem sido utilizada como um dos principais instrumentos de pacificação social. Mencione-se que esse mecanismo alternativo e facultativo de resolução de litígios precede a jurisdição Estatal. No Brasil, a utilização do instituto é ainda tímida, muito embora aos poucos comece a despontar como uma valiosa alternativa aos litigantes, pois apresenta inúmeras vantagens frente ao processo estatal.

Atualmente, cada vez mais se tem a percepção da proximidade do esgotamento do Poder Judiciário. Essa sensação decorre primeiramente da demora do julgamento de qualquer litígio que seja submetido ao Judiciário, não sendo incomum se deparar com processos que estão em trâmite já há muitos anos. Em segundo lugar, o que era apenas um pressentimento incômodo transforma-se em certeza quando se toma conhecimento de que existem em trâmite no Brasil aproximadamente 100.000.000 (cem milhões) de processos. A dimensão colossal do número de processos hoje existentes perante o Poder Judiciário só é revelada quando comparado com o número de habitantes do Brasil, que no último censo apontou que a população brasileira é de pouco mais de 200.000.000 (duzentos milhões). Desse modo, tem-se uma proporção de 1 (um) processo para cada 2 (dois) habitantes. Visto sob outro prisma, é como se 50% da população brasileira estivesse litigando em juízo.

As estatísticas revelam ainda que o Poder Público – tanto na esfera Federal quanto na Estadual e na Municipal – está entre os maiores litigantes do país, contribuindo com aproximadamente 40% dos processos em trâmite perante o Poder Judiciário. Infelizmente ainda não existem informações estatísticas acerca do conteúdo das demandas nas quais o Poder Público está envolvido, mas de qualquer forma o fato evidencia uma face beligerante da Administração Pública, que possui nítida propensão de judicialização dos litígios em que se envolve.

O problema com relação a essa postura é mais sério para um País que se apresenta como um Estado democrático de direito e que, portanto, tem um compromisso com a concretização dos direitos fundamentais e com a vontade da

maioria. Isso porque a concretização dos direitos fundamentais contemplados na Constituição depende, em grande parte, da postura que a Administração Pública adota frente aos interesses de determinada sociedade. Essa dependência é mais visível com os direitos fundamentais de segunda dimensão, que se constituem nos direitos sociais, econômicos e culturais, e que devem ser assegurados pela Administração Pública por meio da execução de políticas públicas. É certo que ao cumprir seus objetivos a Administração Pública naturalmente se depara com situações litigiosas. Porém, a forma como resolve esses litígios serve de elemento para evidenciar uma Administração Pública mais ou menos propensa ao respeito dos direitos fundamentais. Assim, é quase intuitiva a conclusão no sentido de que, quanto maior a litigiosidade, menor o compromisso com a concretização dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 é expressa ao afirmar logo em seu preâmbulo que o Brasil se constitui num Estado democrático, que respeita os direitos fundamentais e que se constitui numa sociedade fraterna e pluralista, comprometida com a ordem interna e internacional e a solução pacífica dos conflitos. As consequências práticas que decorrem dos postulados do modelo estatal acolhido no seio da Constituição denotam a adoção de um novo modelo estatal: o Estado constitucional cooperativo. As bases nas quais o Estado constitucional cooperativo está estruturado representam um enorme desafio para a Administração Pública, cujas ações devem ser pautadas, entre outras premissas, pelo princípio da eficiência e com respeito ao direito fundamental à razoável duração do processo.

Pois bem, o presente trabalho tem por finalidade precípua abordar a questão relacionada com a utilização da arbitragem pelo Poder Público, demonstrando que esse mecanismo alternativo e facultativo de resolução de litígios se constitui numa ferramenta indispensável para a Administração Pública cumprir os compromissos e fins do Estado constitucional cooperativo com a concretização dos direitos fundamentais.

Para tanto, no segundo capítulo, inicialmente se fazem considerações sobre o instituto da arbitragem, com a exposição de seu conceito e sua natureza jurídica, com posteriores apontamentos históricos e exposição sobre sua evolução na legislação brasileira. Na sequência, abordam-se questões relacionadas com a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. O terceiro capítulo tem por objetivo a análise da questão relacionada ao compromisso do Estado constitucional com os

direitos fundamentais no Estado constitucional. Para tanto, apresenta-se de início o tratamento diferenciado que a Constituição Federal de 1988 dá aos direitos fundamentais, para então seguir demonstrando sua importância para o Estado constitucional cooperativo, em especial a relação simbiótica existente entre ambos. Ao fim do capítulo passa-se a enfrentar a questão relacionada com a nova postura que da Administração Pública deve assumir como decorrência dos compromissos e fins do Estado constitucional cooperativo com a concretização dos direitos fundamentais. O quarto capítulo é destinado à análise do uso da arbitragem pela Administração Pública e à demonstração de que ela se constitui num valioso instrumento para solução de litígios. De início, enfrenta-se a necessidade de mudança de postura da Administração Pública em judicializar todos os litígios em que se envolve, imposição que decorre do princípio da eficiência e do direito fundamental à razoável duração do processo. A seguir passa-se a versar os fundamentos que permitem o uso da arbitragem pela Administração Pública, com análise das questões relacionadas à arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Finalizando, quer-se demonstrar concretamente quais as vantagens do instituto da arbitragem para a Administração Pública, bem como que o uso dessa ferramenta é mais adequado ao cumprimento dos fins do Estado constitucional cooperativo.

2 ARBITRAGEM COMO MECANISMO ALTERNATIVO E FACULTATIVO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

2.1 CONCEITO DE ARBITRAGEM E APONTAMENTOS HISTÓRICOS

A sociedade do mundo moderno é cada vez mais plural e complexa. Essa diversidade revela – e em certas circunstâncias até fomenta – antagonismos que, por vezes, convertem-se em conflitos, os quais devem ser eliminados na medida em que podem romper a paz e a harmonia de vida dos grupos sociais¹. O conflito de interesse qualificado por pretensão resistida ou insatisfeita, ou simplesmente “lide” na concepção de Francesco Carnelutti², pode ser dirimido basicamente por formas autocompositivas ou heterocompositivas. Na autocomposição, a solução das divergências é parcial, pois dependem que os próprios envolvidos cheguem a um consenso sobre o objeto da controvérsia³. A autocomposição é considerada como “modalidade de solução não jurisdicional de conflitos e quaisquer de suas três formas clássicas, quais sejam, a transação, a submissão e a desistência⁴ são tratadas como meios alternativos de pacificação social”⁵. Por sua vez, na heterocomposição as partes não conseguem a autocomposição e buscam a solução de conflitos por obra de um terceiro não envolvido nos interesses conflitantes⁶. São formas de heterocomposição: a arbitragem e a da justiça estatal. Na heterocomposição basicamente as partes têm dois caminhos a trilhar: primeiro, podem buscar o método institucional de solução de controvérsias, cujo conflito é resolvido por um órgão instituído pelo Estado para o exercício da função

¹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos. In: MOESSA, Luciane de Souza. **Negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 17-18 (prefácio).

²CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho processal civil**. v. 1. Buenos Aires: Uteha (Union Tipografica Editorial Hispano Americana), 1944. p. 45.

³CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 27.

⁴Ibid., p. 36. Os mesmos autores esclarecem que “desistência é renúncia à pretensão; submissão importa em renúncia à resistência oferecida à pretensão; e transação são concessões recíprocas” (Ibid., p. 27).

⁵Ibid., p. 31.

⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013a. p. 31.

jurisdicional; ou, segundo, podem optar por um meio alternativo ao método institucional, consistente no juízo arbitral⁷, também denominado justiça privada.

O instituto da arbitragem tem como principais características o “acordo de vontade entre as partes e o poder de julgar que recebem os árbitros, subtraindo o julgamento estatal”⁸. Assim, por meio da arbitragem, pode-se convencionar que determinado litígio, presente ou futuro, que verse sobre direitos disponíveis, não seja submetido ao Poder Judiciário, mas seja julgado exclusivamente por um terceiro escolhido pelos envolvidos, denominado árbitro. A convenção de arbitragem é estabelecida por dois modos: a) mediante “cláusula arbitral” – também denominada “cláusula compromissória” – que se constitui em dispositivo inserido num contrato no qual as partes preveem que resolverão eventuais futuras disputas surgidas em determinado negócio jurídico por meio da arbitragem⁹; b) por meio de “compromisso arbitral”, que nada mais é que a convenção de arbitragem mediante a qual as partes pactuam que o conflito já existente entre elas será dirimido por meio da solução arbitral¹⁰.

A arbitragem pode ser classificada por diversos critérios. Inicialmente ela pode ser privada ou pública. Será privada na hipótese do conflito que visa a acabar exclusivamente entre particulares, quer sejam pessoas físicas quer sejam pessoas jurídicas; será pública caso vocacionada a solucionar litígio que envolva entes públicos entre si, ou que se dê entre ente público e particular. Considerando o âmbito territorial ou o critério geográfico, a arbitragem é nacional ou internacional. É reputada como nacional quando sua formação e posterior execução se dão dentro do limite territorial de um determinado país e internacional quando emerge de relações jurídicas internacionais, extrafronteiras. O critério adotado pela Lei de Arbitragem brasileira para definir se a arbitragem é nacional ou estrangeira está vinculado ao local em que a decisão foi proferida, conforme regra do artigo 34, parágrafo único¹¹: Assim, se proferida “em território da República, a sentença arbitral

⁷MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 31-32.

⁸MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 19.

⁹CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 4.

¹⁰SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 82.

¹¹Cf. Lei de Arbitragem: Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

será nacional; se fora dele, tem-se o laudo por estrangeiro¹², situação que demanda sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça¹³. Quanto ao procedimento arbitral, este se apresenta como *ad hoc* ou “institucional”. As partes podem convencionar que normas procedimentais da arbitragem sejam inteiramente estabelecidas por elas próprias, criando um regulamento específico para o caso, situação em que é reputada como *ad hoc* ou podem optar por aderir ao regulamento já existente em alguma entidade arbitral, escolhendo árbitros vinculados a essas organizações, quando será considerada como institucional¹⁴. Na arbitragem institucional, também denominada arbitragem administrada, as partes aceitam se submeter ao regulamento de uma Câmara ou Tribunal arbitral que contém regras do procedimento, como previsão de prazos, a forma da prática dos atos, o modo de escolha dos árbitros, quais os custos do processo¹⁵ e outras, o que propicia maior segurança aos envolvidos.

Por fim, considerando as regras que devem ser utilizadas para o julgamento do litígio, a arbitragem pode ser de direito ou por equidade. É tida como de direito quando as partes elegem determinada legislação – nacional ou internacional – para que seja aplicável à solução da controvérsia, estando o árbitro a ela vinculado. Já na arbitragem por equidade, o árbitro está autorizado a julgar de acordo com outros critérios, inclusive “decidir em sentido contrário àquele indicado pela lei posta, o que não quer dizer que deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo”¹⁶. Saliente-se que o “juízo de equidade não é um mero contestador da ordem jurídica, mas um sadio opositor do positivismo dogmático-legalista, que o Direito contemporâneo já não admite”¹⁷. De qualquer sorte, quer a arbitragem seja de direito

¹²CARMONA, 2009, p. 204.

¹³A lei suíça de arbitragem, em oposição a outros sistemas, prevê que a distinção entre arbitragem doméstica e internacional deva ser feita pelo critério do domicílio das partes. Assim, segundo o art. 176 da Lei Suíça de Direito Internacional Privado, considera como sendo internacional uma arbitragem se pelo menos uma das partes não tem seu domicílio nem sua residencial habitual na Suíça. (SCHERER, Matthias. Principais características do novo regulamento suíço sobre arbitragem internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, ano I, n. 2, abr./jun. 2004. p. 66.)

¹⁴MUNIZ, 1999, p. 26-30.

¹⁵SCAVONE JÚNIOR, 2010, p. 63.

¹⁶CARMONA, op. cit., p. 66.

¹⁷LIGERO, Adriana Aparecida Giosa. O Juiz e a decisão por equidade. **Revista Jurídica da UniFil**, ano I, n. 2. p. 111. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-6.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

quer seja por equidade, não poderá haver violação aos bons costumes e à ordem pública¹⁸.

No Brasil, a arbitragem é regulada pela Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que “dispõe sobre a arbitragem”. Da leitura dos artigos 1º e 3º é possível extrair os elementos básicos que permitem estabelecer a conceituação do instituto. Com efeito, logo em seu artigo primeiro, consta que a arbitragem se constitui em instrumento vocacionado para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, sendo que no artigo terceiro está preconizado que “as partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral”. Observa-se então que a arbitragem se constitui num método empregado para a solução de litígios específicos, pois possui restrições quanto à matéria que pode ser submetida ao juízo arbitral, eis que somente pode ser utilizado para solução de lides que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, sendo expressamente vedado para litígios descritos no artigo 852 do Código Civil¹⁹. É facultativa na medida em que no ordenamento jurídico brasileiro a arbitragem não pode ser imposta às partes, devendo se originar da vontade livre e consciente de seus participantes; e terceiro, se constitui numa opção à jurisdição Estatal tradicional, pois ao escolher que o litígio seja dirimido por arbitragem, as partes afastam a possibilidade de julgamento pelo Poder Judiciário.

Expostos os elementos básicos do instituto da arbitragem²⁰ é possível conceituá-lo, o que se faz por meio das palavras de Carlos Alberto Carmona:

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial²¹.

¹⁸Cf. Lei de Arbitragem: Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

¹⁹Cf. Código Civil: Artigo 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

²⁰A palavra “arbitragem” é derivada do latim “*arbiter*”, que significa “pessoa que vai a algum lugar (como testemunha ou juiz)”. Forma-se por ad, “a”, mais baetere, “ir/vir”. No século XVI assumiu o sentido de “pessoa escolhida pelas partes para decidir sobre uma questão”. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/arbitrio/>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

²¹CARMONA, 2009, p. 15. Os conceitos de arbitragem são bastante semelhantes, sendo que todos levam em conta os elementos acima destacados.

Cf. Selma Lemes conceitua a arbitragem da seguinte forma: “A arbitragem é um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral”. (LEMES, Selma.

De forma mais objetiva, a arbitragem é “um mecanismo alternativo e facultativo a ser empregado na resolução de litígios”²². Conforme lição de Cândido Rangel Dinamarco “ser uma via alternativa significa que constitui um desvio autorizado às partes, com renúncia ao caminho ordinário representado pelo recurso à jurisdição estatal”.²³

A arbitragem se constitui em um dos mais antigos meios de resolução de litígios que se tem notícias. Com efeito, nos primórdios da civilização, a tutela de direitos originou-se do “próprio instinto humano de preservação”²⁴, eis que a sobrevivência dos integrantes de um determinado grupo dependia da possibilidade de convivência pacífica entre seus membros. Ao longo da história da evolução da humanidade, a solução dos conflitos passou por quatro etapas,²⁵ cada uma com características bem distintas: a) a autotutela, na qual os próprios envolvidos resolviam suas diferenças, em regime de justiça de mão própria, pela força individual ou do grupo²⁶, pois o Estado não possuía autoridade e soberania para garantir o cumprimento do direito²⁷; b) arbitramento facultativo, em que as questões deixaram de ser resolvidas pelo próprio ofendido. Nessa fase, os litigantes de comum acordo nomeavam um terceiro para dar uma solução à controvérsia. Este terceiro era chamado de “árbitro”, que se constituía em pessoa de confiança dos envolvidos, e que decidia de maneira imparcial.

Geralmente a função de árbitro era confiada aos sacerdotes, por se acreditar a época que possuíam ligações com divindades, ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo;²⁸ posteriormente a isso, houve uma fase em que o arbitramento

Arbitragem na administração pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59.)

Cf. Luiz Antônio Scavone Júnior conceitua a arbitragem da seguinte maneira: “A arbitragem é meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através de árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral”. (SCAVONE JÚNIOR, 2010, p. 15.)

Cf. Fredier Didier Júnior conceitua a arbitragem como: “É técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam numa terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e “imparcial” (porque não é feita pelas partes diretamente) do litígio. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed., v. 1. Salvador: Podium, 2009. p. 82.)

²²FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 123.

²³DINAMARCO, 2013a, p. 31.

²⁴FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 16.

²⁵Ibid., p. 17.

²⁶Ibid., p. 16.

²⁷CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 27.

²⁸CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, loc. cit.

era obrigatório, sendo que Estado designava o árbitro acaso as partes não chegassem a um acordo nesse sentido. Só a partir daí é que surgiu a justiça pública, na qual o Estado, já organizado e soberano, assumiu para si a função de aplicar o direito impositivamente.²⁹

Nesse contexto, percebe-se que a arbitragem deveria ser considerada um meio primário de solução de litígios, e não alternativo. Porém, a explicação para que se considere a arbitragem um meio alternativo decorre da “longa tradição da jurisdição estatal como o centro natural de solução dos conflitos, sendo cultivada por muitos séculos a ideia do monopólio da jurisdição pelo Estado”³⁰.

Inexiste uma data exata ou um evento que sirva de marco para o surgimento da arbitragem, porém se trata de um dos institutos jurídicos mais antigos de que se tem notícia³¹, tanto que já era praticada na “Babilônia de 3000 anos a.C., na Grécia antiga, em Roma”³² e no Oriente Antigo, na qual os Hebreus resolviam suas querelas numa “Câmara composta por três árbitros, a Beth-Din”³³. José Eduardo Carreira Alvim cita que o compromisso arbitral pode ser encontrado na Lei das Doze Tábuas, no Direito Romano, no Canônico e em quase todos os estatutos da Idade Média³⁴. A arbitragem teve grande importância no Direito Romano, pois foi utilizada desde as “origens históricas de Roma, sob a Realeza (745 a.C.) ao surgimento da ‘*cognitio extraordinária*’ sob Diocleciano (século III d.C.)”³⁵, sendo justamente no “Direito Romano que vamos encontrar as raízes mais profícuas do instituto da arbitragem ou do compromisso arbitral”³⁶.

Na Idade Média a arbitragem era utilizada pela Igreja Católica havendo referências ao instituto na Bíblia Sagrada na passagem na qual São Paulo reforçava a proibição de se recorrer à justiça romana, conforme contido na Primeira Carta de São Paulo aos Coríntios, capítulo VI:

[...] Que é isto, que vocês quando têm alguma coisa contra outro cristão vão à justiça, e pedem a um tribunal pagão que decida a questão, ao invés de

²⁹FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, p. 17.

³⁰DINAMARCO, 2013a, p. 31.

³¹TAUBE, Michel de. Les origines de l'arbitrage international antiquité et moyen age. **Recueil des Cours**, v. IV, tomo 42, 1942 apud MUNIZ, 1999, nota de rodapé n. 11, p. 23.

³²FIGUEIRA JUNIOR, op. cit., p. 23-24.

³³CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**. São Paulo: Leme, 2007. p. 27.

³⁴ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 3.

³⁵CACHAPUZ, op. cit., p. 28.

³⁶FIGUEIRA JUNIOR, op. cit., p. 17.

levá-la a outros cristãos para decidirem quem de vocês é que está certo? [...] Portanto vocês deveriam ser capazes de resolver seus problemas aqui na Terra com facilidade. Por que, então, ir a juízes de fora que nem mesmo são cristãos? [...] Não existe ninguém, em toda a Igreja que seja bastante sábio para resolver essas disputas? [...]

Todavia, apenas no direito comum³⁷ da Idade Média é que “vamos encontrar a origem mais próxima do juízo arbitral”³⁸. Guido Soares faz interessante apontamento afirmando que nessa época a arbitragem era usada “entre cavaleiros, entre barões, entre proprietários feudais, e entre soberanos distintos, além ter surgido nessa época a Arbitragem Comercial”³⁹.

Com o surgimento do Estado moderno, houve uma temporária retração do uso da arbitragem, pois nesse modelo de Estado estruturado com base na existência de uma “unidade territorial dotada de um poder soberano”⁴⁰, prevalecia o entendimento no sentido de que a lei e a ordem dentro do território deveriam ser impostas diretamente pelo próprio poder dominante⁴¹, pensamento esse que obviamente colidia com a autonomia de vontade das partes quanto à forma de resolução de seus conflitos. Sálvio de Figueiredo Teixeira menciona que a arbitragem perdeu importância no direito europeu-continental, ou *civil law*, no qual prevalecia uma forte técnica de composição puramente estatal dos conflitos, mas que subsistiu com razoável uso no âmbito do *common law*, o direito anglo-americano, que era marcado pela influência liberal.⁴²

Todavia, no final do século XVIII esse cenário começou a mudar, o que foi impulsionado com a criação de organismos internacionais, a assinatura de tratados buscando a estabilidade da Sociedade Internacional e, mais recentemente, a ocorrência das grandes guerras evidenciaram a necessidade de mecanismos de solução de litígios que permitissem garantir a manutenção da paz entre os Estados. Especialmente após 1950, a arbitragem despontou como instrumento essencial ao desenvolvimento do comércio internacional que aflorou em razão da abertura dos

³⁷ Joel Dias Figueira Júnior esclarece: “denomina-se direito comum o sistema normativo que vigia no continente europeu durante a Idade Média”. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, nota de rodapé n. 24, p. 22.)

³⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, loc. cit.

³⁹ SOARES, Guido. Arbitragem internacional. Introdução histórica. In: **Enciclopédia Saraiva**, v. 7/379, n. 9. p. 380, n. 10 e 11.

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 78.

⁴¹ MUNIZ, 1999, p. 24.

⁴² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Jurisprudência Mineira**, v. 47, n. 137-138, p. 8, jul./dez. 1996. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/10240>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

mercados e da internacionalização das economias.⁴³ Fato curioso é que, ao longo dos anos, o instituto da arbitragem continua basicamente idêntico em sua concepção e seu funcionamento.

Especificamente no Brasil, a arbitragem “já tem um longo percurso”⁴⁴, tanto que seu uso já era previsto na Constituição do Império⁴⁵, datada de 25 de março de 1824, e também no Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850⁴⁶. Merecedor de registro é que à época existiam matérias nas quais a utilização da arbitragem era obrigatória,⁴⁷ o que ocorria nos conflitos que envolvessem “seguro e locação e matéria de natureza comercial e também em matéria societária”⁴⁸. Obviamente, a utilização do instituto em nosso país foi introduzida por Portugal, nossa pátria colonizadora. A arbitragem era regulada pelas “Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, esta última com aplicação em terras brasileiras mesmo depois de nossa independência”.⁴⁹ O mesmo autor esclarece que, com o advento da República, o instituto da arbitragem se manteve, sendo expressamente previsto nos Códigos de Processo Civil de 1939⁵⁰ e 1973⁵¹ como “modalidade facultativa de Juízo arbitral.”⁵² O advento do Código de Processo Civil de 1973, não trouxe modificações

⁴³MUNIZ, 1999, p. 24-25.

⁴⁴KLEIN, Aline Lícia. Arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

⁴⁵Cf. Constituição Política do Império do Brasil, de 25/03/1824: Artigo 160. Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

⁴⁶Cf. Código Comercial – Lei 556/1850: Artigo 294. Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha serão decididas em juízo arbitral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

⁴⁷Cf. A obrigatoriedade do uso da arbitragem em matéria comercial foi revogada pela Lei nº 1.350, de 14 de setembro de 1866: Artigo 1º. Fica derogado o Juízo Arbitral necessário, estabelecido pelo artigo vinte título único do Código Commercial. § 1º O Juízo Arbitral será sempre voluntário mediante o compromisso das partes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-1350-14-setembro-1866-554052-publicacaooriginal-72489-pl.html>>. Acesso em: 2 jul. 2015.

⁴⁸FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, p. 24.

⁴⁹FIGUEIRA JÚNIOR, loc. cit.

⁵⁰Ibid., p. 25.

⁵¹Cf. No Código de Processo Civil de 1939, consistente no Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, existia um capítulo próprio para tratar do “Juízo Arbitral”; a matéria era regulada nos artigos 1031 a 1046. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=12170>>. Acesso em: 2 jul. 2015.

Cf. No Código de Processo Civil de 1973, introduzido pela Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, a matéria era igualmente disposta num capítulo próprio, contemplada nos artigos 1072 a 1102. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102373>>. Acesso em 2 jul. 2015.

⁵²CACHAPUZ, 2007, p. 32.

significativas para a arbitragem, de modo a permitir que seu desenvolvimento e uso de forma ampla⁵³.

O Código Civil de 1916 regulava a matéria nos artigos 1037 a 1048, sendo que muitas normas nele contidas foram adotadas pela Lei de Arbitragem⁵⁴; no atual Código Civil a matéria ficou resumida aos artigos 851 a 853⁵⁵, sendo tratada de maneira sucinta e superficial, fato que se explica em razão da Lei de Arbitragem nº 9.307/1996 ser anterior ao início de vigência do mencionado digesto.

Ocorre que, apesar da previsto na legislação, por muito tempo o uso da arbitragem foi desprestigiado no Brasil. Isso porque a legislação continha obstáculos que, se não impediam seu uso, praticamente a inviabilizavam, sendo que tanto a “doutrina e a jurisprudência transformaram o *pacto de contrahendo* em verdadeiro *pacto nudum*, contribuindo para os agentes do comércio internacional abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil”⁵⁶. Carlos Alberto Carmona aponta quais eram os obstáculos ao uso da arbitragem no Brasil: primeiro, tanto o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não previam a cláusula compromissória ou cláusula arbitral, de modo que, para que

⁵³CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 49.

⁵⁴A semelhança de conteúdos de artigos do Código Civil de 1916 com a atual Lei de Arbitragem (Lei nº 9.306/1996) se dá com os seguintes artigos: Código Civil de 1916: Artigo 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais. Lei de Arbitragem: Artigo 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Código Civil de 1916: Artigo 1.040. O compromisso poderá também declarar: I – O prazo em que deve ser dada a decisão arbitral. Lei de Arbitragem: Artigo 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: III – o prazo para apresentação da sentença arbitral. Código Civil de 1916: Artigo 1.040. II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes. Lei de Arbitragem: Artigo 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes. Código Civil de 1916: Artigo 1.040. V – A autoridade, a eles dada, para nomearem terceiro árbitro, caso diverjam, se as partes o não nomearam. Lei de Arbitragem: Artigo 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no artigo 7º desta Lei. § 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Código Civil de 1916: Artigo 1.041. Os árbitros são juízes do fato e direito, não sendo sujeito ou seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes. Lei de Arbitragem: Artigo 18. 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.

⁵⁵Cf. Código Civil: Artigo 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar. Artigo 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. Artigo 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

⁵⁶CACHAPUZ, 2007, p. 32.

fosse possível a instituição de arbitragem, era exigido o compromisso arbitral, o que obviamente reduzia em muito as possibilidades de seu uso; o segundo entrave consistia na exigência de homologação judicial do laudo arbitral, para que produzisse os mesmos efeitos de uma sentença judicial, fato que igualmente servia de desestímulo para a utilização da arbitragem, pois suprimia as vantagens do instituto, como, por exemplo, o sigilo e a celeridade processual⁵⁷.

Só a partir de 1981 é que começaram a surgir iniciativas no sentido de alterar as deficiências legislativas, sendo que num “curto espaço de dez anos tivemos nada menos do que três anteprojetos destinados a tentar adequar ou reestruturar com mais ou menos o malsinado regime jurídico da arbitragem”⁵⁸.

Porém, somente no ano de 1991 é que foi nomeada uma comissão de notáveis professores e estudiosos⁵⁹, cujo trabalho culminou no Projeto de Lei nº 78/1992 do Senado e nº 4.018/1993 da Câmara dos Deputados, os quais se transformaram na Lei Federal nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que passou a regular o microsistema da arbitragem no Brasil.⁶⁰ Carlos Alberto Carmona menciona que o legislador brasileiro entendeu ser pertinente regular a matéria em diploma separado do Código de Processo Civil diante das especificidades do instituto regulado, que exigia a abordagem de questões que não eram de natureza processual⁶¹, fato este em consonância com a “tendência dos países que vêm renovando sua legislação em matéria de arbitragem”.⁶²

Registre-se que a Lei Federal nº 9.099/1995 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis, e que é anterior ao início de vigência da Lei Federal nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), já continha previsão de julgamento por meio de “juízo arbitral”. Entretanto, a matéria foi tratada de maneira pontual, de modo a permitir o uso da arbitragem exclusivamente nos processos submetidos à competência do próprio Juizado. Como previsto no artigo 24⁶³ da mencionada lei, quando da realização da

⁵⁷CARMONA, 2009, p. 4-5.

⁵⁸FIGUEIRA, 1997, p. 46.

⁵⁹Integravam a comissão: Selma M. Ferreira Lemes, Pedro Antonio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona.

⁶⁰FIGUEIRA, op. cit., p. 48.

⁶¹CARMONA, op. cit., p. 14.

⁶²CARMONA, loc. cit.

⁶³Cf. Lei Federal nº 9.099/1995: Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. § 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. § 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

primeira audiência, destinada à tentativa de conciliação, as partes podiam optar pelo juízo arbitral. Porém, o contexto da arbitragem no Juizado Especial é muito limitado, pois vinculado aos litígios de pequena monta e baixa complexidade, sendo pouco utilizado na prática.

Atualmente a arbitragem é regulada pela Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, denominada “Lei de Arbitragem”, bem como pelos artigos 851 e 853 do Código Civil, podendo ser utilizada para dirimir conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. A Lei Federal nº 9.307/1996 é certamente um marco para a arbitragem no Brasil, tendo sido por meio dela que se “imprimiu modernidade ao instituto”⁶⁴, dando nova feição ao instituto na medida em que o livrou de entraves que inviabilizavam e desestimulavam sua utilização em solo brasileiro. Com o advento da nova lei foram corrigidos os problemas antes relatados, de modo que tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral foram expressamente contemplados na legislação, consoante artigo 3º da Lei de Arbitragem⁶⁵, bem como a sentença arbitral não precisa ser homologada em juízo, produzindo efeitos entre as partes já a partir do momento em que se tornar pública, como previsto no artigo 31 da mesma lei.⁶⁶

As alterações do novo Código de Processo Civil introduzidas pela Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, também atingiram o instituto, sendo expressamente prevista pelo artigo 3º, parágrafo 1º, que possui o seguinte teor: “Artigo 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º. É permitida arbitragem, na forma da lei.”

Recentemente a Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) sofreu alterações pela Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015, pela qual foi modificada a redação de diversos artigos, inclusive o que trata do uso da arbitragem pela Administração Pública, matéria objeto de análise do presente estudo e que será oportunamente abordada.

Nos dias atuais a arbitragem cada vez mais está se consolidando como uma alternativa viável para evitar o Poder Judiciário, que se encontra próximo do

⁶⁴TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 111. out./dez. 1997.

⁶⁵Cf. Lei de Arbitragem: Lei 9.307/1996. Artigo 3. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante a convenção de arbitragem, assim entendidos a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

⁶⁶Cf. Lei de Arbitragem: Lei 9.307/1996. Artigo 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

esgotamento. Além disso, um grande fator a impulsionar o uso da arbitragem na América Latina decorre do fato de a arbitragem se constituir num “instituto que goza do respeito e da aceitação dos Estados e dos investidores estrangeiros”⁶⁷. Por conta disto, “na última década do século XX foram aprovadas novas legislações que modernizaram o instituto”⁶⁸, situação esta na qual se inclui o Brasil. Selma Lemes, uma das redatoras do projeto de lei que culminou na Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), efetuou levantamento junto às principais Câmaras de Arbitragem do Brasil, entre os anos de 2010 a 2013, constatando que houve um aumento significativo do número de procedimentos instaurados bem como que os litígios possuem valor econômico próximo aos 16 bilhões de reais, concluindo assim que está havendo uma maior aceitação do instituto no Brasil.⁶⁹ Cintra, Grinover e Dinamarco mencionam que “vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”⁷⁰, daí porque se está cada vez mais dando relevância para formas alternativas de solução de conflitos. Cite-se por fim que no discurso de posse do atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, restou defendido o estímulo a formas alternativas de solução de conflitos, com especial referência ao uso da arbitragem⁷¹, o que efetivamente demonstra uma tendência de valorizar o instituto em análise.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

O consenso doutrinário existente sobre o conceito da arbitragem desaparece quando se enfrenta a questão relacionada com sua natureza jurídica. As divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica da arbitragem não são novas, mas apesar disso ainda continuam em evidência. Sobre esta celeuma doutrinária Carlos Aberto Carmona afirma que o debate acerca do tema possui acentuado viés

⁶⁷PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem e investimentos estrangeiros. **Revista Brasileira de Arbitragem**, ano I, n. 2, p. 8, abr./jun. 2004.

⁶⁸PUCCI, loc. cit.

⁶⁹Cf. LEMES, Selma. Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. **Consultor Jurídico – CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

⁷⁰CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 26.

⁷¹Cf. Notícias Supremo Tribunal Federal do dia 10 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=274844>>. Acesso em: 9 jul. 2015.

acadêmico e pouco prático, bem como que na bibliografia nacional inexistente “tratado, manual ou tese de monografia” que não tenha enfrentado a questão⁷².

Apesar da advertência, registre-se que o esforço para se estabelecer a correta natureza jurídica de determinado instituto não se afigura como questão sem importância. Conforme lição de Tânia Lobo Muniz, a compreensão de qualquer conceito jurídico demanda uma visão sistemática do direito, o que pressupõe uma “análise dos valores e fins das normas e dos princípios que o compõem, relacionando-o entre as diversas categorias jurídicas e o conjunto de normas de acordo com determinação de suas características essenciais”⁷³. Diante disso, a definição da natureza jurídica de qualquer instituto é indispensável para conhecer sua alma, o seu íntimo, de modo a permitir o estabelecimento do conjunto de regras que o informam e possibilitar assim sua melhor compreensão.

No caso específico da arbitragem, a definição de sua natureza jurídica afigura-se relevante e até mesmo inevitável diante da enorme divergência existente acerca da matéria e porque “existem diferentes consequências em razão das interpretações”⁷⁴ e da posição que eventualmente se venha assumir.

Pois bem, as posições doutrinárias sobre o tema revelam a existência de três teses, sendo duas delas antagônicas entre si, pois se dividem entre os que “veem no instituto atividade privada, desligada da função estatal de julgar, e aqueles que enxergam no juízo arbitral exercício da jurisdição”⁷⁵. Haveria assim, uma corrente privatista e outra publicista⁷⁶. Há ainda outros autores que sustentam a existência de uma terceira posição, que consiste na atribuição da natureza jurídica híbrida da arbitragem, na medida em que seria “contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto”⁷⁷.

⁷²CARMONA, 2009, p. 27.

⁷³MUNIZ, 1999, p. 30.

⁷⁴ELIAS, Thiago Luis Carballo. Natureza jurídica da arbitragem. In: MOTTA PINTO, Ana Luiza Baccarat da; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. (Coord.). **Arbitragem nacional e internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 7.

⁷⁵CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 29.

⁷⁶Cf. Cândido Rangel Dinamarco sustentava uma natureza “paraestatal” da arbitragem, porém mudou sua posição, conforme segue: “Durante muito tempo pensei em uma natureza parajurisdicional das funções do árbitro, o que afirmei em mais de um escrito. Hoje não vejo mais razão para ficar assim a meio caminho. [...] Eliminada a necessidade de homologação e portanto sendo a sentença arbitral eficaz por si própria, ela é, tanto e quanto a do juiz, um ato de pacificação social e, portanto, jurisdicional – não havendo mais razão para ficar assim em uma posição intermediária com a ideia de uma suposta parajurisdicionalidade.” (DINAMARCO, 2013a, p. 41.)

⁷⁷LEMES, 2007, p. 60-61.

Para os defensores da corrente privatista, a natureza jurídica da arbitragem seria exclusivamente contratual, o que se dá embasado no modo de sua formação, eis que “nasce de uma convenção firmada pelas partes”⁷⁸, “assemelhando-se a sentença arbitral a um contrato que põe fim ao litígio”⁷⁹. Além disso, a tese do contratualismo da arbitragem está ainda fundada na ausência de poder de coação do juízo arbitral para cumprir suas sentenças, fato que afastaria a natureza jurisdicional do instituto⁸⁰. Quanto a esse enfoque, a questão será abordada adiante. Aline Lícia Klein, adepta dessa posição privatista, afirma que “o fundamento da arbitragem é um direito obrigacional, que tem origem em contrato firmado entre as partes (convenção arbitral)”⁸¹. Com igual raciocínio, César Guimarães Pereira afirma que “prefere-se a identificação da arbitragem como envolvendo um poder estatal de natureza estritamente contratual, a cujo resultado a lei pode atribuir a eficácia de título executivo judicial”⁸².

Ocorre que a atribuição da natureza contratual à arbitragem, levando em consideração a forma como se origina a arbitragem ou a sentença arbitral, não parece suficiente para explicar toda a complexidade do instituto nem tampouco permite conhecer seu âmago. De fato, a manifestação de vontade é elemento essencial para a instituição da arbitragem, assim como também infundada a comparação da sentença arbitral com um contrato. A demonstração desse ponto de vista exige algumas breves considerações sobre o contrato. O contrato pode ser conceituado como “acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”⁸³. É indiscutível que tanto a arbitragem como o contrato possuem os mesmos elementos essenciais na sua formação, os quais estão estabelecidos no artigo 166 e incisos do Código Civil. São eles: a capacidade das partes, a licitude do objeto, forma prescrita e não defesa em lei. Porém, insista-se que essa semelhança entre ambos os institutos não é bastante para se atribuir

⁷⁸ LEMES, 2007, p. 60.

⁷⁹ MUNIZ, 1999, p. 34.

⁸⁰ Ibid., p. 34-35.

⁸¹ KLEIN, 2010, p. 68.

⁸² PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Assistente Coord.). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 814.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 8.

natureza contratual à arbitragem, pois afora o elemento volitivo na formação, muitas são as diferenças entre eles. Ao considerar a arbitragem apenas como uma convenção entre as partes, o instituto ficará subordinado a regras e princípios do direito civil, com implicações de eventual inadimplemento do contrato, que são diversos das consequências do descumprimento de uma norma processual. Por essa ótica, a recusa de uma das partes em se submeter à arbitragem seria caracterizada como inadimplemento contratual e se resolveria em perdas e danos conforme previsto no artigo 389 do Código Civil⁸⁴, e não seria possível exigir a instauração da arbitragem⁸⁵. Porém, os artigos 6º e 7º da Lei nº 9.307/1996⁸⁶ (Lei de Arbitragem) contêm previsão exatamente em sentido oposto.

Efetivamente, sem pretensão de exaurir a questão, apontam-se as seguintes diferenças entre os institutos: primeiro, o contrato tem por objetivo estabelecer um consenso que importe na “criação, modificação ou extinção de direito ou de deveres, ou ainda, de obrigações isoladamente”⁸⁷, enquanto a arbitragem tem escopo diverso, qual seja o de solucionar um litígio entre as partes; segundo, o contrato acarreta seus efeitos tão somente pelo cumprimento das obrigações avençadas, o que se dá preponderantemente de forma espontânea, enquanto a arbitragem demanda a presença de um terceiro, que diante de um conflito de interesses proferirá uma decisão acerca da solução do litígio; terceiro, entre os elementos formais do contrato há a exigência de determinação de seu objeto, isto é, deve conter “especificação do gênero, da espécie, da quantidade ou dos caracteres individuais”⁸⁸, o que não se aplica para a arbitragem, cujo objeto se constitui na solução de um conflito de interesses que pode ou não ocorrer; e quarto, no direito estrangeiro existe a figura

⁸⁴Cf. Código Civil: Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁸⁵ELIAS, 2012, p. 8.

⁸⁶Cf. Lei de Arbitragem: 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. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a 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 lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

⁸⁷AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 21.

⁸⁸DINIZ, 1993, p. 34.

da arbitragem obrigatória⁸⁹, o que afasta o elemento volitivo como requisito de validade da arbitragem, mas é indispensável para a formação do contrato.

A segunda posição considera a arbitragem como tendo natureza jurisdicional, daí porque igualmente denominada de publicista. A abordagem da matéria exige preliminarmente alguns esclarecimentos acerca do atual significado da função jurisdicional. Consoante Ernane Fidélis dos Santos, a “palavra ‘jurisdição’, que vem do latim *jurisdictio*, quer dizer, etimologicamente, ‘ação de dizer o direito’, mais simplesmente ‘dizer o direito’”⁹⁰. A jurisdição é uma das “expressões do poder estatal”, na medida em que tem a capacidade de “decidir imperativamente e impor decisões”⁹¹. Inúmeros autores que se dedicam ao assunto consideram que a jurisdição, como função do Estado, é “própria e exclusiva do Poder Judiciário”.⁹² Dessa forma, dá-se o nome de jurisdição à “atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos”⁹³. Para os autores que compartilham desse ponto de vista “as notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato”, decorrem do fato de ele ser praticado por um juiz.⁹⁴

Todavia, as transformações pelas quais o Estado moderno passou e continua passando fizeram com que esse conceito de jurisdição ficasse ultrapassado. Carlos Alberto Carmona menciona que “o conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade”. O mesmo autor chega a adjetivar de tacanha a ideia de que a jurisdição só pode ser exercida pelo juiz⁹⁵, e o faz amparado em Giovanni Verde, cujo teor transcreve-se:

A experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia de que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes.⁹⁶

⁸⁹Cf. No direito estrangeiro existem situações de arbitragem necessária ou obrigatória. Como exemplo cita-se o Decreto-Lei nº 259 de 25/09/2009, de Portugal, o qual determina que os litígios que versem sobre o estabelecimento de “serviços mínimos durante a greve” e deve ser dirimido obrigatoriamente por arbitragem.

⁹⁰SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 11. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 8.

⁹¹CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2009, p. 30.

⁹²SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 67.

⁹³CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, op. cit., p. 29.

⁹⁴SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 73.

⁹⁵CARMONA, 2009, p. 26.

⁹⁶CARMONA, loc. cit.

Além disso, a jurisdição se constitui numa função do Estado⁹⁷ que tem por finalidade fazer “atuar o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses ocorrentes⁹⁸”, visando a alcançar a pacificação social, que é seu escopo magno⁹⁹, e também fazer justiça, conforme assinalado por Cintra, Grinover e Dinamarco: “Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça”¹⁰⁰.

A nova compreensão do que seja jurisdição decorre de diversos fatores, como bem apontado por Fredie Didier Júnior, dentre os quais se destacam os seguintes:

ii) valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas; iii) o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, que impõe a aplicação direta das normas que os consagram, independentemente de intermediação legislativa [...] ¹⁰¹.

Efetivamente, apesar de a jurisdição ainda continuar sendo reputada como uma função do Estado, considera-se que a atividade de dizer o direito não se constitui mais numa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário. Cândido Rangel Dinamarco explica que até recentemente, ainda embebidos pelas posições de Chiovenda e Carnelluti, tinha-se uma visão “dos institutos processuais como fâmulos do direito material, sem qualquer comprometimento com a paz social ou com a eliminação de conflitos entre dois ou mais sujeitos”¹⁰². Todavia, atualmente a compreensão acerca da jurisdição é de que ela tem por finalidade a pacificação de sujeitos conflitantes, o que não precisa necessariamente se dar pelo Juiz¹⁰³.

Em face disso, para a caracterização da jurisdição o “fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça,

⁹⁷Cf. “O Estado Moderno, no desempenho de sua finalidade, qual a de conservar e desenvolver as condições de vida em sociedade, exerce três funções distintas, conquanto harmônicas entre si, correspondentes aos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – em que distribui o ser poder soberano, as funções legislativa, executiva e jurisdicional”. (SANTOS, 2007, p. 65.)

⁹⁸Ibid., p. 67.

⁹⁹CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2009, p. 30.

¹⁰⁰Ibid., p. 31.

¹⁰¹DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 67.

¹⁰²DINAMARCO, 2013a, p. 38.

¹⁰³DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 189-195.

exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro”¹⁰⁴. Desse modo, a “jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo”¹⁰⁵, sendo que a presença da figura do juiz não é mais elemento indispensável para o reconhecimento do exercício da jurisdição.

Estabelecida a premissa de que o exercício da jurisdição não importa apenas e simplesmente na função de “dizer o direito”, mas sim numa atividade que tem um objetivo maior, qual seja, a busca da paz social mediante a eliminação de conflitos e cuja atividade não precisa ser desenvolvida exclusivamente pelo Poder Judiciário, impõe-se por uma questão de lógica se reconhecer natureza jurisdicional da arbitragem.

No Brasil a natureza jurisdicional da arbitragem foi pioneiramente sustentada por Carlos Alberto Carmona¹⁰⁶, o que fez diante da constatação de que “o artigo 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial”¹⁰⁷ para adiante arrematar que o “legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem”¹⁰⁸.

A chamada jurisdicionalidade da arbitragem é também reconhecida e preconizada por Cândido Rangel Dinamarco, que sustenta não haver “dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos”¹⁰⁹, e por Fredie Didier Júnior, para quem

a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado”¹¹⁰.

¹⁰⁴DINAMARCO, 2013a, p. 39.

¹⁰⁵DIDIER JUNIOR, 2009, p. 67.

¹⁰⁶A discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem é antiga, conforme atestado por Carlos Alberto Carmona: “Guido Zanobini, já na década de 1920, percebia ser o laudo uma verdadeira sentença, de sorte que sua homologação – exigida pela lei processual italiana de então – não passaria de um simples visto para a concessão do *exequatur*, de natureza meramente administrativa. Concluiu o jurista – de modo acertado – que é na função intelectual que se concretiza o poder jurisdicional, e tal função é exercida apenas pelo árbitro e não pelo juiz que homologa a decisão arbitral. Partiu Zanobini da premissa de que a jurisdição, como atributo da soberania, é função essencialmente – mas não exclusivamente – exercida pelo Estado, de modo que os árbitros são investidos provisoriamente da função pública, exercendo verdadeira atividade jurisdicional. (CARMONA, 1993, p. 27.)

¹⁰⁷CARMONA, 2009, p. 26.

¹⁰⁸CARMONA, loc. cit.

¹⁰⁹DINAMARCO, op. cit., p. 39.

¹¹⁰DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 83.

Percebe-se então que, “ao escolher a arbitragem, o jurisdicionado não renuncia à jurisdição; renuncia, isso sim, à jurisdição exercida pelo Estado¹¹¹”.

Por derradeiro, resta a análise da terceira corrente, que atribui natureza híbrida para a arbitragem, a qual é propagada por Selma Lemes¹¹². Como mencionado, para os autores que defendem esse ponto de vista, a arbitragem seria contratual em razão de sua origem, eis que dependente da vontade das partes. Porém reconhecem a jurisdicionalidade em razão de seu objeto¹¹³. Sob essa ótica, a arbitragem seria um “instituto limítrofe entre as atividades normalmente enquadradas como atividade pública e atividade privada, constituindo um fenômeno complexo que sofre os influxos dessas duas polaridades”¹¹⁴. Em que pese os argumentos de mencionados autores, poucos são os que sustentam a natureza híbrida da arbitragem, até porque a indefinição acerca da matéria não contribui para esclarecer o instituto e definir seus contornos e regras aplicáveis.

Pelas considerações acima formuladas, transparece que a tese que melhor explica a natureza jurídica da arbitragem é, sem dúvida alguma, a jurisdicional. Isso porque a arbitragem é, de fato e de direito, uma técnica de solução de litígios, exercida por um terceiro (árbitro) e que visa à pacificação social, elementos estes que caracterizam o atual conceito de jurisdição. Reitere-se que a figura do contrato não explica a complexidade e as consequências práticas do instituto em comento, sendo que apenas a maneira de sua formação ou o seu objeto, considerados cada um isoladamente, não são suficientes para definir sua natureza jurídica. E mais, os autores que sustentam a natureza contratual da arbitragem o fazem em vista de uma condicionante, qual seja: a de que a jurisdição é função estatal exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário. Ocorre que, como já visto, a jurisdição não é prerrogativa exclusiva do juiz, podendo existir jurisdição fora do Poder Judiciário.

¹¹¹DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 83.

¹¹²LEMES, 2007, p. 60-61

¹¹³O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 606.345/RS, proferiu decisão reconhecendo a natureza híbrida da arbitragem, conforme se infere do trecho do acórdão adiante transcrito: [...] “Da definição do instituto exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.” [...] Relator: Ministro João Otávio de Noronha, DJU de 08/06/2007. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3065253&num_registro=200302052905&data=20070608&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 1º dez. 2015.

¹¹⁴ELIAS, 2012, p. 7.

Relevante argumento em favor da natureza jurisdicional da arbitragem é apresentado por Cândido Rangel Dinamarco, que corretamente evidencia existir na arbitragem um processo e, como tal, por meio dela exerce-se jurisdição, ação e defesa. Como consequência disso, o autor sustenta ser possível a aplicação no processo arbitral dos institutos fundamentais da teoria geral do processo, como forma de dar ao instituto maior segurança jurídica¹¹⁵. De fato, afigura-se inquestionável que o processo arbitral deva efetivamente ser inserido no contexto da teoria geral do processo, tanto que a própria Lei de Arbitragem, em seu artigo 21, parágrafo 2º, expressamente menciona que se aplica ao processo arbitral o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade e livre convencimento do árbitro, em clara demonstração de que se “sujeita aos ditames do direito processual constitucional”¹¹⁶.

Resta evidenciado assim que se aplicam ao processo arbitral as garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal¹¹⁷, as quais foram expressamente acolhidas no artigo 5º, inciso LIV do texto Constitucional, da seguinte forma: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com isso fica demonstrado que a arbitragem está longe de se constituir num instrumento desregrado, sujeito à conveniência das partes ou dos árbitros na sua condução e no qual impera exclusivamente o informalismo.

A expressão “devido processo legal” contida na Constituição Federal é derivada da expressão de origem inglesa *due process of law*¹¹⁸ que, tomada em seu sentido processual, assegura aos litigantes a “possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”¹¹⁹ e basicamente pode ser traduzida na garantia de um processo justo ou

¹¹⁵DINAMARCO, 2013a, p. 16. Segundo o mesmo autor, a Teoria Geral do Processo deve ser entendida como “a condensação metodológica dos princípios, conceitos e estruturas desenvolvidos nos diversos ramos do direito processual, considerados aqueles em seus respectivos núcleos essenciais e comuns a todos esses ramos. (Ibid., p. 21.)

¹¹⁶Ibid., p. 17.

¹¹⁷Ibid., p. 22.

¹¹⁸Nelson Nery Júnior explica que o devido processo legal (*due process of law*) pode ter um sentido genérico, sob um prisma exclusivamente processual, consistente no direito de tutela à vida, liberdade e propriedade em sua forma mais ampla, ou num sentido material, em que se extrapola o ângulo processual para indicar a incidência em seu aspecto substancial (*substantive due process*), agindo igualmente no que diz respeito ao direito material, com incidência também para o processo judicial e administrativo. (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 28-35.)

¹¹⁹Ibid., p. 40.

equitativo aos litigantes¹²⁰. Medina e Wambier fazem o esclarecimento no sentido de que as garantias decorrentes do devido processo legal são consideradas garantias mínimas e servem para impor ao processo as “condições básicas de legalidade e de correção, e operam tais garantias em todos os seus momentos ou fases”¹²¹.

Como decorrência da natureza jurisdicional da arbitragem, as garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal¹²² são aplicáveis para o processo arbitral, tanto que algumas delas foram contempladas em diversos dispositivos legais contidos na Lei Federal nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), conforme segue demonstrado: a) do artigo 1º, extrai-se ser a arbitragem uma técnica de solução de litígios, objetivo este que coincide com os fins da jurisdição¹²³; b) dos artigos 13, parágrafos 6º¹²⁴ e 18¹²⁵, que preconizam ser o árbitro um terceiro imparcial que é juiz de fato e de direito do litígio submetido à arbitragem; c) artigo 31, do qual se extrai que proferida sentença arbitral, que não precisa de homologação para ter validade, e faz coisa julgada entre as partes¹²⁶; e d) artigo 38, inciso III, que autoriza a negativa de homologação de sentença arbitral estrangeira, caso o réu demonstre que durante o procedimento arbitral tenha sido violado o princípio da ampla defesa¹²⁷.

Por fim, diga-se que recentemente o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão que demonstra a acolhida da tese que sustenta a natureza jurisdicional da arbitragem. A essa conclusão se pode chegar pelo conteúdo do acórdão proferido

¹²⁰MEDINA; WAMBIER, 2009, p. 57.

¹²¹Ibid., p. 58.

¹²²As garantias decorrentes do “devido processo legal” são as seguintes: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusações e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; e) privilégio contra a autoincriminação. (NERY JÚNIOR, 1996, p. 39.)

¹²³Cf. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: Artigo 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹²⁴Cf. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: Artigo 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

¹²⁵Cf. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: Artigo 18. 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.

¹²⁶Cf. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: Artigo 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹²⁷Cf. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: Artigo 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira quando o réu demonstrar que: Inciso III. Não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa.

no Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1102460-RJ, no qual se firmou entendimento no sentido de considerar aplicável a multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil no cumprimento de sentença arbitral condenatória de obrigação de pagar quantia certa, conforme transcrição do trecho adiante destacado:

[...] 4. A multa de 10% (dez por cento) prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil (aplicável no âmbito do cumprimento de título representativo de obrigação pecuniária líquida) tem por objetivo garantir a maior efetividade e celeridade na prestação jurisdicional, tornando onerosa a recalcitrância do devedor em desobedecer ao comando sentencial ao qual submetido. 5. Consequentemente, o afastamento da incidência da referida sanção no âmbito do cumprimento de sentença arbitral de prestação pecuniária representaria um desprestígio ao procedimento da arbitragem (tornando-a um *minus* em relação à jurisdição estatal), olvidando-se de seu principal atrativo, qual seja, a expectativa de célere desfecho na solução do conflito¹²⁸ [...]

Ao estabelecer que a aplicação da multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil é também aplicável na execução da sentença arbitral, o Superior Tribunal de Justiça reconhece que essa decisão possui idêntico valor da sentença judicial, daí porque ambas merecem o mesmo tratamento, revelando então a mesma natureza jurisdicional.

Do que acima foi exposto, constata-se que instituto da arbitragem é, em sua essência, um meio pelo qual se exerce a jurisdição, fator este que revela de forma inquestionável sua natureza jurisdicional. Como consequência direta dessa afirmação, ao processo arbitral se aplicam as garantias processuais decorrentes da cláusula *due process of law*.

2.3 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM

As discussões em torno da constitucionalidade da arbitragem não são recentes. Durante a “vigência da Constituição de 1967, por exemplo, havia posicionamento no sentido de que ela seria inconstitucional, inobstante a participação, *a posteriori*, do Poder Judiciário na homologação do laudo arbitral”¹²⁹. O questionamento da época estava centrado na pretensa ofensa ao princípio da

¹²⁸REsp nº 1102460-RJ. Relator Ministro MARCO BUZZI, Corte Especial, julgado em 17/06/2015, publicado no Diário de Justiça Eletrônico da União de 23/09/2015. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28ARBITRAGEM+%29+e+REPETITIVOS.NOTA.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 1º dez. 2015.

¹²⁹FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei de arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 6.

inafastabilidade de acesso ao Poder Judiciário, então previsto no artigo 150, parágrafo 4º da Constituição Federal¹³⁰.

No ano de 1973, o Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo de Instrumento nº 52.181¹³¹, o qual se constitui no *leading case* sobre a constitucionalidade do juízo arbitral, e que passou a ser conhecido como “Caso Lage”¹³². Na mencionada decisão, da lavra do Ministro Bilac Pinto, restaram expressamente reconhecidas no acórdão três importantes questões: a) a legalidade do juízo arbitral; b) a possibilidade de utilização da arbitragem pela Fazenda Pública; e c) a constitucionalidade da disposição legal que previa a irrecorribilidade da sentença arbitral.

Apesar disso, logo após o início da vigência da Lei Federal nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) as discussões acerca da inconstitucionalidade da arbitragem se renovaram, dessa vez em face da Carta Constitucional de 1988. Os argumentos que embasavam a alegação de inconstitucionalidade da arbitragem continuaram exatamente os mesmos, sendo apenas renovados frente ao novo texto constitucional. Os arautos da inconstitucionalidade afirmavam que a Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) emprestou “caráter jurisdicionalizante” ao novo procedimento arbitral¹³³, o que importaria em ofensa ao devido processo legal (artigo

¹³⁰Cf. Constituição Federal de 1967: Artigo 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

¹³¹Cf. Caso Lage: Agravo de Instrumento nº 52.181, originário do Estado da Guanabara. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Henrique Lage e outros. Tribunal Pleno Supremo Tribunal Federal, julgado em 14/11/1973. Relator: Ministro BILAC PINTO. Ementa: Incorporação de bens e direitos das empresas Organização Lage e do Espólio de Henrique Lage. Juízo Arbitral. Cláusula de Irrecorribilidade. Juros de Mora. Correção Monetária. 1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. 3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei 4.414, de 1964. 4. Correção monetária concedida, pelo Tribunal *a quo*, a partir da publicação da Lei 4.6868, de 21.06.65. Decisão correta.

¹³²O *leading case* ficou assim conhecido em função de figurar em dois polos da relação processual, o Espólio de Henrique Lage e a Organização Lage. Os autores reivindicavam direito a receber indenizações decorrentes do torpedeamento de navios durante a Segunda Guerra Mundial, que integram o acervo incorporado ao Patrimônio Nacional. Por meio do Decreto-lei 952, de 26 de julho de 1946, restou admitido que a transferência de valores poderia ser determinada mediante juízo arbitral, cujo laudo foi, porém, impugnado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Governo sob o fundamento da inconstitucionalidade da lei autorizativa da arbitragem. (TÁCITO, 1997, p. 113.)

¹³³FIGUEIRA JUNIOR, 1999, p. 98.

5º, LV da Constituição Federal) e a garantia da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inc. XXXV da Constituição Federal)¹³⁴.

O foco da polêmica versou primeiramente sobre “a eficácia positiva da cláusula compromissória e da solução estabelecida nos artigos 6º e 7º da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que tratam da “instituição judicial da arbitragem”¹³⁵ em razão de impor a arbitragem à parte recalcitrante”¹³⁶. Os preceitos normativos citados contêm previsão relacionada com a recusa de uma das partes em se submeter à arbitragem, apesar de ter subscrito cláusula compromissória ou firmado compromisso arbitral. Nessas hipóteses, a Lei de Arbitragem prestigia a autonomia de vontade das partes e “poderá a parte mais diligente solicitar o concurso do Poder Judiciário para fazer valer a vontade previamente manifestada na cláusula”¹³⁷, no sentido de solucionar o litígio por meio de arbitragem. A constitucionalidade desses artigos foi posta em dúvida, igualmente ante ao argumento de ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle de lesão ou de ameaça a direito (CF, artigo 5º, inc. XXXV).

Também objeto de questionamento acerca da constitucionalidade foi o teor do artigo 18, o qual preconiza que a sentença arbitral não fica sujeita a recurso, nem tampouco precisa ser homologada pelo Poder Judiciário para ser reputada válida e eficaz. Segundo Joel Dias Figueira Júnior, o conteúdo desse dispositivo foi colocado sob suspeita por importar em eventual desconsideração de direitos e garantias fundamentais, na medida em que afrontaria

[...] a norma que proíbe a exclusão da apreciação do Poder Judiciário sobre ameaça ou lesão a qualquer direito (CF, artigo 5º, XXXV) assim como impossibilidade de alguém vir a ser processado ou sentenciado, senão pela autoridade competente (CF, artigo 5º, LIII) e por juiz natural (CF, artigo 5º XXXVII), em sintonia com o devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV) e o acesso à via recursal (CF, artigo 5º, LV)¹³⁸.

De fato, a leitura do artigo 18 da Lei de Arbitragem revela uma clara e incontestável situação de impedimento de acesso ao Poder Judiciário, eis que reputa o árbitro como sendo o julgador de fato e de direito do litígio e que sua decisão sequer precisa de homologação pelo Poder Judiciário para ter validade.

¹³⁴FURTADO; BULOS, 1998, p. 6-7.

¹³⁵CARMONA, 2009, p.147.

¹³⁶PEREIRA, 2014, p. 819.

¹³⁷CARMONA, op. cit.

¹³⁸FIGUEIRA JUNIOR, 1999, p. 158.

Porém, essa restrição não ofende aos artigos 5º, incisos LIII e XXXV da Constituição Federal, pois não se pode esquecer que ninguém é obrigado a usar a arbitragem, sendo ela uma “opção, uma faculdade a mais posta a serviço dos sujeitos, jamais uma imposição”¹³⁹. Consoante lição de Cândido Rangel Dinamarco, a “arbitragem figura no contexto da vida e da dinâmica dos direitos entre os meios alternativos postos pela ordem jurídica para a solução de controvérsias”¹⁴⁰. Como já mencionado, a arbitragem consiste num afastamento da jurisdição estatal colocado à disposição das partes. E mais, o teor do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, ao estabelecer a garantia da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, tem por finalidade “socorrer ou proteger o cidadão de eventual excesso”¹⁴¹ perpetrado pelo Estado, ou seja, o preceito constitucional “deve ser entendido como regra de coibição de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal”¹⁴², constituindo-se assim num direito fundamental de defesa, não podendo ser considerada como uma imposição do uso da via jurisdicional Estatal.

Além disso, o ponto de vista que a jurisdição é monopólio do Estado, o que impediria a utilização da arbitragem, constitui-se em entendimento já ultrapassado, conforme já restou anteriormente demonstrado, pois por meio da arbitragem também se exerce a jurisdição. Como bem observado por Luiz Antônio Scavone Júnior, “a arbitragem é a jurisdição exercida fora do âmbito do Estado, o que se admite posto que as partes são livres para transigir sobre direitos patrimoniais e disponíveis”¹⁴³, o que também se constata com a transação, que sempre foi admitida na Brasil, e por meio dela se admite a extinção e prevenção de litígios mediante concessões mútuas, conforme previsão no artigo 840¹⁴⁴ do Código Civil¹⁴⁵.

A irrecorribilidade da sentença arbitral prevista em mencionada norma, por sua vez, também não representa qualquer ofensa ao devido processo legal, decorrente do princípio do duplo grau de jurisdição, muito embora seja considerado um “princípio constitucional”¹⁴⁶. É que inexistente “regra expressa na Constituição

¹³⁹FURTADO; BULOS, 1998, p. 9.

¹⁴⁰DINAMARCO, 2013a, p. 31.

¹⁴¹CACHAPUZ, 2007, p. 42

¹⁴²MUNIZ, 1999, p. 42.

¹⁴³SCAVONE JUNIOR, 2010, p. 64.

¹⁴⁴Cf. Código Civil: Artigo 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

¹⁴⁵SCAVONE JUNIOR, op. cit.

¹⁴⁶MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 52.

Federal da qual se possa inferir que o duplo grau de jurisdição se constitua uma garantia constitucional”¹⁴⁷. As referências contidas na Constituição Federal acerca da existência de tribunais e suas respectivas competências não são suficientes para que se possa afirmar a presença de uma garantia constitucional implícita que assegurasse o duplo grau de jurisdição. Como consequência, “não havendo previsão para existência constitucional do duplo grau, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso”¹⁴⁸. Nelson Pinto Júnior sustenta que o princípio do duplo grau de jurisdição “decorre da regra contida expressamente no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal”¹⁴⁹, que assegura aos litigantes, tanto em processo judicial como administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Porém, o autor esclarece que, a seu ver, a palavra “recurso” contida no inciso LV do artigo 5º do texto constitucional deve ser tomada em “sentido amplo”, e não apenas como “meio recursal processual” (sentido estrito)¹⁵⁰. Apesar da observação, conclui que o princípio deve ser aplicado ao “sistema recursal ordinário e extraordinário, como também às ações autônomas de impugnação de decisões judiciais”¹⁵¹, o que autoriza a conclusão no sentido de que não se aplica para a arbitragem.

Por conta disto, não se pode reputar inconstitucional a irrecorribilidade da sentença arbitral nem tampouco a ausência de homologação pelo Poder Judiciário previstas no artigo 18 da Lei de Arbitragem. A inconstitucionalidade da norma somente se caracterizaria se a resolução de conflitos por meio da arbitragem fosse obrigatória¹⁵², situação essa inexistente na legislação brasileira.

De outra parte, Joel Dias Figueira Júnior formula afirmação no sentido de que a Lei de Arbitragem, considerada em sua íntegra, não afasta o acesso à jurisdição estatal, na medida em que: a) permite que a parte prejudicada possa propor ação anulatória da sentença arbitral, conforme artigo 33 da Lei nº 9.307/1996; b) a execução forçada é feita perante o Poder Judiciário, consoante artigo 41 da Lei nº 9.307/1996; c) as tutelas de urgência deferidas pelos árbitros devem necessariamente ser efetivadas pelo Poder Judiciário, a teor do artigo 22, §§ 2º e 4º

¹⁴⁷MEDIDA; WAMBIER, 2011, p. 52.

¹⁴⁸NERY JUNIOR, 1996, p. 163.

¹⁴⁹PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 85.

¹⁵⁰Ibid., p. 86-87.

¹⁵¹Ibid., p. 86.

¹⁵²FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, p. 99.

da Lei nº 9.307/1996; d) na hipótese de resistência de um dos litigantes a se submeter ao teor de cláusula compromissória, a questão será encaminhada ao Poder Judiciário para decidir a respeito da instituição do juízo arbitral, consoante artigo 6º da Lei nº 9.307/1996; e por fim, e) o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras devem ser homologadas pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵³, nos termos dos artigos 34 e 35 da Lei nº 9.307/1996.¹⁵⁴ Percebe-se então que a restrição ao acesso ao Poder Judiciário não se constitui em ofensa à garantia de acesso à jurisdição estatal, pois se dá por opção das partes, e em determinadas circunstâncias expressamente previstas na lei¹⁵⁵.

Apesar disso, as discussões doutrinárias acerca do tema novamente acabaram por desaguar no Supremo Tribunal Federal, que uma vez mais apreciou a matéria relacionada com a constitucionalidade da arbitragem e de determinados artigos nela contidos. Saliente-se que a repetição da discussão revela a dificuldade dos Tribunais em respeitar os precedentes jurisprudenciais, fato que se constitui em fonte de grande insegurança jurídica.

Os debates em torno da questão foram travados pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do recurso de Agravo Regimental na Sentença Estrangeira Contestada nº 5206/EP – Espanha, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 12/12/2001, e publicado no Diário da Justiça da União em 30/04/2004. A matéria foi objeto de intensos debates travados pelos Ministros, fato este que se pode deduzir do resultado do julgamento, que por 7 (sete) votos a 4 (quatro), firmaram posição pela constitucionalidade da norma¹⁵⁶.

Nos fundamentos da decisão, vislumbra-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei de Arbitragem não seria inconstitucional, na medida em que “a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º,

¹⁵³Atualmente a homologação se dá pelo Superior Tribunal de Justiça. Cf. Lei de Arbitragem: Artigo 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015).

¹⁵⁴FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, p. 100-101.

¹⁵⁵Cf. Exatamente com a mesma posição, veja TEIXEIRA, 1996, p. 14-15.

¹⁵⁶Cf. SE-AgR 5206 / EP – Espanha. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 12/12/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 2 jul. 2015.

XXXV, da CF¹⁵⁷, conforme bem se pode constatar de trecho do acórdão, adiante destacado:

[...] 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, artigo 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e conseqüentemente declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (artigo 6º, parágrafo único; 7º e seus parágrafos e, no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, VII e artigo 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e artigo 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (artigo 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (artigo 31).

Dessa forma, ao se posicionar favoravelmente, o Supremo Tribunal Federal “teve a necessária sensibilidade de perceber o malefício que causaria à nação o endosso à tese restritiva”¹⁵⁸ ao uso da arbitragem. O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, possui inúmeras decisões em que admitem a utilização da arbitragem sendo a matéria, inclusive objeto da súmula nº 485¹⁵⁹, fato que revela a conclusão no sentido de reputar que o instituto em comento está em consonância com o texto constitucional.

Para arrematar o assunto, o próprio texto da Constituição Federal de 1988 faz referência expressa à arbitragem, como se vê da leitura do artigo 4, inciso VII¹⁶⁰

¹⁵⁷PEREIRA, 2014, p. 821.

¹⁵⁸CARMONA, 2009, p. 148.

¹⁵⁹Cf. Superior Tribunal de Justiça, súmula 485, a qual possui o seguinte verbete: “A lei de arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes de sua edição”. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=ARBITRAGEM+&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 1º dez. 2015.

¹⁶⁰Cf. Constituição Federal: Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VII – solução pacífica dos conflitos;

e artigo 114, parágrafos 1º e 2º¹⁶¹, circunstância que impede, por óbvio, qualquer conclusão no sentido de reputar inconstitucional o instituto em comento.

Conclui-se então que a lei que disciplina a utilização da arbitragem no Brasil não contém vício de inconstitucionalidade, pois “por se tratar de direitos patrimoniais e disponíveis, podem (as partes), manifestando livremente sua vontade, preferir levar seus eventuais conflitos para a solução arbitral e não judicial”¹⁶².

¹⁶¹Cf. Constituição Federal: Artigo 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹⁶²SCAVONE JUNIOR, 2010, p. 65.

3 COMPROMISSO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente são necessárias breves considerações introdutórias sobre essa espécie diferenciada de direitos adjetivados como fundamentais, pontuando sua origem e evolução, para após fixar seu conceito e analisar o tratamento dispensado a eles pela Constituição Federal de 1988.

Faça-se a indispensável ressalva de que existe uma profusão terminológica para se referir aos direitos fundamentais, sendo utilizadas como sinônimas diversas outras expressões das quais as mais usuais são as seguintes: direitos naturais, direitos individuais, direitos do homem, direitos fundamentais do homem¹⁶³. Evidência dessa multiplicidade de termos se tem no próprio texto constitucional, que utiliza diversas expressões para se referir aos “direitos fundamentais”: no artigo 4º, inc. II, os considera como “direitos humanos”; no artigo 5º, parágrafo 1º, faz referência a “direitos e garantias fundamentais”; no artigo 5º, inciso LXXI, consta menção a “direitos e liberdades constitucionais”; e no artigo 60, parágrafo 4, inciso IV, são tratados como “direitos e garantias individuais”.¹⁶⁴

Igualmente apontando o “uso promíscuo na literatura jurídica”¹⁶⁵ para se referir aos direitos fundamentais, Paulo Bonavides esclarece que entre os autores anglo-americanos e latinos, é mais frequente o emprego das expressões “direitos humanos e direitos do homem”, enquanto a expressão direitos fundamentais é de preferência dos autores alemães.¹⁶⁶ Apesar disso, Ingo Sarlet aponta a opção do legislador constituinte de 1988 pela expressão “direitos fundamentais”¹⁶⁷, a qual

¹⁶³EMERIQUE, Lilian Marcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. p. 123. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

¹⁶⁴Ibid., p. 125.

¹⁶⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 574.

¹⁶⁶BONAVIDES, loc. cit.

¹⁶⁷Cf. Ingo W. Sarlet esclarece que “o Constituinte brasileiro se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, fato que rompeu com uma tradição em nosso direito constitucional positivo”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 28.)

transparece mais adequada e, em razão disso, será adotada no presente trabalho¹⁶⁸.

A celeuma acerca da denominação mais apropriada para os direitos considerados como fundamentais demonstra que o tema é cercado de controvérsias e apesar do “progresso na esfera de sua positivação e toda a evolução ocorrida no que tange ao conteúdo”¹⁶⁹ ainda suscita inúmeros problemas e desafios.

A expressão “direitos fundamentais” remete à ideia de que se tratam de direitos elementares, básicos e que devem ser assegurados e garantidos de maneira especial, justamente em face de sua primordialidade. Mencione-se que “no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”¹⁷⁰ e, em vista disto, devem ser formalmente reconhecidos e concretamente efetivados a todos, por igual¹⁷¹.

José Afonso da Silva esclarece que os direitos fundamentais se constituíram numa nova e revolucionária ideia de direito¹⁷² e que encontram suas bases na filosofia clássica, especialmente greco-romana e no pensamento cristão, os quais exaltavam os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade¹⁷³ que, juntamente com o valor fraternidade, são reputados como as “raízes fundamentantes” dos direitos fundamentais¹⁷⁴. No mesmo sentido Rodrigo Brandão assinala que as “ideias nucleares à noção de direitos individuais, quais sejam a igualdade entre os homens e a sua dignidade intrínseca, têm origens remotíssimas, como na filosofia estoica e cristã”¹⁷⁵. Assim foram fatores religiosos e filosóficos que influenciaram o pensamento jusnaturalista que concebia o ser

¹⁶⁸Adotamos para este trabalho a diferenciação dada por J. J. Gomes Canotilho entre “direitos humanos”, considerando-os aqueles estabelecidos em tratados e normas internacionais e “direitos fundamentais”, tidos como os previstos numa Constituição, aplicados num determinado local. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.)

¹⁶⁹SARLET, 2007, p. 21.

¹⁷⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 180.

¹⁷¹SILVA, loc. cit.

¹⁷²Ibid., p. 174.

¹⁷³SARLET, op. cit., p. 38.

¹⁷⁴CANOTILHO, op. cit., p. 378. O mesmo autor aponta que “a luta pela liberdade de religião era apontada por G. Jellinek como a verdadeira origem dos direitos fundamentais, ponto de vista do qual o autor discorda, pois era mais uma ideia de tolerância religiosa do que como um direito inalienável do homem. (Ibid., p. 383.)

¹⁷⁵BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 60.

humano como titular de direitos naturais e inalienáveis tão só pelo fato de existir¹⁷⁶, os quais segundo doutrina de John Locke foram inicialmente identificados como sendo a vida, a liberdade, a propriedade e a resistência¹⁷⁷.

No entanto, além das inspirações filosóficas¹⁷⁸, os direitos fundamentais surgiram como resultado de reivindicações e lutas para conquista desses direitos. Assim, somente quando as condições materiais e subjetivas se conjugaram é que se materializaram os direitos fundamentais¹⁷⁹. No mesmo sentido Norberto Bobbio afirma que os “direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas”¹⁸⁰. É digno de registro que na antiguidade as sociedades primitivas viviam numa “comunhão democrática de interesses, na qual inexistia um poder dominante e de consequência inexistiam relações de subordinação, opressão social ou política”¹⁸¹. Entretanto, esse cenário se alterou a partir do surgimento na história do sistema de apropriação privada, o qual se constitui num marco a partir de quando as relações sociais se alteraram para sempre, a ponto de a história do homem ao longo desses últimos quatro séculos, não é senão a história das lutas para se libertar das formas sociais de subordinação e opressão¹⁸².

Percebe-se então que o reconhecimento dos direitos fundamentais decorreu principalmente de inúmeras batalhas travadas entre os próprios homens, uns em busca de manutenção de estruturas de poder e dominação e outros em busca de

¹⁷⁶SARLET, 2007, p. 38.

¹⁷⁷Ibid., p. 40.

¹⁷⁸Cf. J. J. Gomes Canotilho afirma que “a luta pela liberdade de religião era apontada por G. Jellinek como a verdadeira origem dos direitos fundamentais, ponto de vista do qual o autor discorda, pois era mais uma ideia de tolerância religiosa do que como um direito inalienável do homem. (CANOTILHO, 2003, p. 383.)

¹⁷⁹Cf. José Afonso da Silva. As condições reais ou históricas (objetivas ou materiais) seriam a contradição entre o regime da monarquia absoluta, estagnadora, petrificada e degenerada, e uma sociedade nova tendente à expansão comercial e cultural. [...] Essa contradição entre uma superestrutura atrofiada e uma sociedade progressista não poderia deixar de provocar uma crise muito grave na vida da nação. Ela produziu-se em efeito e tornou-se tão forte que, em certo ponto, as autoridades estabelecidas se encontraram na impossibilidade de ir adiante não governo. As condições subjetivas ou ideais ou lógicas são as fontes de inspiração filosófica, a saber: pensamento cristão; a doutrina de direito natural dos séculos XVII e XVIII e o pensamento iluminista. (SILVA, 2014, p. 175.)

¹⁸⁰BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

¹⁸¹SILVA, op. cit., p. 153.

¹⁸²SILVA, loc. cit.

livrarem-se dessas estruturas. É justamente neste contexto de lutas que surgiram os direitos fundamentais¹⁸³.

Todavia, somente é possível falar em direitos fundamentais em “uma acepção moderna com as revoluções burguesas”, pois a partir de então é que se afirmou a “noção de que os indivíduos, independentemente de sua posição social, possuem iguais direitos naturais, oponíveis ao Estado e adquiridos pelo só-fato de sua condição humana”¹⁸⁴. Os direitos fundamentais foram afirmados a partir das “Declarações de Direitos” geradas pelas Revoluções Inglesa (*Bill of Rights*, 1689), Francesa (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789) e Norte-americana (Declaração de Direitos de Virgínia e as dez primeiras emendas à Constituição dos EUA, 1787 e 1791)¹⁸⁵.

A concepção dos direitos fundamentais contidas em mencionadas Declarações de Direito, quanto ao seu conteúdo, possui uma uniformidade na incorporação de valores da liberdade, da vida, integridade física, igualdade formal e propriedade,¹⁸⁶ as quais são reputadas como “categorias universais e consensuais no que diz com a sua fundamentalidade”¹⁸⁷ e que têm por objetivo “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana”¹⁸⁸.

Entretanto, J. J. Gomes Canotilho aponta ainda uma interdependência da instância filosófica jurídica dos direitos fundamentais com a instância econômica¹⁸⁹. Por conta dessa afirmação, o autor lusitano esclarece que o surgimento dos direitos fundamentais também foi decorrência do sistema capitalista mercantil da época, que em face da necessidade das convenções comerciais necessitava de um estatuto individual estável¹⁹⁰.

Com peculiar propriedade Paulo Bonavides menciona que o lema da Revolução Francesa “expressou em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua

¹⁸³ Joaquín Herrera Flores, para quem “falar de direitos humanos é falar da abertura de processos de luta pela dignidade humana”. (FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 21.)

¹⁸⁴ SARLET, 2007, p. 61.

¹⁸⁵ Ibid., p. 59.

¹⁸⁶ SILVA, 2014, p. 188.

¹⁸⁷ SARLET, op. cit., p. 77.

¹⁸⁸ HESSE, Konrad. “Grundrechte”, in *Staatslexikon*, v. 2 apud BONAVIDES, 2014, p. 574.

¹⁸⁹ CANOTILHO, 2003, p. 385.

¹⁹⁰ CANOTILHO, loc. cit.

gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”¹⁹¹. Ao longo dos anos, desde o seu reconhecimento, os direitos fundamentais passaram por “uma autêntica mutação histórica” com “diversas transformações quanto ao seu conteúdo, sua titularidade, eficácia e efetivação”¹⁹².

De fato, os direitos fundamentais nasceram como “direitos da liberdade, e têm por titular o indivíduo, e são oponíveis ao Estado”¹⁹³. São os “direitos civis e políticos”, sendo direitos de resistência que entram na “categoria do *status negativus*”¹⁹⁴. São direitos do Estado Liberal, de primeira dimensão¹⁹⁵, que têm por fim a proteção dos interesses do indivíduo, incluindo também “o direito à segurança e à participação política”¹⁹⁶. Entretanto, os direitos fundamentais apareceram com a revolução burguesa e com o correr dos tempos não apenas evoluíram como também se ampliaram, de modo a rechaçar a fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas¹⁹⁷. Com efeito, principalmente a partir do início do século XX, o conteúdo dos direitos fundamentais passou a ser compreendido sob novas perspectivas, desvinculadas dos direitos de liberdades.

As lutas das classes trabalhadoras e as teorias socialistas são indicadas por J. J. Gomes Canotilho como elementos de percepção de que os direitos fundamentais de primeira dimensão não abrangiam todos os seres humanos, mas apenas o cidadão burguês, sendo assim insuficientes¹⁹⁸. Diante disso, concebeu-se a ideia da “necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno”¹⁹⁹. Surgiram então os direitos fundamentais da segunda dimensão, que são os “direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades”.²⁰⁰ Esses direitos que surgiram principalmente “por causa dos movimentos sociais (e socialistas), que sustentavam, em linhas gerais, que as liberdades públicas não poderiam ser exercidas por aqueles que não tivessem

¹⁹¹BONAVIDES, 2014, p. 576-577.

¹⁹²SARLET, 2007, p. 45.

¹⁹³BONAVIDES, op. cit., p. 578.

¹⁹⁴BONAVIDES, loc. cit.

¹⁹⁵KAREL WLASAK classifica a evolução dos direitos fundamentais em gerações, termo criticado pela doutrina, sendo preferido o termo dimensões, que será utilizado no presente trabalho.

¹⁹⁶SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6, 2005. p. 547. Disponível em:

<<http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

¹⁹⁷SILVA, 2014, p. 183.

¹⁹⁸CANOTILHO, 2003, p. 385.

¹⁹⁹CANOTILHO, loc. cit.

²⁰⁰BONAVIDES, op. cit., p. 578.

condições materiais para isso”²⁰¹. São fundados no princípio da igualdade, sendo direitos do Estado Social que têm por fim a proteção do interesse de um grupo ou de um Estado.

A desvinculação da compreensão dos direitos fundamentais exclusivamente como direitos de liberdade (de primeira dimensão) possibilitou o surgimento de novas perspectivas acerca do conteúdo desses direitos, entre os quais os direitos fundamentais de terceira dimensão, que estão fundados na fraternidade ou solidariedade e têm por destinatário o gênero humano. São igualmente chamados de direitos de solidariedade²⁰². A característica desses direitos é que se “desprendem, em princípio, do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se conseqüentemente como direitos de titularidade coletiva ou difusa”²⁰³. Ditos direitos têm por fim a proteção do gênero humano, sendo que sua nota distintiva reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável. Apesar de reconhecidos doutrinariamente, os direitos fundamentais da terceira dimensão ainda não encontraram “seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em face de consagração no âmbito do direito internacional”²⁰⁴.

Essas inovadoras perspectivas de compreensão dos direitos fundamentais, segundo arguta observação de Ingo Sarlet, são resultado de

novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais²⁰⁵.

Atualmente, a doutrina passa a apontar a existência de uma quarta e quinta dimensões dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais da quarta dimensão, segundo Paulo Bonavides, seriam o “direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”²⁰⁶. São direitos da “sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no

²⁰¹SILVA, 2005, p. 548.

²⁰²SARLET, 2007, p. 48.

²⁰³SARLET, loc. cit.

²⁰⁴Ibid., p. 49.

²⁰⁵Ibid., p. 48-49.

²⁰⁶BONAVIDES, 2014, p. 586.

plano de todas as relações de convivência”²⁰⁷. Ao seu turno, os direitos fundamentais da quinta dimensão pela visão de Paulo Bonavides seriam unicamente o “direito à paz”²⁰⁸, eis que para dito autor a “concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais”²⁰⁹. Conforme sublinhado pelo autor, “trata-se da mais solene e mais importante cláusula do contrato social: o direito à paz como supremo direito da humanidade”²¹⁰. Ingo Sarlet esclarece que o objetivo de Paulo Bonavides ao considerar exclusivamente a paz como um direito da quinta dimensão foi o de “dar à paz um lugar de destaque”, superando um tratamento “incompleto e teoricamente lacunoso” dado por Karel Vasak ao colocar o direito à paz como um direito fundamental da terceira dimensão²¹¹. No entanto, aponte-se a existência de outras posições doutrinárias sobre o assunto nas quais o conteúdo dos direitos fundamentais da quarta e quinta dimensões são diversos do acima enumerados²¹².

Cumprе assinalar que as demais dimensões que sucederam as duas primeiras representam uma “nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade”²¹³. Norberto Bobbio diverge dessa posição fazendo uma ácida crítica aos direitos da terceira e quarta geração: “o que dizer dos direitos de terceira e quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressões de aspirações ideais, às quais o nome de “direitos” serve unicamente para atribuir um título de nobreza”²¹⁴.

²⁰⁷BONAVIDES, 2014, p. 586.

²⁰⁸Ibid., p. 594.

²⁰⁹BONAVIDES, loc. cit.

²¹⁰Ibid., p. 609.

²¹¹SARLET, 2007, p. 51.

²¹²Antônio Carlos Wolkmer classifica de maneira diferente os direitos das quarta a quinta dimensões. Para o autor, os direitos da quarta dimensão são caracterizados como os “novos direitos referentes à biotecnologia, a bioética e a regulação da engenharia genética”. Segundo o autor, esses direitos “têm vinculação direta com a vida humana, com a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (clonagem), contracepção e outros”. Já os direitos fundamentais da quinta dimensão seriam os “novos direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral”. Para esse autor, mencionados direitos são decorrência da “transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual”, que ocorreu na passagem do novo milênio. (WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/768/490>>.

Acesso em: 30 mar. 2015.)

²¹³SARLET, op. cit., p. 51.

²¹⁴BOBBIO, 2004, p. 29.

Registre-se haver um consenso doutrinário quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais das primeira e segunda dimensões. Além disso, referidos direitos estão positivados, quer em Constituições, quer em diplomas internacionais. Conforme abalizado comentário de Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de primeira dimensão “já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda sua extensão”²¹⁵. Já os direitos fundamentais de segunda geração se consolidaram a partir das Constituições do segundo pós-guerra, mas passaram por uma fase “de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais, nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”²¹⁶.

Ingo Sarlet menciona com acerto que para as demais dimensões dos direitos fundamentais, em especial as quarta e quinta, há grande divergência doutrinária tanto acerca de seu conteúdo como também sobre sua existência propriamente dita, pois a “atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas ao que concerne à própria qualificação de grande parte dessas reivindicações como autênticos direitos fundamentais”²¹⁷.

Percebe-se diante do quadro acima delineado que o conteúdo das novas dimensões dos direitos fundamentais ainda não está assentado na doutrina, demandando que as divergências existentes se decantem para que num futuro se consolidem os posicionamentos, de modo que se tornem claros e delimitados assim como os são os direitos fundamentais das duas primeiras dimensões. Apesar disso, como apontado por Ingo Sarlet, “na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa”²¹⁸, motivo pelo qual “a descoberta e a formulação de novos direitos são e sempre serão um processo sem

²¹⁵BONAVIDES, 2014, p. 577-578.

²¹⁶Ibid., p. 578-579.

²¹⁷SARLET, 2007, p. 49.

²¹⁸Ibid., p. 50.

fim, de tal modo que quando um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas²¹⁹.

Pois bem, feitas as ponderações sobre a origem e evolução dos direitos fundamentais, impõe-se estabelecer seu conceito. A doutrina aponta que o conceito dos direitos fundamentais pode se dar com base num “sentido formal e num sentido material”²²⁰. A fundamentalidade formal decorre da própria da Constituição e resulta dos seguintes aspectos: a) integra o texto da Constituição, estando no ápice do ordenamento jurídico, tendo *status* de direitos de natureza supralegal; b) está submetida a limites formais e materiais de reforma da Constituição, sendo cláusulas pétreas; c) são normas diretamente aplicáveis, ou seja, de vinculação imediata para as entidades públicas e privadas. Por sua vez, a fundamentalidade material consiste no fato de serem os direitos fundamentais integrantes do texto da Constituição em razão de seu conteúdo e importância²²¹, sendo sua substância elemento “constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”²²².

Dessa forma, denota-se que a fundamentalidade de determinado direito decorre “não apenas pelo bem jurídico tutelado em si mesma (por mais importante que seja), mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direito fundamental”²²³.

Observa-se então que os direitos fundamentais podem ser assim conceituados:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e sua importância (fundamentalidade no sentido material), integradas no texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)²²⁴.

²¹⁹BONAVIDES, 2014, p. 584.

²²⁰CANOTILHO, 2003, p. 378.

²²¹SARLET, 2007, p. 76-78.

²²²CANOTILHO, op. cit., p. 379.

²²³SARLET, op. cit., p. 77-78.

²²⁴Ibid., p. 78.

Acontece que no caso da Constituição Federal de 1988 o conceito formal é insuficiente para delimitar quais são os direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional brasileira. De fato, muitos autores utilizam o critério formal para conceituar os direitos fundamentais, ou seja, afirmam que os direitos fundamentais são só aqueles expressamente contidos no texto da Constituição. Cite-se como exemplo Paulo Bonavides, que apoiado em Konrad Hesse, diz que os “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”²²⁵. Em assim sendo, pelo critério formal, os “direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”²²⁶.

Insta consignar, todavia, que a Constituição Federal de 1988 admite a existência de outros direitos fundamentais que não foram expressamente afirmados no texto constitucional, conforme consta no parágrafo 2º do artigo 5º, que tem o seguinte teor: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Desse modo, como leciona José Afonso da Silva, constata-se na Constituição brasileira três fontes dos direitos fundamentais: “a) os expressos (artigo 5º, incisos I a LXXVIII); b) os decorrentes de princípios e regime adotados pela Constituição; c) os decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil”²²⁷. Como explica J. J. Gomes Canotilho, a fundamentalidade material é que fornece subsídio para a “abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente constitucionais”²²⁸.

Assim, por conta da abertura material do catálogo, verifica-se a existência de outros direitos fundamentais que podem ser implícitos e/ou decorrentes, sendo que o rol de direitos fundamentais previsto nas dezenas de incisos do *caput* dos artigos 5º e 7º da Carta Constitucional não é taxativo; ou seja, “na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido”²²⁹, circunstância que é classificada por J. J. Gomes Canotilho

²²⁵BONAVIDES, 2014, p. 574.

²²⁶VILLALON, Cruz. Formacion y Evolucion, cit., p. 41 apud CANOTILHO, 2003, p. 377.

²²⁷SILVA, 2014, p. 184.

²²⁸CANOTILHO, 2003, p. 379.

²²⁹SARLET, 2007, p. 80.

como “abertura horizontal, para significar a incompletude e o caráter fragmentário e não codificador de um texto constitucional”²³⁰.

Abra-se um parêntese neste ponto para salientar que a positivação é utilizada como meio de caracterização formal dos direitos fundamentais, em razão de que “sem a positivação jurídica os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até por vezes mera retórica política”²³¹. Percebe-se assim que a positivação dos direitos fundamentais significa sua “incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo”²³². Ou seja, as declarações de direitos que originaram os direitos fundamentais, que inicialmente eram apenas declarações solenes em que se enunciavam direitos, passaram a integrar os textos constitucionais, adquirindo o caráter concreto de normas jurídicas positivas constitucionais,²³³ fenômeno este que é chamado de “constitucionalização”:

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos regulares desses direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”²³⁴.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988 deu aos direitos fundamentais lugar de destaque e segundo Ingo Sarlet “passaram a ter de um regime jurídico-constitucional reforçado e efetivamente compatível com sua condição”²³⁵. Na mesma linha, Flávia Piovesan diz que a Carta de 1988 introduz “um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país”²³⁶.

²³⁰CANOTILHO, 2003, p. 1181.

²³¹Ibid., p. 377.

²³²CANOTILHO, loc. cit.

²³³SILVA, 2014, p. 177.

²³⁴CANOTILHO, op. cit., p. 378.

²³⁵SARLET, 2007, p. 65-69.

²³⁶PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais no Brasil: desafios e perspectivas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Freire. (Coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 410.

A relevância dos direitos fundamentais na Carta Política de 1988 pode ser objetivamente aferida primeiramente pelo fato de terem sido topograficamente colocados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais basilares da nação brasileira, fato que importa em maior rigor lógico e está de acordo com a melhor tradição do constitucionalismo moderno. Em segundo lugar, foram os direitos fundamentais significativamente ampliados em relação à Constituição anterior, sendo que o artigo 5º contém 78 incisos e o artigo 7º outros 34 incisos; uma terceira evidência decorre do fato de serem incluídos no rol de cláusulas pétreas da Constituição, a teor do artigo 60, parágrafo 4º, o que impede a supressão de seus preceitos. Por fim, expressamente consta no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição importante comando que atribui aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata²³⁷.

Percebe-se então que a Constituição Federal de 1988 deu um tratamento especial aos direitos fundamentais, o que se deve também, ao modelo de Estado adotado na Carta constitucional, circunstâncias estas que acarretam inúmeras repercussões para a sociedade e para a Administração Pública, como adiante restará demonstrado.

3.2. ESTADO CONSTITUCIONAL E SUA VINCULAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução histórica do Estado moderno sofreu significativa influência da evolução histórica dos direitos fundamentais e, segundo bem observa Ingo Sarlet, “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional”²³⁸. Isto porque, conforme restou acima aduzido, muitos direitos fundamentais surgiram num contexto de lutas contra estruturas de poder e de dominação que, via de regra, eram impostos pelo Estado e/ou seus representantes.

Assim, o Estado foi inicialmente absolutista para a seguir tornar-se Estado liberal e, na sequência, transfigurou-se em Estado social e hoje se apresenta como Estado de direito democrático ou Estado constitucional, e caminha para se apresentar como Estado constitucional cooperativo. Ou seja, o “Estado democrático

²³⁷SARLET, 2007, p. 65-69.

²³⁸Ibid., p. 36.

moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana²³⁹, constatação esta que serve para evidenciar desde logo a proximidade entre ambos.

Dalmo de Abreu Dallari esclarece que a concepção moderna de um Estado democrático está calcada na ideia da “afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e fundamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores”²⁴⁰. O mesmo autor menciona que as bases desta ideia foram fundadas já no século XVIII e que as grandes transformações do Estado nos últimos dois séculos foram pautadas justamente pela crença nesses postulados²⁴¹. As revoluções Inglesa, Norte-americana e Francesa são apontadas como os três grandes movimentos político-sociais que conduziram à transposição do plano teórico para o prático, princípios que iriam conduzir ao Estado de direito democrático²⁴².

Como decorrência do desmoronamento do sistema político medieval que culminou com as revoluções burguesas, surgiram “documentos legislativos a que se deu o nome de Constituição”²⁴³, que num sentido moderno teve seu “núcleo duro”²⁴⁴ já identificado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, conforme se depreende da leitura do artigo 16 de mencionado documento, no qual já constava a “sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”²⁴⁵.

O surgimento das Constituições modernas foi lastreado nas ideias de “limitação do poder jurídico do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais, e do princípio da separação dos poderes”²⁴⁶, que são as bases do Estado de direito democrático. Ou, conforme síntese de J. J. Gomes Canotilho: Estado de direito democrático é “o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo”²⁴⁷. Mencione-se que a opção por adotar um documento

²³⁹DALLARI, 2013, p. 147.

²⁴⁰Ibid., p. 145.

²⁴¹DALLARI, op. cit., p. 145.

²⁴²Ibid., p. 147.

²⁴³Ibid., p. 197.

²⁴⁴O chamado núcleo essencial da Constituição é composto pelos direitos fundamentais, a definição da forma de Estado, o sistema do governo e a organização do poder. (SARLET, 2007, p. 59.)

²⁴⁵CANOTILHO, 2003, p. 88.

²⁴⁶CANOTILHO, loc. cit.

²⁴⁷Ibid., p. 231.

escrito deu-se com o objetivo de se definir “as novas condições políticas, ao mesmo tempo em que tornavam muito mais difícil qualquer retrocesso”²⁴⁸.

Dessa forma o Estado constitucional traz em sua concepção a ideia de um Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, e surgiu paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob a influência dos mesmos princípios²⁴⁹. Porém, para que o Estado possa ser adjetivado como Estado constitucional devem estar presentes duas qualidades: ser um Estado de direito e, ao mesmo tempo, um Estado democrático²⁵⁰. Na lição de J. J. Gomes Canotilho, o “Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito”²⁵¹. Na continuidade, o mesmo autor finaliza:

O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora de poder através do império do direito. As ideias do governo de leis e não de homens, de Estado submetido ao direito, de constituição como vinculação de poder, foram, como vimos, tendencialmente realizadas por institutos como os de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, príncipe de *la légalité*. No entanto, alguma coisa faltava ao Estado de direito constitucional: a legitimação democrática do poder²⁵².

Constata-se então que o “Estado constitucional deve ser mais que um Estado de direito”²⁵³, na medida em que

a articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”²⁵⁴.

Assim, no Estado de direito democrático, o Estado constitucional deve “estruturar-se como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”²⁵⁵, de modo que “Estado só se concebe hoje como Estado constitucional”²⁵⁶.

Acontece que a compreensão do atual modelo de Estado constitucional não se esgota com sua análise individualista, pois “não há condições hoje de existência

²⁴⁸DALLARI, 2013, p. 199.

²⁴⁹Ibid., p. 197.

²⁵⁰CANOTILHO, 2003, p. 93.

²⁵¹CANOTILHO, loc. cit.

²⁵²Ibid., p. 98.

²⁵³Ibid., p. 97.

²⁵⁴Ibid., p. 94.

²⁵⁵CANOTILHO, loc. cit.

²⁵⁶Ibid., p. 92.

isolada de um Estado, assentado sobre si mesmo, independente da comunidade internacional²⁵⁷. Atualmente, cada vez com mais intensidade, o Estado constitucional do presente evidencia a propensão para a abertura, a cooperação e a integração, fato que descortina o despertar de um novo modelo Estatal: o Estado constitucional cooperativo.

O Estado constitucional cooperativo começou a ser concebido a partir do fim da Segunda Grande Guerra Mundial, cujo evento deixou marcas traumáticas para a humanidade em face das atrocidades perpetradas no período. Diogo Figueiredo Moreira Neto aponta que a partir de então iniciou-se uma “ressureição democrática” pautada em “quatro vetores principiológicos: os direitos fundamentais, a subsidiariedade, a participação e a Constituição como ordem de valores”²⁵⁸. O pós-Segunda Guerra Mundial é considerado por inúmeros autores como um marco referencial de suma importância na história do direito constitucional pois, a partir de então, constatou-se que o Estado de Direito organizado com base na supremacia do Parlamento e da lei, já não respondia aos anseios da população, buscando-se a partir daí um novo modelo²⁵⁹.

No mesmo sentido é o apontamento feito por Amélia Sampaio Rossi:

Já é consenso afirmar que desde o fim da Segunda Grande Guerra o direito constitucional já havia iniciado uma redefinição de seus traços característicos com vistas a se identificar uma constelação de valores considerados fundamentais, entre eles o respeito e a realização da pessoa humana na sua especial dignidade de ser e amar²⁶⁰.

Além disso, no ano de 1948, a Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fato este bastante significativo para a história do constitucionalismo²⁶¹. Isso porque em referido documento foram expressamente proclamados diversos direitos humanos, sendo que, entre eles, verificou-se a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais, que originalmente constaram nas Constituições do México de 1917 e a Constituição de

²⁵⁷MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da constituição**: abertura, cooperação e integração. Curitiba: Juruá, 2013. p. 15.

²⁵⁸MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003. p. 134.

²⁵⁹MOREIRA NETO, loc. cit.

²⁶⁰ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo sem medo**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Coord. Assistente). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 156.

²⁶¹DALLARI, 2013, p. 199.

Weimar de 1919. Mencionados direitos passaram a ter o “mesmo valor e a mesma eficácia jurídica dos tradicionais direitos civis e políticos, que até então englobavam a totalidade dos direitos individuais”²⁶². Pontue-se ainda que das décadas de 1960 a 1980 novos movimentos sociais passaram a pregar a liberação dos costumes, a exigir o respeito às causas ambientais e melhores condições de vida nos países em desenvolvimento, fatos esses que influenciaram o movimento constitucional a acolher as contradições dessa nova sociedade, cada vez mais plural²⁶³. A partir de então, a realização da igualdade material e justiça social²⁶⁴ passou a ser uma preocupação do Estado.

Neste contexto iniciou-se a implantação de uma nova ordem constitucional, fundada na primazia dos direitos fundamentais e “no conceito de Constituição como ordem de valores”²⁶⁵ a qual, aos poucos, está forjando um novo modelo de Estado constitucional, idealizado por Peter Häberle: o “Estado constitucional cooperativo”. Este novo modelo de Estado constitucional, também considerado “Estado constitucional do século XXI”²⁶⁶, está fundado na “garantia da democracia pluralista, por direitos fundamentais, por elementos da divisão dos poderes que devem ser ampliados no âmbito da sociedade, e por um Poder Judiciário independente”²⁶⁷. O conceito de Estado constitucional cooperativo foi esboçado por seu idealizador como

[...] aquele que não mais se apresenta como um Estado constitucional voltado para si mesmo, mas que disponibiliza como referência para os outros Estados constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais²⁶⁸.

Em apurado ensaio sobre o Estado constitucional cooperativo, Marcos Augusto Maliska revela novas facetas desse modelo ainda embrionário, afirmando

²⁶²DALLARI, 2013, p. 200.

²⁶³MALISKA, 2013, p. 11.

²⁶⁴Ibid., p. 155.

²⁶⁵MOREIRA NETO, 2003, p. 137.

²⁶⁶MENDES, Gilmar Ferreira. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/portaIStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

²⁶⁷HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de: Marcos Augusto Maliska e Elise Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 2.

²⁶⁸HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de: Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77 apud MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, ano 2, 2008/2009. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/553/365>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

que ele está fundado em três pilares: abertura, cooperação e integração, cujo conteúdo é a seguir explorado. Inicialmente o Estado constitucional cooperativo é um Estado que possui uma abertura normativa da ordem constitucional que pode se dar para “fora” ou para “dentro”. A ideia da abertura para fora se caracteriza por ser permeável e por interagir com outras ordens constitucionais, permitindo a interação entre as nações, e entre estas e os organismos internacionais. A abertura para fora revela uma predisposição da ordem constitucional em aceitar interferências externas. A abertura, em sua dimensão interna (para dentro), por sua vez, contempla a ideia de que a ordem constitucional se expressa no seio da própria sociedade e seu compromisso com o pluralismo e o reconhecimento dos direitos das minorias²⁶⁹.

O segundo elemento fundamental da ordem constitucional deste modelo de Estado constitucional é a cooperação, que igualmente pode ser analisada sob dois enfoques: cooperação normativa e cooperação material, as quais também podem ocorrer no plano interno como externo. A cooperação normativa está fundada na ideia de que existem várias formas de compartilhamento da atividade legislativa, tanto no plano internacional como nacional. Já a cooperação material está centrada na ideia da colaboração, ou, em outras palavras, na reunião de esforços para se atingir determinado objetivo²⁷⁰. Diogo Figueiredo Moreira Neto menciona que a cooperação é “o tipo de relacionamento que possibilita a coordenação de diversas expressões de poder para o atingimento dos fins comuns”²⁷¹.

Ainda, tem-se como último elemento deste modelo de Estado constitucional que ora se apresenta a integração, que pode se dar nos aspectos políticos, econômico e sociocultural e pode ocorrer tanto interna como externamente. Basicamente esse elemento tem por objetivo consolidar a ordem constitucional em seus diversos aspectos, entre os quais a abertura e a cooperação. No aspecto político, a integração revela a função de dar unidade política ao Estado, de estabelecer mecanismos de vinculação para que a Constituição tenha efetividade. No viés econômico, a integração pressupõe a regulação dos bens materiais no contexto de condições limitadoras, e no aspecto sociocultural a integração relaciona-

²⁶⁹MALISKA, 2013, p. 15-42.

²⁷⁰Ibid., p. 12.

²⁷¹MOREIRA NETO, 2003, p. 132.

se com as diferenças de uma sociedade plural que coexistem numa mesma unidade política²⁷².

Estabelecidas as premissas do Estado constitucional, que aos poucos se consolida como Estado constitucional cooperativo, pode-se avançar para a relação deste com os direitos fundamentais. Para tanto, inicia-se citando Paulo Bonavides, para quem “os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas”²⁷³, frase da qual se pode constatar que existe uma convivência simbiótica entre os direitos fundamentais e o Estado constitucional. Aliás, simbiose é a palavra apropriada para a relação entre os direitos fundamentais e o Estado, pois significa “associação entre dois seres vivos que vivem em comum”²⁷⁴, de modo a que a existência de um está condicionada à existência do outro. De fato, só é possível conceber um Estado constitucional quando em sua Constituição existir um rol de direitos fundamentais. Por outro lado, os direitos fundamentais só são efetivamente considerados em sua plenitude num Estado de Direito Constitucional. Ou seja, o Estado Democrático de Direito “se caracteriza pela existência de direitos fundamentais, que se constituem num conjunto insuprimível e irreduzível de garantias em favor do indivíduo, oponível inclusive (e especialmente) perante o Estado”²⁷⁵.

J. J. Gomes Canotilho bem resume a importância dos direitos fundamentais para o Estado Constitucional:

O Estado de direito democrático exige os direitos fundamentais; os direitos fundamentais exigem o Estado de direito democrático. Constitucionalmente, os direitos fundamentais têm uma função democrática; por sua vez, o Estado de direito democrático pressupõe e garante os direitos fundamentais²⁷⁶.

Observa-se então que no Estado Constitucional os direitos fundamentais assumem importância vital, pois se “constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal como

²⁷²MALISKA, 2013, p. 117-127.

²⁷³BONAVIDES, 2014, p. 383.

²⁷⁴FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1586.

²⁷⁵JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005a. p. 65.

²⁷⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 99.

consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente²⁷⁷ de modo que se pode concluir que há “uma íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e de Estado de Direito”²⁷⁸. Por isso os direitos fundamentais integram a essência do Estado constitucional, na medida em que estão inseridos no núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa²⁷⁹.

Esse compromisso do Estado constitucional com os direitos fundamentais é ainda maior e mais significativo para o Estado constitucional cooperativo, na medida em que “não mais terá suas referências apenas em si, mas nos seus semelhantes, que serão como espelhos a refletir a imagem uns dos outros para a identificação de si próprios”²⁸⁰. Efetivamente, em razão da abertura “para fora” contemplada no Estado Constitucional cooperativo, os tratados internacionais de direitos humanos passam a ter outra dimensão para o ordenamento jurídico, que em certos casos passam a ter valor normativo constitucional, como já se pode constatar pelo conceito de supranacionalidade inserido nas Constituições dos países integrantes da União Europeia, e que já foram incluídos expressamente em dispositivos normativos das Constituições do Paraguai (art. 9º) e Argentina (art. 75, inc. 24)²⁸¹.

Gilmar Ferreira Mendes argumenta também que o prestígio de normas de proteção do ser humano é uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial, razão pela qual, cada vez mais, as Constituições buscam meios de concretizar sua eficácia normativa, como também uma aproximação do Direito Internacional com o Direito Constitucional, o que se dá por meio da internalização de referidas normas²⁸².

Na Constituição Federal de 1988, o disposto no art. 5º, par. 2º que prevê a cláusula de abertura, permite a conclusão de que “sob o ponto de vista normativo tanto os direitos humanos como os direitos fundamentais seriam os direitos básicos integrantes da ordem constitucional”²⁸³, de modo que passa a ser questionável a

²⁷⁷SARLET, 2007, p. 63.

²⁷⁸Ibid., p. 59.

²⁷⁹SARLET, loc. cit.

²⁸⁰MENDES, Gilmar Ferreira. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. p. 5. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

²⁸¹MENDES; VALE, 2008/2009, p. 25.

²⁸²Ibid., p. 25-27.

²⁸³MALISKA, 2013, p. 24.

distinção metodológica entre elas²⁸⁴. Atualmente o Supremo Tribunal Federal, em certa medida, reconhece as normas internacionais de direitos humanos possuem lugar especial no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a elas reputadas como normas supralegais, conforme decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 349.703²⁸⁵. Por outro lado, a “abertura de dentro”, que decorre do Estado constitucional cooperativo, implica que a ordem constitucional, no plano interno, estruture e garanta um sistema constitucional pluralístico, em que haja a afirmação das particularidades²⁸⁶.

Conclui-se assim a percepção de que no Estado constitucional há “uma íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e de Estado de Direito”²⁸⁷, sendo que esse modelo acaba por contemplar todas as diversas dimensões dos direitos fundamentais, buscando concretizar os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que vêm sendo almejados pela humanidade desde a Revolução Francesa.

3.3 IMPLICAÇÕES DO MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 acolheu em seu seio muitos dos elementos do modelo de Estado constitucional cooperativo, fato que se pode objetivamente aferir pela simples leitura de seu preâmbulo, no qual assevera ser o Brasil um Estado democrático que respeita os direitos fundamentais e que se constitui numa sociedade fraterna e pluralista, comprometida com a ordem interna e internacional e a solução pacífica dos conflitos.

As consequências práticas que decorrem dos postulados do Estado constitucional cooperativo representam um enorme desafio para a Administração Pública, reputada esta como “o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo”²⁸⁸, pois suas tarefas e responsabilidades são multiplicadas para atender às necessidades da sociedade.

Muitos dos direitos fundamentais contidos no texto constitucional, em especial os chamados direitos sociais (segunda dimensão), devem ser

²⁸⁴MALISKA, 2013, p. 22.

²⁸⁵MENDES, 2008/2009, p. 27.

²⁸⁶MALISKA, op. cit., p. 36-37.

²⁸⁷SARLET, 2007, p. 59.

²⁸⁸MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 67.

concretamente assegurados pelo Estado, o que se dá por meio da execução de políticas públicas que são viabilizadas e implementadas pela Administração Pública. Dessa forma, cabe a todos os órgãos que integram a Administração Pública não apenas o reconhecimento dos direitos fundamentais, mais ainda, principalmente, garantir a concretização desses direitos.

Acontece que a “Constituição de 1988, inequivocamente, pretendeu que a democracia se realizasse por meio dos representantes eleitos pelo povo, mas também diretamente, nas formas pretendidas por ela própria”²⁸⁹, revelando um direcionamento no sentido de aproximar a sociedade e o Estado. A participação pode se dar pela via direta do cidadão por meio de projetos de lei de iniciativa popular, referendo e plebiscito ou por representação, que se materializa pela participação na fiscalização financeira do município, da administração do ensino ou pela ação popular²⁹⁰. Saliente-se que a maior aproximação da sociedade com o Estado é decorrência direta da evolução do constitucionalismo contemporâneo, fundado na primazia dos direitos fundamentais e na soberania popular. É que a “ascensão do Estado Democrático de Direito implica na valorização da figura do administrado nas relações envolvendo a Administração Pública”²⁹¹.

Dalmo de Abreu Dallari menciona que o relacionamento do Estado com os indivíduos tem íntima correlação com as funções do Estado. Assim, o Estado pode ter fins expansivos, que preconizam o crescimento desmedido, como se vê na ideia do Estado do bem-estar; fins limitados, que recomendam a redução ao mínimo das atividades do Estado; e fins relativos, que pregam a necessidade de uma atitude nova dos indivíduos no seu relacionamento recíproco, bem como nas relações com o Estado, e está baseada na ideia de solidariedade²⁹².

O estreitamento da sociedade com o Estado está contemplado no Estado do constitucional cooperativo, especificamente no segundo elemento fundamental desse modelo de Estado, qual seja a “cooperação”. Efetivamente, a cooperação comunga da ideia da maior interação dos integrantes da sociedade civil entre si,

²⁸⁹FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002. p. 237.

²⁹⁰SILVA, 2014, p. 148.

²⁹¹PALMA, Juliana Bonacorsi de; SCHIRATO, Vitor Rhein. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual do direito. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**, n. 24, Salvador, dez./jan./fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.PDF>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

²⁹²DALLARI, 2013, p. 109-111.

bem como entre a sociedade civil e o Estado, permitindo assim que todos juntos busquem alcançar melhores condições de vida. Saliente-se que a compreensão dessa atitude cooperativa é indispensável para que se possa estabelecer o atual papel da Administração Pública no modelo de Estado constitucional cooperativo.

Com efeito, a concepção da cooperação parte do pressuposto de que inexistente exclusividade da vida política no Estado, existindo um espaço político para além do Estado, tanto externa como internamente²⁹³. Em função disso, como já mencionado, a cooperação pode se dar no plano normativo e no plano material. As repercussões da cooperação normativa e material no plano externo e interno são inúmeras, mas a que se destaca no presente trabalho é a relacionada com a diluição da barreira existente entre a sociedade civil e o Estado. Infelizmente ainda não está claro que a sociedade e o Estado vivem uma relação de dependência mútua. As razões dessa miopia são muitas, mas certamente um dos principais motivos da crise do Estado contemporâneo: “é que o homem do século XX está preso a concepções do século XVIII, quanto à organização e aos objetivos de um Estado Democrático”²⁹⁴, raciocínio que é extensivo ao homem do século XXI.

Ademais, a análise da cooperação normativa no plano interno permite demonstrar a inexistência dessa divisão entre Estado e sociedade, primeiramente em face que nesse modelo constata-se uma maior participação da sociedade na produção legislativa, fato que decorre do pluralismo jurídico contemplado na Constituição e, em segundo lugar, em razão da constatação de que os direitos fundamentais devem ser garantidos nas relações entre os particulares²⁹⁵, em decorrência da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A título exemplificativo, a participação popular no processo legislativo se materializa por diversos instrumentos, entre os quais “audiências públicas, *workshops*, peticionamento junto às comissões, formas democráticas de pressão, convencimento de parlamentares”²⁹⁶, elaboração de projetos de lei de iniciativa popular e também por meio do instituto do *amicus curie*, conforme previsto na Lei 9.868/99, em seu art. 7º, § 2º, o qual permite a intervenção de órgãos ou entidades se manifestarem no Supremo Tribunal Federal na questão constitucional debatida²⁹⁷.

²⁹³MALISKA, 2013, p. 60.

²⁹⁴DALLARI, 2013, p. 299.

²⁹⁵MALISKA, op. cit., p. 60.

²⁹⁶Ibid., p. 71.

²⁹⁷MENDES; VALE, 2008/2009, p. 3.

Com relação à eficácia horizontal, observa-se que as normas constitucionais não são destinadas exclusivamente ao Estado, mas igualmente devem ser observadas nas relações entre os integrantes da sociedade. Isso porque é a “Constituição uma ordem da comunidade e não somente do Estado, bem como os direitos fundamentais estão inseridos na comunidade e dela exigem respeito aos seus preceitos”²⁹⁸.

A constatação da dupla perspectiva dos direitos fundamentais, que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos ou elementos objetivos da comunidade, se constitui numa das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo²⁹⁹. Assim, em sua perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais têm por função precípua servir de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, sendo que na perspectiva objetiva se constituem em decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição. Como consequência disso, os direitos fundamentais produzem reflexos em todo o ordenamento jurídico, inclusive fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos³⁰⁰. A aceitação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais importa “no abandono dos pressupostos sociológicos da divisão entre Estado e Sociedade que, de certa forma, implica uma redefinição entre o público e privado”³⁰¹. Isso porque, ao consagrarem os valores mais importantes da sociedade, os direitos fundamentais passam também a constituir as bases fundamentais da ordem jurídica, servindo de norte para a atuação tanto do Estado como da sociedade civil³⁰².

A sua vez, segundo ensinamento de Marcos Augusto Maliska, a cooperação no plano material releva a existência de uma sociedade baseada na cidadania, em que seus integrantes são conscientes de seus direitos e deveres, e que permite a participação na realização dos direitos fundamentais prestacionais. É justamente a cooperação material no plano interno que fundamenta as várias formas de parceria entre o poder público e a sociedade³⁰³. Na continuidade o autor complementa:

²⁹⁸MALISKA, 2013, p. 60.

²⁹⁹SARLET, 2007, p. 147.

³⁰⁰Ibid., p. 149.

³⁰¹MALISKA, op. cit., p. 72.

³⁰²SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 133-135.

³⁰³MALISKA, op. cit., p. 75-88.

[...] nesse sentido se aponta que o interesse público não é um monopólio estatal, pois por público se tem um conceito mais amplo, que vai muito além da ideia de pertencimento estatal. Em contraposição à ideia de cooperação normativa, a cooperação material é muito mais ampla, pois se encontra no campo das ações concretas que de inúmeras formas e modelos podem ser executadas com a participação da sociedade³⁰⁴.

O fato é que no novo modelo do Estado Constitucional cooperativo não cabe mais uma concepção de força e imposição estatal, mas sim de colaboração e reciprocidade com o cidadão, para que juntos busquem a concretização dos ideais constitucionais. Pouco a pouco “substitui-se a Administração Pública de atos unilaterais (Administração Pública autoritária), verticalizada e hierarquizada, para transformá-la na Administração Pública consensual”³⁰⁵. Ou seja, restou superada doutrina liberal burguesa da rígida separação entre o Estado e Sociedade³⁰⁶.

Atualmente, com cada vez mais intensidade, o “modelo de atuação administrativa marcado pelo viés autoritário e pela unilateralidade abre vez às formas consertadas de ação”³⁰⁷, sendo possível constatar uma “quebra ou, ao menos, a relativização do paradigma da imperatividade por meio da afirmação da Administração Pública consensual”³⁰⁸.

Percebe-se então que os efeitos da subordinação da Administração Pública a uma nova ordem constitucional, no contexto de um Estado constitucional cooperativo, importa na “mitigação da visão da Administração Pública como titular de prerrogativas absolutas em relação ao administrado e mesmo na supremacia do interesse público como princípio com traços de aplicação preferencial, afastando como regra o interesse particular”³⁰⁹.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta haver uma “redefinição teórica do interesse público no Estado Democrático de Direito”³¹⁰. Para tanto, sustenta o autor que ao longo dos últimos dois séculos, o interesse público foi considerado como um dogma que serviu como barreira intransponível para qualquer negociação entre o Poder Público e cidadãos em instância administrativa. Todavia, com a evolução do constitucionalismo pós-positivista, que afirmou a eficácia geral dos

³⁰⁴MALISKA, 2013, p. 88.

³⁰⁵LEMES, 2007, p. 51.

³⁰⁶SARLET, 2007, p. 73.

³⁰⁷PALMA; SCHIRATO, 2011, p. 3.

³⁰⁸PALMA; SCHIRATO, loc. cit.

³⁰⁹MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

³¹⁰MOREIRA NETO, 2003, p. 138.

comandos constitucionais, a definição de interesse público deslocou-se para sede constitucional. Assim, o interesse público que deve ser atendido pela Administração Pública deve coincidir com as prioridades expressas ou implicitamente consignadas pela Constituição³¹¹.

Com isso, ganha relevância o elemento cooperação do Estado constitucional cooperativo, pois os Estados devem “cooperar na busca de eficiência de suas políticas públicas tanto no plano internacional como no plano interno”³¹². E mais, no plano interno a cooperação deve ainda se dar entre o Estado e a sociedade civil que, “engajados com as coordenadas delimitadas pela Constituição, estão aptos para contribuírem com o Estado na Concretização da Constituição”³¹³.

Para tanto, a Administração Pública não pode mais continuar a ser burocrática e ineficiente³¹⁴. É indispensável uma alteração profunda da forma de agir em relação a ela própria, como também em relação aos administrados. É indispensável compreensão do Estado, com base nos novos tempos, e novas exigências da sociedade. E o desafio da Administração Pública é cada vez maior, pois no Estado Constitucional, com o correr da história o objeto das Constituições, passou a ter maior amplitude. A cada etapa da história algo de novo entra nos textos constitucionais³¹⁵, fato que impõe para a Administração Pública mudanças para conseguir atingir seus objetivos, até porque

Na passagem do Estado liberal para o Estado Social de Direito há uma ampliação da estrutura estatal, aumentando a interpenetração entre o Estado e a Sociedade, visto que, enquanto no liberalismo se defendia a não intervenção do Estado como forma de proteção do cidadão, no Estado

³¹¹MOREIRA NETO, 2003, p.138-140.

³¹²MALISKA, 2013, p. 60.

³¹³Ibid., p. 60.

³¹⁴Luís Roberto Barroso, em 2003, sintetizava o contexto brasileiro, cujas considerações (infelizmente) são ainda atuais: o discurso do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a Pré-Modernidade (ou Estado Liberal), a Modernidade (ou Estado Social) e a Pós-Modernidade (ou Estado Neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à Pós-Modernidade sem conseguir ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva e entre amigos e inimigos – e não entre o certo e errado, justo e injusto –, mansa com ricos e dura com pobres, chegamos ao Terceiro Milênio atrasados e com pressa. (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), p. 23-59. In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto. (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26.)

³¹⁵SILVA, 2014, p. 45.

social passou-se a exigir essa intervenção como instrumento de realização da felicidade individual³¹⁶.

E isto é assim em razão de que o Estado constitucional obriga a concretização das promessas insculpidas na Constituição Federal. Novamente se socorre de J. J. Gomes Canotilho, para quem “a concretização do Estado constitucional de direito obriga-nos a procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas, os códigos de observações próprios dos ordenamentos jurídicos concretos”³¹⁷.

Endossando o acima mencionado, cite-se observação de Odete Medauar:

Como resultado do processo que se acentua na segunda metade do século XX, o Estado hoje mostra configuração diversa da acima descrita. O Estado passou a ter atuação de profundas consequências nos setores econômicos e sociais da coletividade. A atuação no âmbito econômico deixou de ser algo externo e estranho e passou a integral o rol de funções do Estado, mesmo mantendo-se o princípio da iniciativa privada. Ampliaram-se também as funções sociais e assistenciais. Com isso a máquina administrativa cresceu em quantidade e complexidade. Floresceram inúmeras entidades e associações privadas, que exercem contínua pressão sobre os poderes estatais na busca de realização dos interesses que defendem. Tais transformações no modo de atuar no Estado e na estrutura da sociedade acarretam a atenuação da distancia entre o Estado e sociedade, agora vinculados, a Administração vê se obrigada a olhar para fora de si mesma, relacionando-se de modo mais intenso com o entorno social³¹⁸.

Dessa forma, “o estabelecimento das políticas públicas como mecanismos estruturais de metas e diretrizes a serem seguidas e realizadas por meio da atividade estatal passa a ser um dos elementos centrais de transformação entre o paradigma do Estado de Direito e o atual paradigma do Estado constitucional o qual, por isso, precisa de um novo quadro teórico instrumental para o seu delineamento”³¹⁹.

Em face do contexto acima, para que seja possível concretizar os anseios da sociedade Pós-Moderna, no contexto de um Estado constitucional cooperativo, a Administração Pública deve mudar radicalmente sua postura, adotando um novo

³¹⁶BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. (Dissertação). Repertório Digital Institucional: UFPR, 2006. p. 37. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/5703/t.PDF?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

³¹⁷CANOTILHO, 2003, p. 93.

³¹⁸MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 46.

³¹⁹BREUS, op. cit., p. 31.

perfil que lhe permita maior agilidade, maior transparência, que seja menos burocrática e que propicie abandonar as mesmas práticas que eram adotadas no século passado. É necessário que seja superada a “viciosa relação de supremacia” para permitir a implantação de uma “virtuosa relação de ponderação”, de forma a ressaltar a missão instrumental do Estado e assegurar uma maior interação com a sociedade³²⁰.

Conclui-se assim que o Estado constitucional gera uma enorme responsabilidade para a Administração Pública, consistente na mudança de postura frente ao cumprimento de suas finalidades, a qual deve ser voltada para a realização dos direitos fundamentais, com o auxílio da sociedade, na medida em que não lhe cabe mais o papel de “realizar diretamente ações tendentes à satisfação das necessidades coletivas. Ao menos não de modo monopolístico e universal”³²¹.

³²⁰MOREIRA NETO, 2003, p. 142.

³²¹OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direitos ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. (Coord.). **Parcerias público-privadas**. Um enfoque disciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 85.

4 USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM O PODER PÚBLICO: UMA NECESSÁRIA MUDANÇA DE PARADIGMA

Conforme obtusa observação de J. J. Gomes Canotilho, o Estado Constitucional “é mais um ponto de partida do que um ponto de chegada”³²². Com isto se quer dizer que para o Estado constitucional a vinculação formal e material a princípios, regras e valores inseridos na Constituição não pode se dar de forma estática, mas sim de forma dinâmica, na medida em que a “Constituição vai se realizando aos poucos, num processo contínuo de descobrimento e reconhecimento de novos direitos e deveres”³²³.

Esse processo de concretização constitucional é, em grande parte, influenciado, estimulado e realizado pela Administração Pública, o que se dá por meio de atos e decisões governamentais que “precisam sujeitar-se integralmente aos postulados fundamentais da ordem jurídica”³²⁴. Com o objetivo de fazer valer seus comandos, o “texto constitucional estabelece princípios constitucionais impositivos”³²⁵ que “vinculam o exercício das funções estatais à realização de determinados fins assegurados na Constituição”³²⁶. Reitere-se novamente que outra importante premissa é a vinculação do Estado constitucional à concretização dos direitos fundamentais. Conforme impactante lição de Noel Antônio Baratieri a “legitimação e justificação da existência do Estado é dependente da realização e concretização dos direitos fundamentais”³²⁷.

Entretanto, para a realização dos fins que norteiam e justificam o Estado constitucional brasileiro, em especial a concretização dos direitos fundamentais sociais, não raras vezes, afloram situações litigiosas das mais diversas naturezas e complexidades, as quais devem ser resolvidas preferencialmente na via

³²²CANOTILHO, 2003, p. 87.

³²³MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e educação. A nova lei de cotas em face do sistema de ingresso na UFPR. Avanço ou retrocesso? In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Coord. Assistente). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 938.

³²⁴BARATIERI, Noel Antonio. **Serviço público na constituição federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 19.

³²⁵Ibid., p. 25.

³²⁶BARATIERI, loc. cit.

³²⁷Ibid., p. 29.

administrativa. Nesse sentido Daniel Wunder Hachen apregoa que a “Administração Pública brasileira tem, por imposição do sistema constitucional vigente, o dever de promover os direitos fundamentais sociais de modo espontâneo, integral e igualitário”³²⁸, o que se dá em decorrência da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais contidas no art. 5º, par. 1º da Constituição Federal. Ou, sob outro prisma, o reconhecimento por parte da Administração Pública dos “direitos eventualmente existentes podem e devem ser cumpridos independentemente de um processo judicial”³²⁹.

Porém, infelizmente o Poder Público tem uma enorme propensão para judicializar todos os conflitos que se apresentam quando da consecução de seu desiderato, tanto que em pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça, ainda no ano de 2011, constatou-se que entre os maiores litigantes estava justamente a Fazenda Pública, sendo ela responsável por nada menos do que 39,26% dos processos que chegaram à Justiça de primeiro grau naquele ano³³⁰.

Saliente-se que essa propensão pela judicialização dos conflitos por parte do Poder Público se dá, de igual forma e intensidade, pela União Federal, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Dado curioso e merecedor de nota é o fato de que as Fazendas Públicas Federal e Estadual possuem maior quantidade de processos no polo passivo, enquanto a Fazenda Pública Municipal, maior número no polo ativo³³¹.

A postura do Poder Público em judicializar praticamente todas as inúmeras situações conflituosas beira a uma odiosa obsessão irracional que destoia dos mandamentos extraídos do texto Constitucional e deve ser alterada, ou no mínimo repensada, em razão dos seguintes argumentos: a) em face da morosidade excessiva do Poder Judiciário; b) diante do princípio da eficiência que informa a Administração Pública; e c) por imposição decorrente do direito fundamental à celeridade processual.

³²⁸HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado), 2014. p. 220.

³²⁹TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público. In: HARGER, Marcelo. (Coord.). **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 412.

³³⁰Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/21877-orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

³³¹Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. p. 15. Acesso em: 24 fev. 2015.

Primeiro, afigura-se injustificável a opção da Administração Pública em judicializar todas as questões conflituosas em que se envolve, diante da morosidade da entrega da prestação jurisdicional decorrente do esgotamento do Poder Judiciário. Com efeito, a partir do início de vigência da Constituição Federal de 1988, constatou-se um incremento substancial do número de demandas judiciais, que acabaram por abarrotar o Poder Judiciário. No relatório “Justiça em Números do ano de 2014” emitido pelo Conselho Nacional de Justiça, em que constam informações detalhadas acerca do Poder Judiciário Nacional no ano base de 2013, pode-se verificar dados alarmantes acerca do número de ações em trâmite. Segundo consta, no ano de 2013 existiam em tramitação 95,1 milhões de processos³³². Já no relatório Justiça em Números do ano de 2015, no ano base de 2014 esse número subiu para 99 milhões³³³, o que equivale a praticamente 1 (um) processo para cada 2 (dois) habitantes do país³³⁴. Do documento extrai-se ainda outro dado também igualmente assustador, consistente na denominada taxa de congestionamento, a qual foi de aproximadamente 71%³³⁵ no ano de 2014, e que, no relatório do ano de 2015, aumentou em 0,8%. Esse indicador é calculado levando-se em conta o número de processos novos, os processos baixados e os processos existentes. Assim, para cada 100 processos novos, descontados os processos baixados, restam 71,08 não são julgados, que se acumulam nas prateleiras, ou nas memórias virtuais dos computadores do Poder Judiciário. Conforme se infere no mencionado relatório, nos últimos 5 anos – muito embora o índice de atendimento da demanda tenha sido próximo dos 100% –, a taxa de congestionamento igualmente continuou invariável, demonstrando que a realidade hoje existente não será alterada num curto espaço de tempo³³⁶.

³³²Cf. RELATÓRIO Justiça em Números 2014 – Ano base de 2013, p. 37. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

³³³Cf. RELATÓRIO Justiça em Números 2015 – Ano base de 2014, p. 34. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

³³⁴Cf. Segundo o IBGE, em 1º de julho de 2014, a população brasileira era estimada em 202.768.562 habitantes. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2014/estimativa_dou.shtm>. Acesso em: 15 out. 2014.

³³⁵Cf. esclarecimento contido no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal num período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/486-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento>>. Acesso em: 15 out. 2014.

³³⁶RELATÓRIO Justiça em Números 2015 – Ano base de 2014, op. cit.

A multiplicação dos conflitos entre os sujeitos públicos e privados decorre de inúmeros fatores, dentre eles a mutação do papel do Estado. Atualmente, percebe-se que houve uma fragmentação do poder do Estado, fruto de uma nova postura pluralista, que reflete a realidade da sociedade contemporânea. Como consequência disso, ocorreu uma multiplicação das relações do Estado com a sociedade, aumentando as situações de conflitos³³⁷.

Outro fator a ser considerado consiste na democratização do acesso ao Poder Judiciário, que se viu a partir da Constituição Federal de 1988. É importante deixar claro que não se está criticando a facilitação do acesso ao Poder Judiciário, e nem tampouco sugerindo qualquer restrição a esse direito fundamental, na medida em que se constitui num elemento estruturante do Estado do Direito, posto que vedada a autotutela. A relevância do direito fundamental de acesso ao judiciário é tamanha que está prevista na Declaração Universal de Direitos Humanos, o qual em seu artigo 8º garante a todos uma proteção Judicial efetiva de todos aqueles atos que violem os direitos fundamentais, bem como na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que contém semelhante disposição no sentido de que todos “têm direito a uma proteção Estatal dos atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela própria convenção”.

Porém, a facilitação do acesso ao judiciário não veio acompanhada de instrumentos normativos que permitissem dar vazão dos processos. Afora os problemas crônicos de insuficiência estrutural do Poder Judiciário, a legislação processual é flagrantemente pouco vocacionada para a solução rápida dos processos, sendo a realidade apontada nos relatórios Justiça em Números dos anos de 2014 e 2015, bastante previsíveis.

O elevado número de demandas acarreta, como consequência lógica, a demora no julgamento desses processos. Registre-se, porém, que o problema relacionado com a demora da entrega da prestação jurisdicional é crônico no Brasil, e já se verifica desde há muito, tanto que o destacado jurista Ruy Barbosa já asseverava no início do século passado: “justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”. O obtuso apontamento de Ruy Barbosa acerca da injustiça decorrente da morosidade processual já possui quase um século e, mesmo

³³⁷MOREIRA NETO, 2003, p.152.

assim, a frase é incomodamente atual. Arrisca-se dizer, inclusive, que com o passar dos anos a questão da morosidade somente se agravou, apesar dos inúmeros recursos tecnológicos dos tempos atuais. Sálvio de Figueiredo Teixeira comenta que hoje há uma inquietação mundial na busca por fórmulas que permitam o processo contemporâneo ser mais rápido e eficaz, o que decorre “ante a triste realidade da ineficiência das decisões judiciais, ensejada sobretudo pelo arcaísmo das organizações judiciárias”³³⁸.

É bem verdade que a morosidade do trâmite dos processos não pode ser tributada exclusivamente ao Poder Judiciário, mas decorre de inúmeros fatores, conforme bem apontado por Elton Venturi³³⁹:

[...] a impedir a concretização da garantia da celeridade podem ser facilmente apontados, para além do crescente demandismo, a inexistência de gestão político-estratégica, as carências orçamentárias, a insuficiente estrutura, os procedimentos judiciais obsoletos (demasiadamente extensos e muito genéricos), o excesso de meios impugnativos intra e extraprocessuais, os usuais comportamentos protelatórios e não colaborativos das partes, a inoperatividade de sistemas conciliatórios durante o processo, a restrita prática dos meios extrajudiciais de solução de litígios, a estéril insistência em canalizar o acesso à justiça por via do tradicional sistema individual de tutela jurisdicional (olvidando-se o extraordinário sistema de tutela coletiva brasileira) e, por fim, uma interpretação excessivamente abrangente e incondicionada a respeito da garantia da acessibilidade ao sistema jurisdicional.

Registre-se também que a Constituição Federal de 1988, ao contemplar em seu bojo inúmeros direitos fundamentais e sociais, que devem ser prontamente atendidos pelo Estado, acabou por incrementar o trabalho do Poder Judiciário, pois o Brasil ainda é um país em desenvolvimento, com enormes deficiências financeiras que impossibilitam o atendimento de todos os anseios da população. Como consequência, o Poder Judiciário passou a ser utilizado para a concretização das promessas constitucionais:

Veja-se que a partir da Constituição Federal de 1988 prevaleceu no sistema jurídico brasileiro a leitura principiológica do direito constitucional, mudando o STF da posição de mero aplicador do direito ao de “realizador de direitos” e “garantidor dos princípios constitucionais”³⁴⁰.

³³⁸ TEIXEIRA, 1996, on-line.

³³⁹ VENTURI, Elton. **Direito à razoável duração do processo**. In: CLÈVE, Clêrmerson Merlin. (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Coord. Assistente). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 842.

³⁴⁰ CHUERI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada. **Revista Direito GV**, n. 91, São Paulo,

Afora isto, no novo modelo estatal que está sendo desenhado pelo neoconstitucionalismo, segundo perspicaz observação de Sanchis³⁴¹, o Poder Judiciário passará a ter um papel de protagonista, eis que cada vez mais se utilizará o método de ponderação na aplicação do direito – ao invés da mera subsunção –, fato que somente agravará a situação já existente.

Percebe-se então um cenário bastante desanimador, pois a tendência é a de que aumente o número de demandas. De outro prisma, em face da leitura principiológica da Constituição, as discussões judiciais serão cada vez mais complexas, exigindo uma conduta mais reflexiva por parte dos Magistrados quando do julgamento, o que certamente demandará mais tempo, o que muito provavelmente redundará em maior morosidade. Ou seja, a democratização do acesso ao Poder Judiciário, muito embora positiva, gerou como efeito colateral o aumento do número de demandas e a nefasta morosidade processual.

A questão da morosidade do Poder Judiciário pode ainda ser encarada sob um enfoque mais amplo, conforme cenário retratado por Daniel Wunder Hachem:

Na realidade prática, é fato notório que os acontecimentos não se passam exatamente assim. E para fazer frente às posturas antijurídicas da Administração que impedem a fruição dos bens jurídicos jusfundamentais albergados constitucionalmente, o Direito Público – Constitucional, Administrativo, Processo Civil – elaborou uma série de mecanismos jurídicos de cunho jurisdicional para forçar a atuação da máquina estatal a conformar-se ao sistema normativo.

Assim, é forçosa a conclusão de que a opção da Administração Pública pela judicialização integral dos conflitos é injustificável e revela-se em descompasso com o compromisso do Estado constitucional cooperativo com a efetividade dos direitos fundamentais.

Segundo, ao abordar o assunto relacionado com o novo perfil da Administração Pública, Bruno Miragem esclarece que a “Constituição de 1988 estabeleceu no Brasil um novo paradigma jurídico-constitucional às relações entre o Estado e o indivíduo”³⁴². Adiante, segue o mesmo autor mencionando que a partir da reforma do Estado deve-se “compreender que o processo de transformação da

jan./jul. 2009, p. 484 apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 265.

³⁴¹SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo e ponderação judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.

³⁴²MIRAGEM, 2013, p. 40.

Administração Pública não como mera reestruturação dos órgãos e carreiras de Estado, mas como fomento a uma nova visão sobre as relações entre o Estado e a Sociedade”³⁴³. Neste contexto emerge com relevância para o novo perfil da Administração Pública, os princípios da eficiência administrativa e também da celeridade processual, os quais constam expressamente na Constituição Federal de 1988 possuindo, portanto, conteúdo axiológico que deve ser observado e respeitado pelo gestor público.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou a redação do artigo 37 da Constituição Federal inserindo a “eficiência” como um dos princípios informadores da Administração Pública, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Com efeito, a partir da reforma administrativa introduzida pela Emenda Constitucional acima citada, em especial pela afirmação do princípio da eficiência, houve uma mudança do perfil institucional da Administração Pública, assim como nos valores que a informam³⁴⁴.

A reforma administrativa tinha por objetivo mudar a face patrimonialista e burocrática do aparato Estatal, visando a “tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania”³⁴⁵ ou, nas palavras de Bruno Miragem: “o fato da reforma do Estado e sua fonte de legitimidade foram a superação de uma realidade de ineficiência e incompletude da atuação da Administração Pública”³⁴⁶, tendo se consubstanciado numa “reforma jurídico-normativa”³⁴⁷, pois suas diretrizes vieram dispostas em diversas alterações introduzidas na Constituição Federal, materializadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Basicamente a “diretriz principal dessas reformas, de matiz liberal e observável não apenas no Brasil, mas em movimento contínuo em todo o mundo, foi a de reduzir tamanho e presença do Estado”³⁴⁸, reproduzindo duas estratégias de superação do capitalismo acima mencionados: o neoliberalismo e a Terceira Via. Resumidamente, ambas estratégias comungam do pensamento de que a crise está no Estado, divergindo apenas quando a forma de superação: o neoliberalismo propõe o Estado mínimo, com a utilização de privatizações enquanto que a Terceira

³⁴³MIRAGEM, 2013, p. 42.

³⁴⁴Ibid., p. 17.

³⁴⁵PLANO diretor de reforma do aparelho do Estado, 1995, p. 12. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015.

³⁴⁶MIRAGEM, op. cit., p. 27.

³⁴⁷Ibid., p. 26.

³⁴⁸Ibid., p. 57.

Via propõe reformar o Estado mediante e repasse de tarefas para a sociedade civil, sem fins lucrativos³⁴⁹.

Pois bem, decorridos exatos 20 anos do início da reforma administrativa, pode-se dizer que ainda remanescem na Administração Pública das esferas Federal, Estadual e Municipal um perfil burocrático, que teima em permanecer. Apesar disso, é certo que a reforma trouxe alterações substanciais para a Administração Pública, deixando marcas profundas sobre a estrutura e modo de atuação³⁵⁰, cujas premissas seguem apontadas.

Ao abordar a matéria relacionada com os princípios constitucionais da Administração Pública, José Afonso da Silva afirma sua função:

A Administração Pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a boa administração, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo³⁵¹.

Mencione-se que a alteração do texto constitucional não chegou a trazer uma “intensa modificação do núcleo do regime jurídico administrativo”, de modo a representar “uma ruptura com o modelo de organização autorreferida”, conforme bem observado por Paulo Modesto, pois o princípio da eficiência já era tido pela como um princípio geral implícito na Constituição Federal, eis que “a própria redação original da Lei Fundamental de 1988 contemplava de forma expressa exigência de eficiência na Administração Pública em diferentes disposições”.

Apesar da ressalva acima, é inconteste que a inserção da eficiência como princípio constitucional explícito se constituiu em fato relevante para a Administração Pública, e também para o Direito Administrativo, pois apesar de não representar uma mudança estrutural “lançou ao direito administrativo uma série de desafios, relacionados ao novo perfil do Estado gestado”³⁵², além de acabar com as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua existência implícita na Constituição Federal e aplicabilidade integral.

³⁴⁹PERONI, Vera Maria Vidal. A redefinição do papel do estado. p. 8. Disponível em: <<http://www.redefinanciamento.ufpr.br/antigo/vera2.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

³⁵⁰MIRAGEM, 2013, p. 24-26.

³⁵¹SILVA, 2014, p. 676.

³⁵²MIRAGEM, op. cit., p. 23.

Conforme lição de José Afonso da Silva, “eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades”³⁵³. Todavia, faça-se a ressalva no sentido de que a “eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica”³⁵⁴, razão pela qual não está a atividade administrativa vinculada a uma concepção exclusivamente de natureza econômica.

O princípio da eficiência é conceituado por Paulo Modesto da seguinte maneira:

É a exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de suas finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei por ato ou contrato de direito público.³⁵⁵

Dessa forma, o princípio da eficiência previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal “orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo”³⁵⁶, quase se constituindo numa regra intuitiva, e até de bom senso, pois seria ilógico admitir o oposto, como apontado por Paulo Modesto:

Se entendemos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos que admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contraprodutivo, ineficiente³⁵⁷.

Registre-se que a utilização do conceito de eficiência não se constitui em novidade ou exclusividade da reforma administrativa ocorrida no Brasil, pois “sua elevação a princípio constitucional da Administração Pública revela-o como valor fundante das reformas do Estado empreendidas nos anos 1990, em vários países”³⁵⁸. Nesse sentido, pode-se traçar um paralelo entre o princípio da eficiência

³⁵³SILVA, 2014, p. 680.

³⁵⁴JUSTEN FILHO, 2005a, p. 85.

³⁵⁵MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, ano 51, n. 2, abr./jun. 2000, p. 114. Disponível em:

<<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

³⁵⁶SILVA, op. cit., p. 680.

³⁵⁷MODESTO, op. cit., p. 109.

³⁵⁸MIRAGEM, 2013, p. 37.

e o direito fundamental à boa administração previsto no artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁵⁹.

Na doutrina brasileira, Juarez Freitas defende o direito fundamental à boa administração, fazendo-o da seguinte forma:

O direito fundamental à boa administração pública, aqui formulado, é conscientemente feixe de princípios e regras, como sói acontecer com os direitos fundamentais. Nessa medida, embora não absolutizáveis (uma vez que admitem exceções), os princípios e direitos fundamentais vinculam na condição de vetores máximos na aplicação das disposições normativas, tomadas em sentido amplo, de maneira a englobar regras, princípios e objetivos fundamentais (estes últimos em termos dos arts. 3º e 225 da Constituição Federal, determinam promover o bem de todos; construir uma sociedade livre, justa e solidária; reduzir as desigualdades sociais e regionais; erradicar a pobreza e garantir o desenvolvimento sustentável para as gerações atuais e futuras³⁶⁰.

Assim, em razão da afirmação do princípio da eficiência no texto constitucional, como princípio norteador da Administração Pública, seu conteúdo passou a importar em “dever jurídico geral de conduta finalística, conduzida ao interesse público, por parte dos agentes públicos”³⁶¹, importando em “pautas de comportamento exigíveis do administrador para validade e legitimação da ação estatal”³⁶².

Como consequência lógica e necessária dessa afirmação, o objetivo primeiro do Estado é a concretização dos direitos fundamentais, cuja busca deve ser inteiramente pautada pela eficiência. Além disso, as “noções de igualdade material e de desenvolvimento, que presidem a principiologia da Constituição de 1988, impõem um dever de atuação otimizada à Administração, conferindo ao Estado um papel

³⁵⁹Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Artigo 41. O Direito a uma boa administração
1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas tem a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

³⁶⁰FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20.

³⁶¹MIRAGEM, 2013, p. 39.

³⁶²MODESTO, 2000, p. 106.

protagonista e não subsidiário³⁶³. Ou seja, a eficiência na Administração Pública não é mais uma simples meta a se atingir, mas sim uma obrigação constitucional a ser concretizada.

Terceiro, a “razoável duração do processo” passou a ser catalogada expressamente na Constituição Federal como um direito fundamental e, portanto, de aplicabilidade imediata e vinculativa aos órgãos públicos. A Constituição Federal contém inúmeros preceitos que têm por finalidade estabelecer garantias processuais, pois os “princípios constitucionais referentes à aplicação da Justiça pressupõem, de um lado, uma responsabilidade do Estado e, de outro, direitos fundamentais que precisam ser protegidos”³⁶⁴.

Isso porque, a partir do momento em que o Estado chamou para si o monopólio da jurisdição, criou a obrigação de assegurar a realização dos direitos subjetivos³⁶⁵. Pois bem, quando se fala genericamente em direito à proteção judicial, vem à mente a ideia do devido processo legal (*due process*), que em sua concepção original era exclusivamente um direito de defesa do particular frente ao Estado (dimensão garantística), mas que atualmente também é considerado como direito a uma proteção jurisdicional adequada. Assim, o “devido processo legal hoje é compreendido como um processo político valorativamente orientado para a defesa de valores e direitos fundamentais”³⁶⁶.

Observa-se então que o direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário, não se limita a permitir seu ingresso no sistema judicial, mas também que a tutela jurisdicional invocada se dê dentro de determinados parâmetros que assegurem ao indivíduo determinadas garantias processuais. As normas garantidoras da abertura da via judiciária devem assegurar a eficácia da proteção jurisdicional, ou acesso à ordem jurídica justa.

J. J. Gomes Canotilho aponta as “dimensões jurídico-constitucionais do direito ao processo equitativo” como sendo: a) Direito a uma decisão fundada no

³⁶³HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

³⁶⁴DOTTI, Rogéria Fagundes. Garantias constitucionais processuais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Coord. Assistente). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 771.

³⁶⁵DOTTI, loc. cit.

³⁶⁶CANOTILHO, 2013, p. 493.

direito; b) Direito a pressupostos constitucionais materialmente adequados; e c) Proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada³⁶⁷.

Entre tais garantias destaca-se a razoável duração do processo, tomada como proteção eficaz e temporalmente adequada que basicamente se constitui em “uma decorrência direta do princípio da efetividade e do direito à tutela jurisdicional adequada”³⁶⁸.

A Emenda Constitucional nº 45 introduziu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal³⁶⁹ no qual expressamente elencou a “razoável duração do processo” à condição de “direito fundamental”. Saliente-se que a alteração constitucional não trouxe qualquer inovação ao ordenamento jurídico pátrio, pois a “razoável duração do processo” já era considerada um direito fundamental por conta de previsão contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos³⁷⁰ (Pacto de San José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário, e que dá por conta da cláusula de abertura da ordem constitucional.

Saliente-se que a questão relacionada com a preocupação com tempo de duração do trâmite dos processos vem de longa data, tanto que chegou a ser mencionada na Carta Magna de 1215, na qual em seu parágrafo 40 mencionava: “a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça”³⁷¹. Consigne-se ainda que, no direito estrangeiro, o direito fundamental à razoável duração do processo é reconhecido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 6º)³⁷² e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 47)³⁷³. Existem ainda

³⁶⁷CANOTILHO, 2013, p. 499.

³⁶⁸DOTTI, 2014, p. 774.

³⁶⁹Cf. Constituição Federal: Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII. a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³⁷⁰Cf. Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Artigo 8, inc. I. Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um processo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

³⁷¹VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora nos julgamentos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Reforma do judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 343.

³⁷²Cf. Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Artigo 6. Inc. I. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, [...]”.

³⁷³Cf. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Artigo 47. Toda pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um

expressas menções à razoável duração do processo nas Constituições da Espanha de 1978 (artigo 24.2)³⁷⁴ e na do Canadá de 1982 (artigo 11, letra b)³⁷⁵.

No Brasil, onde a prestação jurisdicional é tarefa estatal que está contida dentro dos quadros dos direitos prestacionais decorrentes e derivados, incluindo nessa tarefa a obrigação do Estado-Juiz em adequar o procedimento do modo mais próximo aos ditames constitucionais da efetividade processual, a Constituição Federal também reza o dever fundamental e expresso de inafastabilidade das questões em face do Poder Judiciário e ainda, de respeitar o devido processo legal, que fornece, em última análise, a resposta formal esperada pelo jurisdicionado.

Ocorre que não só deverá prestar sua função jurisdicional de modo a receber as questões apresentadas em juízo, mas deverá providenciar, mais do que o simples protocolo, uma resposta rápida ao ideal de justiça esperado e pago pelo contribuinte na forma de prestação de serviço judicial³⁷⁶. E mais, o tema da razoável duração do processo ganha relevância na medida em que é por meio do processo que se efetivam os direitos fundamentais. Ou seja, de nada adianta a previsão de direitos fundamentais numa Constituição se inexistem instrumentos que permitam sua efetiva garantia, em um tempo útil.

Constata-se então que a atual preocupação processual não está mais centrada no acesso ao Poder Judiciário, mas na sua efetividade processual, sob a perspectiva do tempo de demora da prestação jurisdicional. A diminuição do tempo necessário à concretização da tutela jurisdicional passou a ser um objetivo cada vez mais buscado pelos estudiosos do processo civil, pois a celeridade processual, que outrora era tão só um fenômeno meramente processual, transformou-se numa exigência da sociedade atual, na qual é inadmissível a duração de anos e anos para a solução das controvérsias.

tribunal. Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, [...]”.

³⁷⁴Cf. Constituição da Espanha de 1978: Artigo 24.2. “2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

³⁷⁵Cf. Constituição do Canadá de 1982: “Artigo 11. Any person charged with an offence has the right; (b) to be tried within a reasonable time”. Tradução livre: “Artigo 11. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito: (b) a ser julgada num prazo razoável.”

³⁷⁶HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Processo constitucional**: aspectos das decisões aditivas, urgência e oralidade. Juruá: Curitiba, 2011. p. 187.

Todavia, é importante destacar que não basta adjetivar determinado direito para que este passe a ser considerado como fundamental. Para que realmente seja um direito fundamental, é necessário considerá-lo como tal, conforme alerta feito por José Afonso da Silva, no sentido de que “não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize como declarado”³⁷⁷. Com semelhante pensamento cite-se a oportuna lição de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia:

Como não basta proclamarem-se direitos, o Poder Judiciário deve ter como proteger e realizar tais direitos. Nesse sentido, cresce no mundo moderno a preocupação com a segurança jurídica e a estabilidade das instituições jurídicas. Evidentemente, a demora da realização da prestação jurisdicional não é apenas algo contraproducente, mas, mais que isso, vai contra a própria natureza da tutela jurisdicional, de acordo com a feição que lhe foi atribuída pela Constituição Federal. É que a prestação jurisdicional tardia é fator de insegurança, na medida em que contribui para a intranquilidade do que seja, efetivamente, o sentido do Direito para os cidadãos³⁷⁸.

Fazendo coro aos autores acima, ao tratar das garantias constitucionais, Paulo Bonavides diz que “não é possível fazê-las eficazes senão num ordenamento que concretize em toda a plenitude os postulados do Estado de Direito, sem os quais nem vinga a liberdade nem os direitos humanos têm adequada proteção”³⁷⁹.

É importante esclarecer que a concretização do direito fundamental à razoável duração do processo não é tarefa exclusiva do Poder Judiciário, mas também dos Poderes Legislativo e Executivo, como bem lembrado por Fernando da Fonseca Gajardoni, a garantia da razoável duração do processo não é uma mera declaração de intenções dirigida, mas um mandamento que deve ser cumprido por todos os Poderes do Estado:

[...] Ao Poder Legislativo, é exigida uma especial atenção ao elemento temporal, no momento de elaborar a legislação processual aplicável. Ao Poder Executivo, a tarefa de articular a estrutura orgânica e material necessária para a função jurisdicional e dar apoio completo na execução dos julgados. E, finalmente, ao Poder Judiciário incumbe utilizar, de forma

³⁷⁷SILVA, 2014, p. 435.

³⁷⁸WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 26-27.

³⁷⁹BONAVIDES, 2014, p. 546.

eficiência, os meios postos à sua disposição, bem como cumprir rigorosamente os prazos processuais³⁸⁰.

Frente aos argumentos acima expostos, bem se pode deduzir que a supremacia da Administração Pública sobre os particulares nem sempre estará presente quando da realização de suas funções. Assim, é imperioso que a Administração Pública adote mecanismos consensuais na “realização de suas atividades, com a finalidade de se garantir maior eficácia às relações jurídico-administrativas”³⁸¹, raciocínio este que também deve ser estendido relativamente à forma de solução de conflitos nos quais se envolve.

Diante de um litígio, a Administração Pública deve buscar métodos de solução de controvérsias que sejam mais consentâneos com a nova postura que dela se exige, de maior proximidade com a sociedade civil, além de pautada pelo respeito aos objetivos constitucionais. Neste contexto, despontam os meios consensuais e alternativas de solução de litígios, entre os quais destaca-se o instituto da arbitragem que se apresenta como ferramenta ideal para assegurar a eficiência administrativa e a celeridade processual. Endossando o agora sustentado, Lauro de Gama Souza Júnior menciona que “a admissão da arbitragem para a resolução dos litígios envolvendo o Estado se destinaria à concretização dos valores constitucionais, tais como o princípio da eficiência e a garantia da razoável duração do processo”³⁸².

4.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ARBITRAGEM

A possibilidade de a Administração Pública resolver seus litígios pela via arbitral sempre foi cercada de resistências. Tanto é assim que os quase 20 anos de vigência da Lei de Arbitragem não foram suficientes para que se superassem os entraves que serviram de motivo para o desestímulo do uso da arbitragem pelo Poder Público. Possível explicação para isso é apresentada por Sálvio de Figueiredo Teixeira ao denunciar a postura arreada ao uso da arbitragem no Brasil. Apesar de o autor tratar da arbitragem como um todo, e não especificamente pelo Poder Público,

³⁸⁰GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil: uma breve análise da qualidade temporal no processo civil brasileiro e europeu. **Revista Jurídica UNIJUS**, v. 8, n. 9, nov. 2005. p. 149.

³⁸¹PALMA; SCHIRATO, 2011, p. 5.

³⁸²SOUZA JÚNIOR, Lauro de Gama. Sinal verde para a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 8, out./dez. 2005. p. 12-25.

seu ponto de vista pode ser perfeitamente aplicável para essa situação. Segundo o autor, o primeiro motivo da reserva com o instituto decorre da adoção no Brasil do sistema jurídico do *civil law* e, em segundo lugar, em razão de que em “nossos textos legais, a propósito, de formalismo exacerbado e ineficaz sempre refletiram temor, preconceito e atraso, criando nessa área uma cultura de resistência ao progresso sob os mais diversos e infundados argumentos”³⁸³.

A existência da propalada desconfiança quanto ao uso da arbitragem por parte da Administração Pública é tanta que, por pouco, quase chegou a ser inserida na Constituição expressa proibição. De fato, no Projeto de Emenda Constitucional nº 29, que posteriormente se transformou na Emenda Constitucional nº 45, existia previsão no sentido de incluir no artigo 98 da Constituição Federal vedação ao uso da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública.

É certo que a utilização da arbitragem pela Administração Pública sempre foi objeto de grandes divergências entre os doutrinadores pátrios. E para dar maior incremento às celeumas, tanto as teses favoráveis como as desfavoráveis foram defendidas por autores de renome no cenário nacional. Registre-se, no entanto, que as divergências estão restritas ao uso da arbitragem pela Administração Pública direta, eis que para a Administração Pública indireta existe há muito um consenso acerca da possibilidade de sua utilização, pois conforme esclarecido por Luiz Antônio Scavone Júnior as empresas públicas e sociedades de economia mista “são equiparadas pelo Código Civil às pessoas jurídicas de direito privado quando exercem atividades típicas de direito privado e assumem a estrutura de direito privado”³⁸⁴ Carlos Alberto Carmona possui idêntica posição, afirmando ser possível o uso do júízo arbitral também por autarquias³⁸⁵.

Pontue-se que as discussões chegam a ser curiosas frente à posição favorável do Supremo Tribunal Federal sobre ao uso da arbitragem pela Administração Pública, o que se deu pelo “importante (e vetusto) precedente representado pelo “caso Lage”, cuja decisão foi proferida no ano de 1973, ou seja, antes mesmo da vigência da Lei de Arbitragem. Ocorre que com o advento da Lei

³⁸³ TEIXEIRA, 1996, p. 3.

³⁸⁴ SCAVONE JUNIOR, 2010, p. 17-18. Nesse sentido o artigo 173, par. 1º, inc. II da Constituição Federal prevê expressamente a possibilidade de criação de empresas públicas e sociedades de economia mistas sujeitas “ao regime jurídico próprio das empresas privadas”.

³⁸⁵ CARMONA, 2009, p. 45-46.

Federal 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), a questão voltou a ser objeto de intensos debates doutrinários.

Os questionamentos acerca de eventuais restrições ao uso do juízo arbitral pela Administração Pública estão vinculados basicamente aos seguintes argumentos: a) Ausência de previsão expressa na Lei de Arbitragem autorizando o Poder Público em se utilizar da arbitragem; e b) A Administração Pública não atenderia o requisito contido no *caput* do artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) que limita o objeto da arbitragem as questões de direito patrimoniais de caráter privado.

Ambos os argumentos estão interligados com os requisitos da Lei de Arbitragem. Conforme apontado por Paulo Osternack Amaral, a Lei de Arbitragem “impõem três requisitos para que se admita a submissão da resolução de uma controvérsia ao julgador privado: um de ordem subjetiva (capacidade para contratar) e dois de ordem objetiva (direitos patrimoniais e disponíveis)”³⁸⁶.

O primeiro requisito, denominado arbitrabilidade subjetiva, é “relacionado com os sujeitos capazes de contratar”³⁸⁷ e “consiste na identificação de quem poderá figurar como parte em um processo arbitral”³⁸⁸. Logo no início do *caput* do artigo 1º da Lei Federal nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) está estabelecido que a utilização da arbitragem somente é possível para “as pessoas capazes de contratar”³⁸⁹, o que é reproduzido no artigo 851 do Código Civil. Mencione-se que a referência contida nos dispositivos normativos “às pessoas” englobam as “pessoas físicas, pessoas jurídicas de direito privado e pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e associações públicas)”³⁹⁰. De outro lado “não há dúvidas de que o Estado é pessoa capaz de contratar”³⁹¹.

Todavia, o uso da arbitragem pela Administração Pública possui um pressuposto específico, decorrente do princípio da legalidade, prescrito pelo artigo 37 da Constituição Federal. Por imposição desse princípio, a atuação da

³⁸⁶AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 53.

³⁸⁷KLEIN, 2010, p. 69.

³⁸⁸AMARAL, op. cit., p. 53.

³⁸⁹Cf. Lei de Arbitragem: Lei 9.307/1996. Artigo 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

³⁹⁰MAGALHÃES, José Carlos de. Do estado na arbitragem privada. In: MAGALHÃES, José Carlos de MAGALHÃES; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Bastos, 1986. p. 84.

³⁹¹KLEIN, 2010, p. 69.

Administração Pública deve estar sempre balizada na lei. “O princípio da legalidade tem dupla função: a Administração, além de só pode fazer aquilo que não é vedado por lei, e também só pode fazer o que permitido por lei”³⁹². Como já aduzido, o instituto da arbitragem é previsto na legislação brasileira há quase 200 anos. Porém, nenhum texto normativo contemplou expressamente a hipótese do uso da arbitragem pela Administração Pública. Com o advento da Lei Federal nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) a lacuna ainda continuou, pois igualmente não constou qualquer referência clara quanto à possibilidade da Administração Pública figurar como parte em procedimento arbitral. Daí a dúvida acerca do preenchimento do requisito subjetivo, pois diante da ausência de lei autorizativa pode-se concluir ser inviável o uso da arbitragem pelo Poder Público.

Porém, apesar da ausência de menção explícita na legislação, a doutrina pátria sempre sustentou que isso não seria empecilho para o uso da arbitragem pelo Poder Público. Nesse sentido Caio Tácito assevera que a nova lei limitou-se a definir o âmbito da arbitragem, colocando o instituto como uma opção para dirimir conflitos em relações patrimoniais entre pessoas capazes de contratar. Por conta disso, conclui o autor: “a rigor não estarão, portanto, isentas de seu alcance as pessoas jurídicas que possam validamente assumir obrigações de natureza bilateral”³⁹³. Dessa forma, o simples fato do ente público possuir personalidade jurídica, na forma de uma pessoa jurídica de direito público, bem como ser capaz de celebrar contrato, é suficiente para firmar convenção arbitral. Com idêntico pensamento Selma Lemes enfatiza ser desnecessária existência de lei específica dispondo sobre a arbitragem pela Administração, “pois a ela se aplica a Lei nº 9.307, de 1996, estatuto arbitral brasileiro que não distingue entre pessoas jurídicas, as de direito público ou as de direito privado”³⁹⁴. Aliás, esse entendimento foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência firmou-se no sentido de não ser “necessária autorização legislativa para além das previsões da Lei 9.307 e do Código Civil para que possa haver arbitragem envolvendo a Administração Pública”³⁹⁵.

³⁹²MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, p. 73, jul./set. 2003.

³⁹³TÁCITO, 1997, p. 112.

³⁹⁴LEMES, 2007, p. 83.

³⁹⁵PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e poder público: esboço de um consenso e novos desafios**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8.

Além disso, para por uma pá de cal na celeuma, a Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015³⁹⁶, alterou a Lei de Arbitragem, introduzindo expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública direta como indireta:

Artigo 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
 § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
 § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

O segundo requisito previsto em lei consiste na arbitrabilidade objetiva, que “diz respeito às matérias que poderão ser submetidas à apreciação dos árbitros”³⁹⁷. A parte final do *caput* do artigo 1º da Lei de Arbitragem estabelece uma limitação ao conteúdo dos litígios que podem ser dirimidos por esse método. Consta no referido dispositivo legal que a arbitragem só é possível quando versar sobre “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Saliente-se que as grandes discussões teóricas acerca da possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública sempre giraram em torno da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”. As dificuldades que levaram aos embates doutrinários decorrem primeiro do fato de a expressão se constituir num conceito jurídico indeterminado, o que dificulta estabelecer seu conteúdo. Ou seja, o problema está em definir o que e quais são os direitos patrimoniais disponíveis. Outro ponto refere-se à existência desses direitos na atuação da Administração Pública³⁹⁸.

As opiniões existentes sobre o tema são diametralmente opostas e defendidas por autores renome. Entre os que sustentam a inviabilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública está Celso Antônio Bandeira de Mello, que utiliza os seguintes argumentos para sustentar sua tese³⁹⁹:

³⁹⁶Cf. A Lei Federal nº 13.129/2015 fez diversas alterações na Lei de Arbitragem (9.307/1996).

³⁹⁷Id.

³⁹⁸NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização na administração pública. p. 3. Disponível em:

<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63004/arbitragem_utilizacao_administracao_nogueira.pdf>.

Acesso em: 30 jan. 2016.

³⁹⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 812.

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

O entendimento acima exposto revela uma visão do Direito Administrativo, sedimentado sobre um regime jurídico próprio, consistente no regime jurídico-administrativo, pautado em dois princípios elementares: da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração, os quais seriam pedras angulares do Direito Administrativo.⁴⁰⁰ O mesmo autor, adiante, ensina que a supremacia do interesse público “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando prevalência sobre o particular”⁴⁰¹. Por sua vez, o princípio da indisponibilidade seria decorrência do princípio anterior, e por ele a “Administração Pública não pode dispor de interesse geral da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela”, pois o titular seria o Estado⁴⁰². Por este ponto de vista, a adoção da arbitragem pela Administração Pública seria inviabilizada eis que “toda atuação da Administração revela manifestação de interesse público não disponível”⁴⁰³.

Em que pese a ponderação supra, abalizada doutrina de igual renome afirma que esse posicionamento não tem mais sustentação. Nesse sentido se manifesta o Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau quando menciona que o preconceito em relação à arbitragem com a Administração Pública está “vinculado ao erro comum de associar a ideia de indisponibilidade a tudo que diga respeito, direta ou indiretamente, ao Estado”⁴⁰⁴. Ressalte-se, como bem lembrado por Carlos Alberto Carmona, que “não se pode confundir disponibilidade ou

⁴⁰⁰MELLO, 2014, p. 57.

⁴⁰¹Ibid., p. 70.

⁴⁰²Ibid., p. 110.

⁴⁰³NOGUEIRA, 2011, p. 3.

⁴⁰⁴GRAU, Eros. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 3, n. 2, jul./dez. 2002. p. 50.

indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”⁴⁰⁵.

Com efeito, a disponibilidade referida no artigo 1º da Lei Federal nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) pode ser analisada sob dois ângulos distintos: a) primeiramente trata da possibilidade ou não de submeter a controvérsia à justiça estatal; e b) é possível ainda a análise sob um segundo ponto de vista, este relacionado com a possibilidade ou não de renunciar ao direito material objeto do litígio e das competências públicas⁴⁰⁶.

Quanto ao primeiro enfoque, “no direito nacional, reconhece-se a facultatividade da arbitragem, que há de ser voluntária”⁴⁰⁷. Ou seja, a submissão de determinada controvérsia ao juízo arbitral não é obrigatória, mas depende sempre da aquiescência dos envolvidos, que optam por renunciar à jurisdição estatal. Sobre esse aspecto, reitere-se o acima mencionado no sentido de que o Supremo Tribunal Federal já firmou posição entendendo que a Lei de Arbitragem não afronta a garantia de acesso ao Poder Judiciário contida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, justamente em razão da utilização do juízo arbitral não ser compulsório.

Acima foi mencionado que o uso da arbitragem possui restrições referentes às matérias discriminadas no artigo 852 do Código Civil, e que consistem nas “questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.” Nessas situações, há uma imposição legal para a intervenção do Poder Judiciário. Afora essas exceções, inexistente “regra geral no sentido de que seja imprescindível a intervenção do Poder Judiciário”⁴⁰⁸. Conforme afirmado por Eduardo Talamini, nas hipóteses acima “a ação judicial é necessária; o processo judicial é indispensável”⁴⁰⁹, de forma que apenas uma sentença judicial poderá produzir o resultado devido. Esse raciocínio é perfeitamente aplicável para as relações envolvendo a Administração Pública, tanto que o mesmo autor chega a

⁴⁰⁵CARMONA, 2009, p. 50.

⁴⁰⁶KLEIN, 2010, p. 71-73

⁴⁰⁷Ibid., p. 68. No direito estrangeiro, existem situações de arbitragem necessária ou obrigatória, como, por exemplo, o Decreto-Lei nº 259 de 25/09/2009, de Portugal, o qual determina que os litígios que versem sobre o estabelecimento de “serviços mínimos durante a greve” devem ser dirimidos obrigatoriamente por arbitragem.

⁴⁰⁸KLEIN, op. cit., p. 73.

⁴⁰⁹TALAMINI, 2007, p. 412.

afirmar a existência de um “princípio geral da não necessidade da intervenção jurisdicional nas relações de direito público”⁴¹⁰.

Dessa forma, pela arbitragem, a Administração Pública estará tão somente exercendo uma faculdade prevista na legislação pátria, pela qual abdicará de submeter determinada questão controversa ao crivo do Poder Judiciário, para vê-la submetida ao juízo arbitral. Mencione-se também que o simples fato de a Administração Pública optar pelo juízo arbitral não lhe acarreta prejuízos de qualquer natureza. Consoante já sustentado, o juízo arbitral está muito próximo do processo estatal, de modo que é possível “abrigá-lo sob o manto do direito processual constitucional, o que importa em considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçadas pela Constituição da República aos institutos processuais”⁴¹¹ e, por conta disto, reitere-se que são asseguradas aos litigantes idênticas garantias dos processos judiciais, entre elas o contraditório e ampla defesa, o devido processo legal e motivação das decisões⁴¹².

Assim, a utilização da arbitragem pela Administração Pública seria mais apropriada e até louvável ante a morosidade do Poder Judiciário e também em função do princípio da eficiência administrativa, sem olvidar da garantia do direito fundamental à razoável duração do processo.

O segundo enfoque que se pode extrair do requisito da “disponibilidade” envolve a discussão acerca da possibilidade de renúncia ao direito material, objeto do litígio e das competências públicas. Em geral, sustenta-se a impossibilidade da Administração Pública se utilizar da arbitragem, na medida em que ela não poderia se despir ou abrir mão de suas prerrogativas. Isto porque tudo que diga respeito à Administração Pública seria indisponível. Como bem observado por Aline Lícia Klein, “invoca-se a inalienabilidade do domínio público, do poder fiscal, do poder de polícia, do poder regulamentar e do poder de exercício da função pública em geral como impeditivos de renúncias a esse respeito”⁴¹³.

Todavia, os argumentos são inteiramente equivocados, na medida em que o simples fato de optar pelo juízo arbitral para solução de conflitos da Administração Pública não importa necessariamente em renúncia dos direitos envolvidos na disputa e tampouco significa abrir mão de suas competências.

⁴¹⁰TALAMINI, 2007, p. 411.

⁴¹¹DINAMARCO, 2013a, p. 39.

⁴¹²KLEIN, 2010, p. 72.

⁴¹³KLEIN, loc. cit.

Ao abordar a matéria referente ao interesse público, Marçal Justen Filho alerta que é muito difícil estabelecer seu conceito⁴¹⁴, porém é certo que o interesse público não se confunde com o interesse do aparato administrativo, nem tampouco do agente público, para ao final concluir ser impossível se reconhecer um único interesse público⁴¹⁵. Selma Lemes lembra que “o princípio da supremacia do interesse público não é disposto de cima para baixo, mas em mão inversa, e objetiva proteger os interesses dos administrados, conforme estabelecem os novos paradigmas do Direito Administrativo Contemporâneo⁴¹⁶. Registre-se também a obtusa e pertinente observação de Marçal Justen Filho no sentido de que “o Estado não existe contra o particular, mas para o particular”⁴¹⁷.

Efetivamente, o conceito de interesse público no contexto do Estado de direito democrático está em processo de redefinição teórica, com uma “clara flexibilização do rigor do princípio da indisponibilidade do interesse público na versão da doutrina clássica”⁴¹⁸. Como consequência, “rompe-se com a visão estreita da relação de verticalidade entre a Administração Pública e os particulares de modo a acolher a existência de relações jurídicas horizontais”⁴¹⁹. Como já exposto, o Estado constitucional cooperativo busca uma maior aproximação com a sociedade, o que importa na mudança do perfil da Administração Pública, cuja atuação deve ser pautada pela consensualidade e não mais pela imperatividade.

Segundo lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a superação do problema da compatibilização entre a definição do interesse público e o exercício da administração consensualizada se deu com a chamada teoria do duplo grau, que distingue categorias ou níveis de exercício do poder. Por essa teoria, cabe à esfera do público a decisão primária de poder e à esfera do privado a decisão secundária de poder. A partir desta ideia pode-se distinguir a manifestação da vontade administrativa dotada de um poder estatal primário, que seria absoluto, inegociável e inflexível, e outra secundária, caracterizada por ser relativa, negociável e flexível⁴²⁰.

É bem verdade que no cumprimento de suas atribuições a Administração Pública executa atos de império, mas também “atua fora de suas condições de

⁴¹⁴ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 39.

⁴¹⁵ Ibid., p. 38-39.

⁴¹⁶ LEMES, 2007, p. 126.

⁴¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 61.

⁴¹⁸ NOGUEIRA, 2011, p. 6.

⁴¹⁹ NOGUEIRA, loc. cit.

⁴²⁰ MOREIRA NETO, 2003, p.139.

entidade pública, praticando atos de natureza privada”⁴²¹. Sobre a matéria Selma Lemes ensina que “para esclarecer o campo de aplicação da arbitragem nas questões afetas à Administração, a distinção entre atos de império, que são indisponíveis e os atos de gestão, em que se encontra ampla margem para a utilização da arbitragem”⁴²². Observa-se então que existe um amplo espectro de atuação da Administração Pública em que a indisponibilidade do interesse público não se aplica, inexistindo, portanto, restrição ao uso do juízo arbitral.

Por conta disto, a invocação genérica da indisponibilidade do interesse público não pode ser utilizada como fundamento para impedir o uso do juízo arbitral pelo Poder Público, conforme, aliás, bem se vê na lúcida posição de Odete Medauar:

Não se mostra adequado invocar tal princípio como impedimento à realização de acordos, à utilização de práticas consensuais e da arbitragem pela Administração. Na verdade, o interesse público realiza-se plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional⁴²³.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho afirma que “reputa viável a pactuação de cláusula compromissória nos contratos administrativos, na medida em que a indisponibilidade dos interesses tutelados pelo Estado não significa a indisponibilidade dos direitos titularizados pela Administração”⁴²⁴.

Deixe-se claro assim que a opção de submeter determinada controvérsia ao juízo arbitral não implica na conclusão de que a Administração Pública tenha renunciado ao direito material objeto do litígio, nem tampouco que tenha disposto indevidamente de um direito⁴²⁵. E mais, Eros Roberto Grau é taxativo ao afirmar que “não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público”⁴²⁶. Por esse instrumento se “está apenas permitindo que a regularidade de seus atos seja

⁴²¹CARMONA, 2009, p. 45.

⁴²²LEMES, 2007, p. 132.

⁴²³MEDAUAR, 2015, p. 163

⁴²⁴JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005b. p. 539.

⁴²⁵KLEIN, 2010, p. 71.

⁴²⁶GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação da cláusula compromissória. In: WALD, Arnold. (Coord.). **Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, out./dez. 2002, p. 398.

verificada por juízo arbitral”⁴²⁷ e nada mais, o que também é atestado por Paulo Osternack Amaral:

A opção da via arbitral não significa a abdicação, transferência ou transação acerca desses serviços. Tampouco representa que a Administração estará abrindo mão de alguma posição jurídica ou dispondo do interesse público. Trata-se apenas da submissão a uma via diversa do Poder Judiciário (no caso, a via arbitral) de um litígio que ostente as características da patrimonialidade e disponibilidade.⁴²⁸

No mesmo sentido, cite-se lição de Adilson de Abreu Dallari:

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público.⁴²⁹

Resta ainda a análise de um último requisito, consistente na patrimonialidade. Como consta expressamente no artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), os direitos objetos da controvérsia, além de disponíveis, devem possuir caráter patrimonial. O artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) “diz respeito não só ao valor econômico de que se revista o objeto do litígio, mas também ao conteúdo monetário que a reparação, compensação ou neutralização do inadimplemento possa ensejar”⁴³⁰.

Neste aspecto, faça-se a ressalva no sentido de que existem bens patrimoniais em relação aos quais o Estado não possui poder de disposição, como os bens de uso comum ou de uso especial; assim, apenas alguns bens da Administração Pública é que podem ser submetidos ao juízo arbitral, quais sejam, os “bens dominicais ou disponíveis para alienação”⁴³¹. Porém, “não há uma correlação necessária entre disponibilidade e patrimonialidade do bem”⁴³².

⁴²⁷KLEIN, 2010, p. 75.

⁴²⁸AMARAL, 2012, p. 57.

⁴²⁹DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de informação legislativa**, v. 32, n. 128, p. 63-67, out./dez. 1995. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176408/000506871.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 1º ago. 2015.

⁴³⁰AMARAL, op. cit., p. 75.

⁴³¹KLEIN, op. cit., p. 77.

⁴³²AMARAL, op. cit., p. 75.

Saliente-se que existem ainda outros questionamentos acerca da pretensa inviabilidade da Administração Pública se utilizar do juízo arbitral, porém, todos eles igualmente desprovidos de fundamento e cuja abordagem se afigura desnecessária frente à posição favorável do Supremo Tribunal Federal sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública, conforme já abordado.

Carlos Alberto Carmona diz que a decisão do Supremo Tribunal Federal⁴³³ admitindo a possibilidade de a União Federal submeter-se a juízo arbitral foi assentada em dois fundamentos: primeiro, na tradição, eis que já há vários anos é admitida a arbitragem nas causas que envolvem a Fazenda, e segundo, na autonomia contratual do Estado, que só poderia ser negada se este agisse como Poder Público⁴³⁴.

Por fim, mais recentemente, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça já tiveram a oportunidade de se pronunciar novamente sobre o assunto, fazendo-o de maneira positiva, como apontado por César A. Guimarães Pereira:

A jurisprudência nacional tem também adotado uma orientação firme no sentido da admissibilidade da arbitragem para a solução de litígios relativos à matéria administrativa. Já há várias décadas, o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou o cabimento da arbitragem envolvendo a Administração no clássico “caso Lage”. Ao longo dos anos de 2005 a 2007, o STJ teve oportunidade de reafirmar esse entendimento em três ocasiões⁴³⁵.

Além disso, a possibilidade da arbitragem ser utilizada pela Administração Pública já é prevista em várias leis há vários anos, conforme segue: a) Lei Federal nº 5.662, de 21 de junho de 1971, que enquadrou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, em seu

⁴³³Cf. Caso Lage: Agravo de Instrumento nº 52.181, originário do Estado da Guanabara. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Henrique Lage e outros. Tribunal Pleno Supremo Tribunal Federal, juntado em 14/11/1973. Relator: Ministro BILAC PINTO. Ementa: Incorporação de bens e direitos das empresas Organização Lage e do Espólio de Henrique Lage. Juízo Arbitral. Cláusula de Irrecorribilidade. Juros de Mora. Correção Monetária. 1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. 3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei 4.414, de 1964. 4. Correção monetária concedida, pelo Tribunal a quo, a partir da publicação da Lei 4.6868, de 21.06.65. Decisão correta.

⁴³⁴CARMONA, 2009, p. 45.

⁴³⁵PEREIRA; TALAMINI, 2010, p. 8-9.

artigo 5º, parágrafo único⁴³⁶; b) Decreto-Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974, que autoriza o Poder Executivo a dar a garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos obtidos no exterior, bem como a contratar créditos em moeda estrangeira nos limites que especifica, consolida inteiramente a legislação em vigor sobre a matéria e dá outras providências⁴³⁷; c) Lei Federal nº 8.693, de 3 de agosto de 1993, que dispõe sobre a descentralização dos serviços de transporte ferroviário coletivo de passageiros, urbano e suburbano, da União para os Estados e Municípios, e dá outras providências⁴³⁸; d) Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências⁴³⁹; e) Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei das Telecomunicações), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995⁴⁴⁰; f) Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho

⁴³⁶Cf. Lei Federal nº 5.662/1971: Artigo 5º. A empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) poderá efetuar todas as operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional, nos setores e com as limitações consignadas no seu Orçamento de Investimentos, observado o disposto no artigo 189 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Parágrafo único. As operações referidas neste artigo poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que fica a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES autorizada a constituir subsidiárias no exterior e a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas a de arbitramento. (Redação dada pela Lei nº 11.786, de 2008).

⁴³⁷Cf. Decreto Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974: Artigo 11. O Tesouro Nacional contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos. Parágrafo único. Observadas as normas legais e regulamentares em vigor relativamente ao endividamento externo do País, o Banco do Brasil S.A., por intermédio de suas agências no exterior, poderá participar como financiador das operações de crédito a que se refere este Decreto-lei (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.336, de 1974).

⁴³⁸Cf. Lei Federal nº 8.693, de 3 de Agosto de 1993: Artigo 1º. A Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA) e a Rede Federal de Armazéns Gerais Ferroviários S.A. (Agef) transferirão à União, atendidas as condições previstas nesta lei, a totalidade das ações de sua propriedade no capital da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) e da Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A. (Trensurb). [...] § 8º Nos aditivos a contratos de crédito externo constará, obrigatoriamente, cláusula excluindo a jurisdição de tribunais estrangeiros, admitida apenas a submissão de eventuais dúvidas e controvérsias delas decorrentes à justiça brasileira ou a arbitragem, nos termos do artigo 11 do Decreto-Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974.

⁴³⁹Cf. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Artigo 23-A. 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 nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

⁴⁴⁰Cf. Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Artigo 93. O contrato de concessão indicará: [...] XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências⁴⁴¹; g) Lei Federal nº 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica⁴⁴²; h) Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas – PPP), que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública⁴⁴³.

É importante ainda citar o pioneirismo da Administração Pública Federal que, por intermédio da Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, criou a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, a qual tem competência para solução de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da esfera federal, por meio de conciliação e arbitragem. Posteriormente, pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, houve ampliação da competência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF⁴⁴⁴, sendo possível o uso da arbitragem para dirimir conflitos entre a União Federal e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme disposto no inciso III do artigo 18⁴⁴⁵.

⁴⁴¹Cf. Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Artigo 43. 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.

⁴⁴²Cf. Lei Federal nº 10.848, de 15 de março de 2004. Artigo 4º. Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. [...] § 6º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

⁴⁴³Cf. Lei Federal nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004. Artigo 11. 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 artigo 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

⁴⁴⁴Vide Cartilha da CCAF. Disponível em:

<<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80350&id-site=1104>>. Acesso em: 1º dez. 2015.

⁴⁴⁵Cf. Decreto nº 7392, de 13/12/2010: Artigo 18. À Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete: I – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; II – requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação; III – dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios” Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217569>. Acesso em: 1º dez. 2015.

Assim, os defensores da impossibilidade da utilização do juízo arbitral pelo Poder Público fundamentam seus argumentos em premissas equivocadas, já superadas, de modo que Cândido Rangel Dinamarco é enfático ao afirmar que “estão definitivamente desautorizadas na doutrina e pelos tribunais brasileiros as radicais resistências à admissibilidade, em tese, da arbitragem envolvendo órgãos estatais em geral”⁴⁴⁶.

Dessa forma, hoje se tem a clara “percepção de que o direito brasileiro já superou o momento inicial de mera afirmação do cabimento da arbitragem em litígios de que participam integrantes da Administração Pública”⁴⁴⁷. Os mesmos autores arrematam dizendo que “as questões centrais agora são outras: como se implementa a solução arbitral nesses casos? Quais as peculiaridades envolvidas? Que limites específicos devem ser reconhecidos? Quais os avanços ainda necessários?”⁴⁴⁸. Apesar da literalidade da norma, certamente a celeuma acerca da matéria ainda irá continuar por um tempo, até que se assente na doutrina e na jurisprudência os contornos acerca da concepção do que possa se enquadrar dentro da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, bem como responder aos questionamentos acima formulados.

4.3 VANTAGENS DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A totalidade dos autores que se dedicam ao estudo do tema vislumbram no uso da arbitragem inúmeras vantagens em comparação à justiça Estatal. Porém, há quase duas décadas atrás Joel Dias Figueira Júnior já fazia o alerta no sentido de que “não podemos ser ingênuos em acreditar que a Lei 9.307/96 trouxe a redenção para os complexos problemas que afligem o jurisdicionado brasileiro”⁴⁴⁹. De fato, os dados contidos no relatório Justiça em Números acima mencionado revelam que, no Brasil, há uma nítida e indiscutível preferência pelo método tradicional de solução de controvérsias, em especial pela Administração Pública. Muito embora comece a haver um incremento no uso da arbitragem, isto tem se dado de forma muito lenta. Caso se coloque a Administração Pública nesta equação, a situação é ainda pior,

⁴⁴⁶DINAMARCO, 2013a, p. 87.

⁴⁴⁷PEREIRA; TALAMINI, 2010, p. 7.

⁴⁴⁸PEREIRA; TALAMINI, loc. cit.

⁴⁴⁹FIGUEIRA JUNIOR, 1997, p. 48.

pois o uso da arbitragem é praticamente inexistente. Nos quase 20 anos de vigência da Lei de Arbitragem, o Poder Público pouco fez uso do instituto, fato este que chega a ser curioso, pois tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal, em uníssono e em reiteradas vezes, reafirmaram a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral. Entretanto, está fora do âmbito desta pesquisa perquirir as causas desta preferência pela opção ao Poder Judiciário, o que não impede a argumentação no sentido de demonstrar os equívocos da escolha.

Com efeito, a prestação da tutela pelo juízo arbitral é nitidamente vantajosa às partes envolvidas, caso comparada com a prestação da tutela a encargo do Estado-juiz.⁴⁵⁰ As vantagens apontadas pela quase unanimidade dos autores que se dedicam ao tema são as seguintes: a) escolha dos árbitros pelas partes; b) escolha da legislação aplicável e do julgamento por equidade; c) flexibilidade do processo arbitral; d) celeridade do procedimento; e) efeitos da sentença arbitral; f) questão da confidencialidade; e g) custo da arbitragem⁴⁵¹. Carlos Alberto Carmona menciona que a “rapidez, a economia e o segredo”⁴⁵² são apregoadas como as vantagens clássicas da arbitragem mas, a seu ver, o que realmente leva as partes optarem pelo processo arbitral consiste em: “ausência de fórmulas solenes, possibilidade de julgar por equidade ou de escolher livremente a lei a ser aplicada e ainda a neutralidade dos árbitros na solução dos litígios envolvendo as partes de nacionalidades diferentes, além da especialização técnica dos julgadores”⁴⁵³. Acrescente-se ainda em favor do processo arbitral o menor grau de agressividade ou beligerância esperada das partes, pois estão vinculadas por dever de boa-fé, ou de lealdade processual, de maior intensidade em comparação ao processo estatal⁴⁵⁴.

Entretanto, é importante ressaltar que algumas das vantagens elencadas acima não se aplicam para a Administração Pública, o que se dá em função de restrições legislativas, como segue pontuado.

⁴⁵⁰Carlos Alberto Carmona ressalva que a substituição da atividade jurisdicional do Estado pelo uso da arbitragem nem sempre é vantajosa. Como exemplo o Autor cita a solução de litígios que envolvam valores de pouca monta, pois o juízo arbitral é desproporcionalmente mais oneroso, ou que envolvam matéria de pouca complexidade, para os quais o Poder Judiciário está aparelhado adequadamente, fato este que explicaria o fracasso da arbitragem nos Juizados Especiais. (CARMONA, 1993, p. 16.)

⁴⁵¹AMARAL, 2012, p. 35-52.

⁴⁵²CARMONA, op. cit, p. 71-72.

⁴⁵³Ibid., p. 73.

⁴⁵⁴DINAMARCO, 2013a, p. 32.

Inicialmente, há restrição à possibilidade de julgamento por equidade quando a Administração Pública figura como uma das partes da arbitragem. A Lei de Arbitragem⁴⁵⁵ prevê a possibilidade de as partes “escolherem as regras que serão aplicadas para resolver o seu litígio”⁴⁵⁶, podendo livremente “definir se a decisão arbitral será fundada em equidade ou em direito e, neste último caso, quais as regras (nacional ou estrangeira) que irão nortear o julgamento dos árbitros”⁴⁵⁷. O parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Arbitragem estabelece como limite a impossibilidade, até óbvia, de que não “haja violação aos bons costumes e à ordem pública” e também com os “princípios informadores do processo arbitral”⁴⁵⁸. Essa liberdade de escolha das regras que servirão de base para a decisão tem inúmeras repercussões, pois permite ao árbitro “julgar litígios comerciais sem se vincular a um ordenamento jurídico, fazendo incidir o que se convencionou denominar de *lex mercatória*”⁴⁵⁹ e, no julgamento por equidade, o árbitro decidir conforme lhe pareça justo, inclusive decidindo “em sentido diverso daquele indicado no direito positivo”⁴⁶⁰. Registre-se que na jurisdição estatal é possível o magistrado “recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”⁴⁶¹ e também “por equidade nos casos previstos em lei”⁴⁶², conforme disposto respectivamente nos artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil. Entretanto, o julgamento nessas hipóteses se constitui sempre em exceções, que são utilizadas ante a existência da ausência de disposição expressa na lei, pois no “sistema brasileiro o critério de prevalência é o da aplicação das normas legais”⁴⁶³. Note-se que, em comparação com o processo

⁴⁵⁵Cf. Artigo 2º e §§ da Lei 9.307/1996 – Lei de Arbitragem: Artigo 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

⁴⁵⁶AMARAL, 2012, p. 40.

⁴⁵⁷FIGUEIRA JUNIOR, 1997, p. 50.

⁴⁵⁸AMARAL, op. cit., p. 40.

⁴⁵⁹Ibid., p. 42. “*Lex Mercatória*” é o “conjunto de regras emanadas de entidades particulares, organismos internacionais, ou de origem convencional, de natureza ‘quase-legal’, que atua desvinculado das jurisdições específicas ou de sistemas legais de qualquer país”. STRENGER, Irineu. **Direito do comércio internacional e *lex mercatória***. São Paulo: LTr, 1996. p. 145.

⁴⁶⁰AMARAL, op. cit., p. 42.

⁴⁶¹Cf. Artigo 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

⁴⁶²Cf. Artigo 127 do Código de Processo Civil: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

⁴⁶³SANTOS, 2006, p. 182.

estatal há uma clara e enorme amplitude das regras que servirão de base para o julgamento da controvérsia, o que maximiza as possibilidades de critérios para a solução do litígio, eis que o árbitro não fica restrito a um determinado conjunto de regras.

Todavia, especificamente com relação à Administração Pública, as vantagens acima enunciadas são inaplicáveis, pois por imposição normativa, contida no parágrafo 3º do artigo 2º da Lei de Arbitragem, “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito”⁴⁶⁴. Ressalte-se que antes mesmo da disposição normativa expressa, a doutrina já apontava ser inaplicável o uso da equidade para arbitragens que envolvessem a Administração Pública, ao teor do princípio da observância da estrita legalidade prevista no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Há também restrição a que a arbitragem que envolva a Administração Pública seja confidencial. No juízo arbitral podem as partes estabelecerem a “discrição e o sigilo dos atos processuais e do julgamento”⁴⁶⁵, o que se dá de modo a proteger informações que os litigantes não desejem ver expostas em razão do conflito. A confidencialidade na arbitragem é regra, sendo prevista nos regulamentos das principais Câmaras de Arbitragem⁴⁶⁶, porém podem as partes pactuar a inexistência do sigilo. Já no processo estatal a regra é o da publicidade de todos os seus atos. Paulo Osternak do Amaral lembra que na hipótese de ser impugnado o teor de convenção de arbitragem ou de sentença arbitral perante o Poder Judiciário, a confidencialidade estabelecida entre as partes cede à regra geral do processo estatal, podendo as partes expressamente pleitear o trâmite em segredo de justiça, que será avaliado pelo juiz⁴⁶⁷.

Para a arbitragem que envolva a Administração Pública, a confidencialidade é vedada igualmente pelo parágrafo 3º do artigo 2º da Lei de Arbitragem que, em sua parte final, preconiza o respeito ao “princípio da publicidade”, que está estampado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal⁴⁶⁸. O sigilo só é admitido para situação que seja “imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado”

⁴⁶⁴A ressalva contida no parágrafo 3º do artigo 2º da Lei 9.307/1996 foi introduzida pela Lei 13.129/2015.

⁴⁶⁵FIGUEIRA JUNIOR, 1997, p. 50.

⁴⁶⁶CCI – artigo 6, do apêndice I – ARBITAC.

⁴⁶⁷AMARAL, 2012, p. 49-50.

⁴⁶⁸Cf. Constituição Federal, artigo 37.

consoante regra do artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal⁴⁶⁹, hipóteses estas que, de qualquer sorte, sequer admitiriam ser objeto de arbitramento. O princípio da publicidade consagra “o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos”⁴⁷⁰, de modo a tornar a atividade administrativa conhecida de todos. A matéria é ainda regulada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, denominada “Lei da Informação”, que igualmente assegura o direito de acesso a informações de qualquer ente governamental.

Faça-se a necessária observação no sentido de que há casos em que a própria Lei de Informação admite o sigilo, o que se dá em situações reputadas pela legislação como imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado.⁴⁷¹ Nesta hipótese, como exceção, seria possível se adotar o sigilo em arbitragem envolvendo o Poder Público. Como exemplo, cite-se eventual controvérsia referente a uma “licitação envolvendo compra de armas ou setores estratégicos da economia, em que o Estado atua como ator/concorrente internacional”⁴⁷².

Igualmente necessário um parêntese relacionado com as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, as quais consistem basicamente em regras diferenciadas que lhe asseguram tratamento processual especial “a fim de atender à sua situação no processo, que se revela diferente da situação dos particulares ou das empresas privadas”⁴⁷³. Isto se dá “com vistas a alcançar equilíbrio e adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às demais”⁴⁷⁴, de forma a assegurar tratamento processual isonômico entre as partes, conforme previsto no artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil⁴⁷⁵.

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública estão previstas em vários dispositivos contidos no Código de Processo Civil, sendo os mais importantes os prazos dilatados para contestar e recorrer, a desnecessidade de adiantar despesas

⁴⁶⁹Cf. Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXIII.

⁴⁷⁰MELLO, 2014, p. 117.

⁴⁷¹Cf. A matéria é tratada pelos artigos 23 a 26 da Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

⁴⁷²VITA, Jonathan Barros. Arbitragem e sigilo: análise estrutural e consequências jurídicas de sua quebra. In: MOTTA PINTO, Ana Luiza Baccarat da; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. (Coord.). **Arbitragem nacional e internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 61.

⁴⁷³CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.31.

⁴⁷⁴CUNHA, loc. cit.

⁴⁷⁵Cf. Código de Processo Civil: Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

processuais, o duplo grau de jurisdição obrigatório e pagamento de condenação de valor mediante precatório, entre outros.

Ao optar pelo juízo arbitral, a Administração Pública abre mão da maioria dessas prerrogativas, eis que elas “não se aplicam ao processo arbitral”⁴⁷⁶ ante a inexistência de previsão legal nesse sentido. Diversamente do que ocorre no Código de Processo Civil, a Lei de Arbitragem não contempla qualquer tratamento especial ou diferenciado para a Fazenda Pública, que no procedimento arbitral concorre em iguais condições processuais com os demais litigantes. Todavia, essa circunstância desfavorável à Fazenda Pública, ao contrário do que possa aparentar, não lhe acarreta qualquer prejuízo processual. Como restará adiante demonstrado no procedimento arbitral, as prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública são desnecessárias.

Não obstante essas limitações, ainda assim as demais vantagens antes listadas são consistentes e justificam plenamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública.

Como primeira vantagem tem-se a possibilidade de as partes litigantes escolherem o árbitro⁴⁷⁷ ou os árbitros. Existe também a possibilidade de as partes indicarem mais de um árbitro, sem que haja restrição de número, sendo que a única exigência normativa neste aspecto é que sejam nomeados em número ímpar. Todavia, o usual é a nomeação de apenas um ou, no máximo, de três árbitros. Mencione-se que a Lei de Arbitragem exige que o árbitro seja pessoa capaz e que goze da confiança das partes, não precisando necessariamente ter formação jurídica. O árbitro deve julgar o conflito com imparcialidade e independência, de modo a garantir um julgamento justo e adequado ao caso concreto⁴⁷⁸.

A indicação dos árbitros pelas partes relaciona-se com a técnica dos julgamentos⁴⁷⁹, eis que se permite a eleição de profissionais que detenham conhecimentos específicos acerca da matéria envolvida no litígio. Os “julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso e, via de regra, do mais quilate científico e respeitabilidade”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶AMARAL, Paulo Osternak. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 343.

⁴⁷⁷Cf. A escolha do árbitro é regulada no Artigo 13, par. 3º da Lei de Arbitragem.

⁴⁷⁸AMARAL, 2012, p. 38.

⁴⁷⁹AMARAL, loc. cit.

⁴⁸⁰FIGUEIRA JUNIOR, 1997, p. 50.

No Poder Judiciário, em face do princípio do juiz natural, todas as causas são distribuídas para um juiz escolhido aleatoriamente, o qual muitas das vezes não tem conhecimento ou familiaridade com a matéria a ser por ele julgada, situação que possibilita decisões que se apresentem equivocadas. Não raras vezes, os conflitos que envolvem a Administração Pública são de grande complexidade, sendo que a discussão em juízo demanda a nomeação de peritos que fornecem subsídios ao magistrado de modo a permitir o julgamento da questão. Desse modo, com a escolha de um árbitro que tenha conhecimento aprofundado sobre a matéria objeto da controvérsia, as partes têm enormes ganhos em termos de qualidade na apreciação e julgamento da causa.

Comente-se ainda que existe uma natural preocupação com a isenção do árbitro, que não goza das mesmas prerrogativas de um juiz togado. No entanto a preocupação é injustificável, pois o artigo 17⁴⁸¹ da Lei de Arbitragem equipara o árbitro a funcionários públicos para fins penais, o que se dá em razão de sua função ser substancialmente igual a função do juiz quando profere uma sentença arbitral⁴⁸². Ainda assim, acaso se constate algum desvio de conduta que macule a imparcialidade do árbitro, é possível seu afastamento, consoante norma do artigo 14 da Lei de Arbitragem.

Sobre esse aspecto, registre-se também que “uma conduta inadequada do árbitro é suficiente para abalar a sua imagem num mercado em que sua credibilidade e seriedade são atributos tão prezados quando a sua qualidade técnica”⁴⁸³, de modo que o zelo pelo bom nome e pela qualidade das decisões são instrumentos que estimulam e permitem a conduta proba dos árbitros.

Além do mais, é oportuno afirmar que o processo arbitral que envolva a Administração Pública, desde o seu início até o final, está sujeito aos controles internos e externos⁴⁸⁴. Efetivamente, submetem-se ao controle interno todos os atos administrativos que sejam praticados desde a inserção de uma cláusula compromissória em determinado contrato a ser firmado com a Administração Pública ou, quando diante de uma lide já instaurada, estabeleça-se um compromisso arbitral.

⁴⁸¹Cf. Lei de Arbitragem: Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

⁴⁸²CARMONA, 2009, p. 22-23.

⁴⁸³AMARAL, 2012, p. 38.

⁴⁸⁴Odete Medauar esclarece quando o agente controlador integra a própria Administração, está-se diante de um controle interno e, caso o controle seja efetuado por órgão, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração, qualifica-se como controle externo, o que pode se dar por instituições políticas, técnicas e jurídicas. (MEDAUAR, 2015, p. 442.)

Da mesma forma, ao final do procedimento, sujeitam-se ao controle interno aqueles atos destinados ao cumprimento da decisão arbitral. Isto porque é por meio dos controles internos que se assegura o “cumprimento do princípio da legalidade, à observância dos preceitos da boa administração, a estimular a ação dos órgãos, a verificar a conveniência e a oportunidade das medidas e decisões no atendimento do interesse público”⁴⁸⁵.

O mesmo se diga sobre os controles externos, que atingem indistintamente todo o processo arbitral em que tenha como uma das partes a Administração Pública. Sobre o controle externo, é crucial tecer alguns esclarecimentos sobre o controle feito pelo Poder Judiciário. Após a Constituição Federal de 1988, a legalidade passou a ser considerada em bases mais amplas, de modo que está sujeito ao controle jurisdicional dos antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levam a tomada da decisão, isto é o motivo do ato. Da mesma forma, tem-se o entendimento de ser possível o controle finalístico do ato⁴⁸⁶.

A seguir, aponte-se a vantagem decorrente da flexibilidade do processo arbitral, pela qual as partes podem estabelecer procedimentos mais consentâneos com a natureza da causa, criando um procedimento especial para o caso ou optar pelo procedimento de um órgão arbitral institucional. Assim, ao contrário do processo judicial, na arbitragem, a regra é a disponibilidade do procedimento⁴⁸⁷.

Como já assinalado, nos últimos anos os processualistas têm buscado novos meios para solução de conflitos, de modo a ensejar maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional. Para tanto, um dos caminhos apontados é a ruptura com o formalismo processual. A desformalização é uma tendência quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade⁴⁸⁸.

Joel Dias Figueira Júnior sustenta que a possibilidade das partes ou do árbitro definirem o procedimento permite uma “perfeita sintonia entre a tutela pretendida e o instrumento oferecido, o qual, via de regra, prima pelo princípio da oralidade”⁴⁸⁹. Assim, podem as partes, de comum acordo, estabelecer quais provas serão produzidas, estabelecer prazos específicos para a prática de atos, realizar audiências em locais diversos, tudo visando ao bom andamento do processo arbitral.

⁴⁸⁵MEDAUAR, 2015, p. 443.

⁴⁸⁶Ibid., p. 462.

⁴⁸⁷AMARAL, 2012, p. 43.

⁴⁸⁸GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 10.

⁴⁸⁹FIGUEIRA JUNIOR, 1997, p. 50.

A Lei de Arbitragem regula a matéria da flexibilidade do procedimento em seu artigo 21⁴⁹⁰, dando três opções às partes que, primeiro, podem estabelecer um procedimento próprio para dirimir o conflito; segundo, adotarem a regra de uma determinada Câmara Arbitral; e, por fim, atribuir ao árbitro ou ao tribunal arbitral a realização desta escolha. Qualquer que seja a opção escolhida, é importante ressaltar que sempre deve ser respeitado “o princípio constitucional do devido processo legal (CF, artigo 5º, LV c/c artigo 21, § 2º da Lei de Arbitragem)”⁴⁹¹, de forma a assegurar às partes um procedimento com garantias de uma decisão justa e fundamentada. Em comparação com a justiça estatal, o procedimento previsto no Código de Processo Civil atual é engessado, possibilitando algumas maleabilidades em casos específicos, geralmente visando a sanear o processo, como por exemplo, a regra do artigo 214, parágrafo 1º, na qual o comparecimento espontâneo supre a citação. Porém, como regra, o procedimento é indisponível.

O Novo Código de Processo Civil, todavia, prevê que as partes podem celebrar “negócio jurídico processual”⁴⁹², conforme teor do artigo 190, que possui a seguinte redação:

Artigo 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Da leitura do dispositivo supratranscrito, percebe-se que o Novo Código de Processo Civil incorporou a ideia de flexibilidade do procedimento que há muito vem sendo adotada pela Lei de Arbitragem, na medida em que a alteração legislativa passará a permitir no processo estatal a “autorregulação entre as partes acerca de aspectos do procedimento judicial”⁴⁹³. Com isso, poderão as partes litigantes, assim como no processo arbitral, adequar o procedimento com vistas a imprimir maior objetividade ao processo. De qualquer sorte, apesar no Novo Código de Processo

⁴⁹⁰Cf. Lei de Arbitragem: Artigo 21. 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.

⁴⁹¹AMARAL, 2012, p. 44.

⁴⁹²WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 351.

⁴⁹³Ibid., p. 353.

Civil também adotar a flexibilidade procedimental, este possui limites mais estreitos que a flexibilidade adotada pelo juízo arbitral. Note-se que no processo arbitral as partes têm plena autonomia para estabelecer o procedimento, inclusive criando um procedimento específico para cada determinado litígio, obviamente respeitado o devido processo legal, enquanto na jurisdição estatal as mudanças podem ocorrer exclusivamente sobre o procedimento previsto na legislação, o que obviamente representa limites à flexibilidade procedimental.

É justamente a flexibilidade procedimental que autoriza a dispensa das prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública. Note-se que no processo estatal os prazos e demais tratamentos diferenciados assegurados na legislação podem ser ajustados consensualmente no procedimento arbitral, de forma a torná-los desnecessários.

Indica-se como terceira vantagem a celeridade processual. A rapidez do processo arbitral se constitui num dos mais relevantes benefícios do juízo arbitral, pois em razão da flexibilidade do procedimento, podem as partes inclusive estabelecer o prazo em que se dará a sentença, ou na ausência de previsão a sentença deverá ser proferida em 6 (seis) meses, como previsto no artigo 23 da Lei de Arbitragem⁴⁹⁴. Basicamente a “arbitragem é mais célere do que o processo judicial por três motivos primordiais: o árbitro tem mais tempo para apreciar a causa e detém conhecimento técnico, além das regras do processo arbitral serem flexíveis⁴⁹⁵. De fato, o árbitro geralmente não atua simultaneamente em muitos processos, permitindo assim mais dedicação para a causa, enquanto é comum os juízes possuírem centenas, às vezes milhares de processos para julgamento. A possibilidade de escolha de árbitro específico que possua determinado conhecimento técnico “permite que casos complexos sejam resolvidos em menor lapso temporal do que seria demandado caso a questão fosse submetida ao Judiciário⁴⁹⁶. Os operadores do direito que atuam em juízo sabem ser comum que no prazo de 6 (seis) meses, por vezes, sequer ocorre a citação do réu, fato que demonstra de forma eloquente a celeridade do processo arbitral.

⁴⁹⁴Cf. Lei de Arbitragem: Artigo 23. A sentença arbitral será proferida no prazo 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.

⁴⁹⁵LEMES, 2007, p. 75-76.

⁴⁹⁶KLEIN, 2010, p. 65.

Vinculado ao tema da celeridade processual, outro elemento que garante enorme agilidade ao processo arbitral refere-se à sentença arbitral e seus efeitos. Primeiro, a sentença arbitral é irrecorrível, a teor do artigo 18 da Lei de Arbitragem⁴⁹⁷. Igualmente irrecorríveis são as decisões interlocutórias proferidas no curso do processo arbitral, o que garante objetividade no enfrentamento do mérito do litígio. No processo estatal, é conhecida a complexidade do sistema recursal do Código de Processo Civil, que prevê grande número de recursos que, via de regra, possui efeito suspensivo, impedindo a eficácia imediata das decisões. Além disso, não é incomum a utilização de vários recursos durante o curso do procedimento, fato que, de consequência, posterga a decisão definitiva por meses ou anos. Por outro lado, a sentença arbitral é “apta a produzir os mesmos efeitos que da sentença judicial (artigo 31 da LA) e a ser imutabilizada pela coisa julgada material”⁴⁹⁸, que possuindo conteúdo condenatório se constitui em título executivo judicial, como prescrito no artigo 475-N, inciso IV do Código de Processo Civil⁴⁹⁹.

O aspecto econômico do processo arbitral, relacionado ao seu custo, afigura-se também como uma das vantagens. Todavia, deve ser analisado caso a caso⁵⁰⁰, pois em determinadas situações, geralmente em questões de menor conteúdo econômico, pode não ser aconselhável sua utilização. Assim, a arbitragem é justificável sob o ponto de vista de seu custo, para questões que possuam conteúdo econômico de maior monta. Nesse ponto é imperioso registrar que algumas Câmaras de Conciliação Mediação e Arbitragem já fazem constar em seus regulamentos um procedimento menos oneroso e mais célere, comumente denominado “Arbitragem Expedita”⁵⁰¹. Nessa modalidade, os custos são menores em razão de que as partes indicam um único árbitro, além de as despesas da Câmara Arbitral serem menores.

Apesar disso, afigura-se oportuna e correta a observação feita por Aline Lícia Klein no sentido de que não se deve levar em consideração apenas o caráter econômico na aferição do custo do procedimento, pois

⁴⁹⁷Cf. Lei de Arbitragem: Artigo 18. 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.

⁴⁹⁸AMARAL, 2012, p. 47.

⁴⁹⁹Cf. Código de Processo Civil, Artigo 475-N, IV.

⁵⁰⁰AMARAL, op. cit., p. 50.

⁵⁰¹Cf. Regulamento de Arbitragem Expedita da CIESP/FIESP. Disponível em: <<http://www.camarae-arbitragem.com.br/index.php/pt-BR/component/content/article?id=66:regulamento-de-arbitragem-expedita&catid=1:principal>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

[...] o resultado de eventual litígio surgido no âmbito da relação contratual não interessa apenas às partes contratantes mas também à população como um todo. Em especial, é passível de afetar os usuários do serviço concedido. Poderá restar comprometida a prestação satisfatória do serviço público.⁵⁰²

Com efeito, a análise estritamente econômica não pode servir de base para afastar a utilização da arbitragem, principalmente em face da Administração Pública, em que por vezes o litígio acarreta direta ou indiretamente o impedimento ou a postergação da concretização de direitos fundamentais sociais.

Pois bem, da lista de vantagens acima elencadas percebe-se que a arbitragem permite solucionar controvérsias fora do aparelho judicial do Estado, mas dentro de um sistema autorregulável, que permite maior celeridade processual, sem abrir mão da segurança jurídica. Com isto, vislumbra-se que a arbitragem se constitui numa ferramenta adequada para o modelo de Estado constitucional cooperativo que, além de demonstrar plena compatibilidade com o princípio da eficiência administrativa é suficiente para justificar e até impor sua utilização e parte da Administração Pública.

Como derradeiro argumento em favor do uso da arbitragem pela Administração Pública, transcreve-se obtuso comentário da lavra de Aline Lícia Klein:

A utilização da arbitragem consiste, ademais, em uma exigência da atual configuração do Estado, vinculada à transformação da Administração Pública. O propósito desta passa a ser, cada vez mais, o de realizar objetivos estabelecidos em conformidade com o aparato legal mas que nem sempre são resultado de uma decisão unilateral autoritária da Administração. Com frequência, trata-se de decisão de que participaram outros entes administrativos e particulares. Objetiva-se a melhor realização do interesse público com o menor sacrifício possível de outros interesses públicos e dos interesses dos particulares envolvidos. Trata-se de decorrência da constatação de que o interesse público resulta da conjugação e ponderação de uma pluralidade de interesses⁵⁰³.

Por fim, há ainda uma última vantagem que o uso da arbitragem pode proporcionar à Administração Pública, a qual decorre na maior disposição das partes na solução da controvérsia. Isto porque o procedimento arbitral é pontuado pela busca do consenso, o que se verifica já na sua formação. Após isto, no curso do procedimento as partes escolhem os árbitros e convencionam como ocorrerá a

⁵⁰²KLEIN, 2010, p. 66-67.

⁵⁰³Ibid., p. 65-66.

prática de atos processuais necessários para o julgamento; percebe-se com isto que o procedimento permite uma maior aproximação das partes, o que possibilita ao final uma maior predisposição para o cumprimento da decisão.

Assim, frente ao que acima se expôs, pode-se concluir que a Lei de Arbitragem abriu novas perspectivas para a Administração Pública quanto à forma de solução de litígios nos quais se envolve e que são mais consentâneas com as exigências do Estado constitucional cooperativo.

5 CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa acima apresentada, ficou evidenciado que nas últimas décadas, com mais ênfase a partir do fim da Segunda Guerra mundial, o chamado “mundo ocidental” vem passando por significativas mudanças que foram e continuam sendo impulsionadas por anseios de libertação das várias formas sociais de subordinação e opressão. Na sua essência, ainda se almeja alcançar os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que foram proclamados a partir das revoluções burguesas. Nesse contexto, a concepção dos direitos fundamentais e, mais recentemente, dos direitos humanos, tem sido de importância ímpar para a humanidade, pois, por meio do reconhecimento e da afirmação desses direitos, consolidam-se os avanços em busca de melhores condições de vida social.

Essas mudanças tiveram e continuam tendo significativa influência na concepção do atual modelo de Estado constitucional, que está lastreado no compromisso com os direitos fundamentais e na obediência ao princípio da soberania popular. Ocorre que a compreensão do atual modelo de Estado constitucional não se esgota com sua análise individualista, pois vivemos num mundo globalizado, no qual há “um diálogo entre nações, bem como das nações com organismos internacionais”⁵⁰⁴; de outro lado, percebe-se ainda que a ordem constitucional mantém um compromisso com o pluralismo e o reconhecimento dos direitos das minorias, de modo que o Estado constitucional da atualidade evidencia a propensão para a abertura, a cooperação e a integração, fato que descortina o despertar de um novo modelo Estatal: o Estado constitucional cooperativo.

A Constituição Federal de 1988 acolheu em seu seio muitos dos elementos do modelo de Estado constitucional cooperativo, fato que se pode objetivamente aferir pela simples leitura de seu preâmbulo, no qual assevera ser um Estado democrático, que respeita os direitos fundamentais e que se constitui numa sociedade fraterna e pluralista, comprometida com a ordem interna e internacional e a solução pacífica dos conflitos.

No Estado constitucional cooperativo o compromisso com os direitos fundamentais é de tamanha importância que a realização e concretização desses direitos primordiais, se constituírem simultaneamente, em elemento de legitimação e

⁵⁰⁴MALISKA, 2013, p. 15.

justificação de sua existência. Dessa maneira, para o Estado constitucional cooperativo são insuficientes compromissos formais dispostos no texto constitucional, porém distanciados da realidade na medida em que a ausência de sua efetividade os transforma em meras propostas, ou listas de boas intenções. Para o Estado constitucional cooperativo, é necessária a efetivação concreta de todos direitos fundamentais estampados na Carta Política de determinada nação, bem como daqueles constantes em tratados internacionais de direitos humanos.

Com efeito, a efetivação dos direitos fundamentais, que consiste na razão e no fim do Estado constitucional cooperativo, se constitui em tarefa que continuamente exige do Poder Público respostas mais céleres e consentâneas com os valores universais que afirmem e consolidem a dignidade da pessoa. Dessa forma, a Administração Pública não pode mais continuar a ter uma postura passiva diante das necessidades da sociedade; tampouco pode sair da inércia somente após a ocorrência de catástrofes, comportamento este que infelizmente é bastante comum.

Percebe-se então que, para o cumprimento dos desideratos do Estado constitucional cooperativo, deve haver uma significativa mudança de postura da Administração Pública, de modo a permitir sua adequação ao novo modelo estatal.

A primeira mudança necessária decorre da constatação de que não é mais possível admitir e aceitar que a relação da Administração Pública com os administrados esteja baseada em premissas de superioridade ou subordinação; ao contrário, atualmente há uma "tendência presente na Administração Pública de buscar certa consensualidade nas relações entre o Estado",⁵⁰⁵ o que demanda uma aproximação do Estado com os administrados. A segunda deriva da impossibilidade de se aceitar que a Administração Pública continue tendo uma postura retrógrada e arcaica em suas ações, fato que revela a falta de compromisso com seus fins instrumentais. Atualmente, por imposição constitucional, as ações da Administração Pública devem estar pautadas na eficiência administrativa e também no respeito ao direito fundamental à razoável duração do processo.

Entretanto, como já se disse, para a realização dos fins que norteiam e justificam o Estado constitucional cooperativo, em especial a concretização dos direitos fundamentais sociais e o respeito à pluralidade e ao direito das minorias, não

⁵⁰⁵BREUS, 2006, p. 41.

raras vezes, afloram situações litigiosas das mais diversas naturezas e complexidades, as quais devem ser resolvidas preferencialmente na via administrativa. Porém, nas situações em que não se afigura possível acabar com o litígio, é injustificável que a Administração Pública opte sempre por judicializar todas as questões conflituosas.

Isso porque, em função do princípio da eficiência e em face de o direito à razoável duração do processo passar a ser um direito fundamental, essa postura da Administração Pública em judicializar a totalidade dos litígios em que se envolve não pode permanecer, pois passou a ser obrigação do administrador se utilizar dos meios mais adequados e céleres para a concretização do interesse público. Além disso, a judicialização de conflitos tem consequências indesejáveis tanto para o Poder Judiciário, dado o elevado número de demandas existentes, muitas das quais envolvendo o Poder Público, bem como para a própria Administração Pública, dada a demora na solução das lides, o que geralmente acarreta atraso na implantação de políticas públicas que visam a assegurar direitos fundamentais.

Nesse contexto, a Administração Pública deve se utilizar de outros métodos de resolução de conflitos, entre os quais a arbitragem, prevista na Lei 9.307/1996, que se apresenta como ferramenta de extrema utilidade, com inúmeras vantagens frente ao Poder Judiciário, além de se constituir em instituto cuja utilização reflete maior interação e compatibilidade com o Estado constitucional cooperativo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARATIERI, Noel Antonio. **Serviço público na constituição federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), p. 23-59. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto. (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº. 5869, de 11 de janeiro de 1973.

_____. **Lei de Arbitragem**. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

BRASIL. **Lei do Juizado Especial Cível**. Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

_____. **Novo Código de Processo Civil**. Lei nº. 13.105, de 15 de março de 2015.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. (Dissertação). Repertório Digital Institucional: UFPR, 2006. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/5703/t.PDF?sequenc e=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**. São Paulo: Leme, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

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

_____. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. Arbitragem e jurisdição. **Revista de Processo**, n. 58, p. 33-40.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho processal civil**. v. 1. Buenos Aires: Uteha (Union Tipografica Editorial Hispano Americana), 1944.

CHUERI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada. **Revista Direito GV**, n. 91, São Paulo, jan./jul. 2009, p. 484 apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de informação legislativa**, v. 32, n. 128, p. 63-67, out./dez. 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176408/000506871.pdf?sequen ce=1>>. Acesso em: 1º ago. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE MORAIS, José Luis Bolzan. **Mediação e arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed., v. 1. Salvador: Podium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013a.

_____. **Nova era do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013b.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.

DOTTI, Rogéria Fagundes. Garantias constitucionais processuais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Coord. Assistente). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DULCE, Maria José Farinãs. **Globalizacion, cidadania y derechos humanos**. Cuadernos "Bartolomé de las Casas". Madrid: Dykinson, 2004.

ELIAS, Thiago Luis Carballo. Natureza jurídica da arbitragem. In: MOTTA PINTO, Ana Luiza Baccarat da; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. (Coord.). **Arbitragem nacional e internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

EMERIQUE, Lilian Marcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei de arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil: uma breve análise da qualidade temporal no processo civil brasileiro e europeu. **Revista Jurídica UNIJUS**, v. 8, n. 9, nov. 2005.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 3, n. 2, jul./dez. 2002.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de: Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77 apud MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, ano 2, 2008/2009. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/553/365>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de: Marcos Augusto Maliska e Elise Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

_____. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado), 2014.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Processo constitucional**: aspectos das decisões aditivas, urgência e oralidade. Juruá: Curitiba, 2011.

HESSE, Konrad. “**Grundrechte**”, in Staatslexikon, v. 2 apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005a.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005b.

KLEIN, Aline Lícia. Arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. **Consultor Jurídico** – CONJUR. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

LIGERO, Adriana Aparecida Giosa. O Juiz e a decisão por equidade. **Revista Jurídica da UniFil**, ano I, n. 2. p. 111. Disponível em:

<http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-6.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

LUÑO, Perez. In: RCEC, n. 10 (1991), p. 217 apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de. Do estado na arbitragem privada. In: MAGALHÃES, José Carlos de; MAGALHÃES, BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Bastos, 1986.

MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e educação. A nova lei de cotas em face do sistema de ingresso na UFPR. Avanço ou retrocesso? In: CLÈVE, Clèrmerson Merlin. (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Coord. Assistente). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Fundamentos da constituição**: abertura, cooperação e integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. v. 1: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Motivación del acto administrativo y buena administración. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 18-32, jan./jun. 2013.

MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto. (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, p. 71-101, jul./set. 2003

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/portaIStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle__Pronunciamento__3_1.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, ano 2, 2008/2009. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/553/365>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, ano 51, n. 2, abr./jun. 2000, p. 114. Disponível em: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos. In: MOESSA, Luciane de Souza. **Negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003.

MUJALLI, Walter Brasil. **Juízo arbitral a nova lei de arbitragem**. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização na administração pública. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63004/arbitragem_utilizacao_administracao_nogueira.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direitos ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. (Coord.). **Parcerias público-privadas**. Um enfoque disciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; SCHIRATO, Vitor Rhein. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual do direito. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**, n. 24, Salvador, dez./jan./fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.PDF>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.). PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Assistente Coord.). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coord.). **Arbitragem e poder público**: esboço de um consenso e novos desafios. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERONI, Vera Maria Vidal. A redefinição do papel do estado. Disponível em: <<http://www.redefinanciamento.ufpr.br/antigo/vera2.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Proteção dos direitos sociais no Brasil: desafios e perspectivas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Freire. (Coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PLANO diretor de reforma do aparelho do Estado, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2015.

PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem e investimentos estrangeiros. **Revista Brasileira de Arbitragem**, ano I, n. 2, p. 8, abr./jun. 2004.

RELATÓRIO Justiça em Números 2014 – Ano base de 2013, p. 37. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

RELATÓRIO Justiça em Números 2015 – Ano base de 2014, p. 34. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo sem medo**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Coord. Assistente). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROTHENBURG, Walter Cláudius. Direitos fundamentais sociais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Coord. Assistente). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional, nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo e ponderação judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 11. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHERER, Matthias. Principais características do novo regulamento suíço sobre arbitragem internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, ano I, n. 2, abr./jun. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da.; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, n. 6, 2005. p. 547. Disponível em: <<http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

SOUZA JÚNIOR, Lauro de Gama. Sinal verde para a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 8, p. 12-25, out./dez. 2005.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 111. out./dez. 1997.

TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público. In: HARGER, Marcelo. (Coord.). **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TAUBE, Michel de. Les origines de l'arbitrage international antiquité et moyen age. **Recueil des Cours**, v. IV, tomo 42, 1942 apud MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999. nota de rodapé n. 11.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Jurisprudência Mineira**, v. 47, n. 137-138, p. 8, jul./dez. 1996. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/10240>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora nos julgamentos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004**. São Paulo: RT, 2005.

VENTURI, Elton. **Direito à razoável duração do processo**. In: CLÈVE, Clèrmerson Merlin. (Coord.); PEREIRA, Ana Lucia Pretto. (Coord. Assistente). **Direito constitucional brasileiro**. v. I: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VILLALON, Cruz. Formacion y Evolucion, cit., p. 41 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

VITA, Jonathan Barros. Arbitragem e sigilo: análise estrutural e consequências jurídicas de sua quebra. In: MOTTA PINTO, Ana Luiza Baccarat da; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. (Coord.). **Arbitragem nacional e internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/768/490>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 31, 2013. Disponível em: <revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>. Acesso em: 31 mar. 2015.

<<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/arbitrio/>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-1350-14-setembro-1866-554052-publicacaooriginal-72489-pl.html>>. Acesso em: 2 jul. 2015.

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=12170>>. Acesso em: 2 jul. 2015.

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102373>>. Acesso em 2 jul. 2015.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=274844>>. Acesso em: 9 jul. 2015.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3065253&num_registro=200302052905&data=20070608&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 1º dez. 2015.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28ARBITRAGEM+%29e+REPETITIVOS.NOTA.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 1º dez. 2015.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=ARBITRAGEM+&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 1º dez. 2015.

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/21877-orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2015.

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2014/estimativa_dou.shtm>. Acesso em: 15 out. 2014.

<<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/486-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento>>. Acesso em: 15 out. 2014.

<<http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php/pt-BR/component/content/article?id=66:regulamento-de-arbitragem-expedita&catid=1:principal>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

<<https://www.ibpt.org.br/noticia/2172/Brasil-fica-no-ultimo-lugar-em-ranking-que-avalia-retorno-social-de-impostos>>. Acesso em: 26 jun. 2015.