

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

MICCAEL PARDINHO NATAL

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONFLITO E ARBITRAGEM:
POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO EXTRAJUDICIAL À JUSTIÇA

GOIÂNIA
2019

**TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR
VERSÕES ELETRÔNICAS DE TESES E DISSERTAÇÕES
NA BIBLIOTECA DIGITAL DA UFG**

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD/UFG), regulamentada pela Resolução CEPEC nº 832/2007, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei nº 9610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou *download*, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

1. Identificação do material bibliográfico: Dissertação Tese

2. Identificação da Tese ou Dissertação:

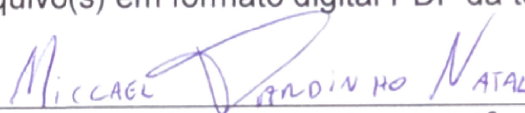
Nome completo do autor: MICCAEL PARDINHO NATAL

Título do trabalho: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONFLITO E ARBITRAGEM: POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO EXTRAJUDICIAL À JUSTIÇA.


3. Informações de acesso ao documento:

Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

Havendo concordância com a disponibilização eletrônica, torna-se imprescindível o envio do(s) arquivo(s) em formato digital PDF da tese ou dissertação.


Assinatura do(a) autor(a)²

Ciente e de acordo:


Assinatura do(a) orientador(a)²

Data: 22 / 08 / 19

¹ Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. A extensão deste prazo suscita justificativa junto à coordenação do curso. Os dados do documento não serão disponibilizados durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro;
- Publicação da dissertação/tese em livro.

² A assinatura deve ser escaneada.

MICCAEL PARDINHO NATAL

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONFLITO E ARBITRAGEM:
POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO EXTRAJUDICIAL À JUSTIÇA**

Dissertação de mestrado apresentada, sob a orientação do Professor Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto, ao Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal Goiás como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa - Regulação, efetividade e controle constitucional das políticas públicas.

Projeto institucional - Conflituosidade, consensualidade e políticas públicas: mediação, conciliação e arbitragem e outros mecanismos consensuais na Administração Pública.

GOIÂNIA
2019

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

Pardinho Natal, Miccael

Administração Pública, conflito e arbitragem [manuscrito] : política pública de acesso extrajudicial à justiça / Miccael Pardinho Natal. - 2019.
156 f.

Orientador: Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto .
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás,
Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito e
Políticas Públicas, Goiânia, 2019.

Bibliografia.

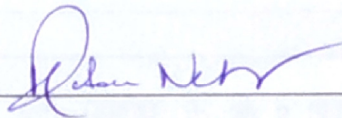
Inclui siglas.

1. Arbitragem. 2. Administração Pública. 3. Conflito. 4. Política pública. 5. Justiça. I. , Platon Teixeira de Azevedo Neto, orient. II. Título.

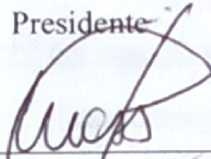
CDU 342

**ATA DA DEFESA PÚBLICA DA DISSERTAÇÃO DO(A) MESTRANDO(A)
MICCAEL PARDINHO NATAL**

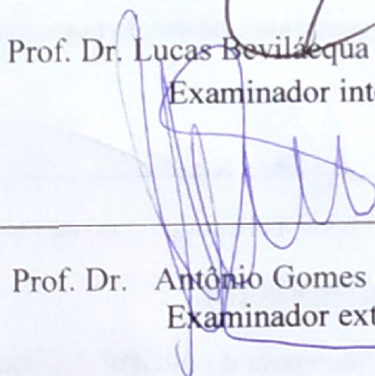
Aos doze dias do mês de agosto de dois mil e dezenove, às nove horas, na sala de Atos do PPGDP/UFG, foi instalada a sessão pública para julgamento da dissertação final elaborada pelo(a) mestrando(a) do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás, Miccael Pardino Natal, intitulada “Administração Pública, conflito e arbitragem: política pública de acesso extrajudicial à justiça”. Após a abertura da sessão, o Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (PPGDP/UFG), orientador e presidente da banca julgadora, deu seguimento aos trabalhos, apresentando os demais examinadores, Prof. Dr. Lucas Beviláqua Cabianca Vieira (PPGDP/UFG) e Prof. Dr. Antônio Gomes de Vasconcelos (UFMG). Foi dada a palavra ao(a) mestrando(a), que expôs seu trabalho. Em seguida, procedeu-se à arguição da dissertação. Ao final, a banca reuniu-se em separado para avaliação do(a) mestrando(a) e atribuição do resultado. Discutido o trabalho e o desempenho do(a) mestrando(a) pela banca julgadora foram solicitadas as correções no texto que seguem em anexo a esta ata. O(a) presidente da banca declarou o(a) aluno(a) aprovado(a) () reprovado(a) na avaliação de defesa. Nada mais havendo a tratar, o(a) presidente deu por encerrada a sessão, agradecendo a participação dos membros, da qual se lavrou a presente ata que será assinada por todos os componentes da banca e entregue à Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, para os fins.



Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto
Presidente



Prof. Dr. Lucas Beviláqua Cabianca Vieira
Examinador interno



Prof. Dr. Antônio Gomes de Vasconcelos
Examinador externo

Aos meus pais, João e Eliene.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, é necessário que eu repita o agradecimento que fiz em minha monografia jurídica (2016) aos meus pais Eliene e João. Sou infinitamente devedor por todo amor recebido deles e pelo privilégio de, em um mundo de caos, ter desfrutado de um lar tranquilo, que sempre me esperou ao final de todos os dias, os bons e os difíceis.

Meus pais sempre lutaram pela minha formação a despeito de tantas desventuras que vivemos, especialmente ao tempo que, meio *alea jacta est*, saindo do interior, nos radicamos em Goiânia. Em 1997, me matricularam no jardim I, no saudoso Centro Educacional Ginette Milewski e, mais de 20 anos depois, ainda acompanham de perto e torcem pela minha trajetória acadêmica.

Estendo a gratidão à Lays, que completa nossa casa sendo uma das pessoas mais afetuosas que já conheci nesta vida. Companheira das aventuras de infância, comigo ela compartilha as memórias dos primeiros anos.

À Lara, menina vento, agradeço por todo carinho, compreensão e companheirismo. Grato não por apenas duas, mas por várias dádivas imerecidas que dela recebi.

Devo um agradecimento muito especial ao meu orientador, Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto, que aceitou a árdua tarefa de “pegar o barco andando” e assumir minha orientação, já passado um ano desde meu ingresso no programa. Sinceramente, fiquei imensamente tocado com a presteza e a solicitude que sempre teve para comigo. Sem dúvidas, o privilégio de uma orientação tão diligente e próxima foi indispensável para que fosse possível a conclusão desta dissertação.

Agradeço a todos os membros da minha banca, titulares e suplentes. Sou grato ao Prof. Dr. Antônio Gomes de Vasconcelos e ao Prof. Dr. Lucas Bevilacqua pela solicitude em aceitar o compor a banca, bem como pela disposição de enfrentar quilômetros até Goiânia, para contribuir com meu trabalho. Grato ao Prof. Dr. Leonardo Buissa Freitas, que, segundo testifica qualquer um de seus alunos, é um grande exemplo de conhecimento aliado à humildade, mansidão e bom humor. Grato ao Prof. Arnaldo Bastos Santos Neto a quem sempre me refiro como o mestre mais inspirador que tive nos primeiros anos de estudo jurídico, desde a primeira aula de introdução ao estudo do direito – 18 conceitos de direito –, da qual eu me lembro de cada detalhe.

Agradeço ainda, indistintamente, toda equipe do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas.

Por fim, sou grato à pessoa – autarquia que é, por certo não se trata de pessoa natural, todavia é sim pessoa e merece toda minha gratidão – que me proporcionou ensino público, gratuito e de qualidade desde a graduação, qual seja, a Universidade Federal de Goiás.

A todos referidos, meu genuíno agradecimento.

“Eu quase que nada não sei. Mas desconfio de muita coisa. (...) Viver é muito perigoso.” Riobaldo/ João Guimarães Rosa.

“Res ab exitu spectanda et dirigenda est.”

RESUMO

A presente pesquisa presta-se a investigar o fenômeno da arbitragem no âmbito da Administração Pública. Nesse sentido, inicia-se estudando o chamado paradigma da Administração consensual, contexto em que o Estado se abre para a solução consensual de conflitos. Debruça-se ainda sobre estudo geral da arbitragem, explorando seu caráter, a um só tempo, contratual e jurisdicional, identificando seus elementos e apontando como passam a concebidos quando a Administração Pública participa do processo, seja como parte, ou na posição de árbitro. Faz-se uma análise conflitológica, indicando, a partir da teoria dos jogos, como no processo arbitral as partes conflitantes podem se comportar de modo cooperativo, ainda que ocupem polos opostos. Após, utilizando uma análise funcional do direito voltada a um estudo jurídico das políticas públicas, investiga-se o modo como arbitragem pode funcionar como uma política pública de acesso à justiça, tendo conteúdo instrumental (meios) e teleológico (fins) característicos de uma política pública. Tem-se pesquisa qualitativa, com abordagem documental bibliografia, para desenvolvimento das questões teóricas, com auxílio de estudo de caso e levantamento. Serve-se ainda do método dialético-argumentativo, aproveitando-se de elementos do estudo retórico do direito. Quanto aos referenciais teóricos, a pesquisa utiliza-se do pós-positivismo, da hermenêutica filosófica, da abordagem funcionalista do direito e teoria dos jogos aplicada aos conflitos.

Palavras-chave: 1. Arbitragem. 2. Administração Pública. 3. Conflito. 4. Política pública. 5. Justiça.

ABSTRACT

This research lends itself to investigate the phenomenon of arbitration within the Public Administration. In this sense, it begins by studying the so-called consensus management paradigm, in which the state opens itself to the consensual solution of conflicts. It also focuses on the general study of arbitration, exploring its character, at the same time, contractual and jurisdictional, identifying its elements and pointing to how they come to be conceived when the Public Administration participates in the process, either as a party, or in the position of arbiter. A conflict analysis is made, indicating, from game theory, how in the arbitral process the conflicting parties can behave cooperatively, even though they occupy opposite poles. Then, using a functional analysis of the law aimed at a legal study of public policies, is investigate how arbitration can function as a public policy of access to justice, having instrumental (media) and teleological (end) content characteristic of a public policy. There is a qualitative research, with a bibliographic documentary approach, for the development of the theoretical questions, with the aid of case study. It also uses the dialectical-argumentative method, taking advantage of elements of the rhetorical study of law. As for the theoretical references, the research uses post-positivism, philosophical hermeneutics, the functionalist approach to law and game theory applied to conflicts.

Keywords: 1. Arbitration. 2. Public Administration. 3. Conflict. 4. Public policy. 5. Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 PARADIGMA DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL	15
1.1 Constitucionalização do Direito Administrativo	16
1.1.1 Direitos fundamentais como escopo da constitucionalização do direito.....	16
1.1.2 Transição de paradigmas no Direito Administrativo.....	25
1.2 Nova perspectiva de interesse público	33
1.2.1 Interesse público personalizado.....	33
1.2.2 Fim do monopólio da persecução do interesse público.....	37
1.2.3 Políticas públicas e interesse público	41
1.3 Consensualidade na Administração Pública	44
2 ARBITRAGEM, CONFLITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	50
2.1 Arbitragem e resolução de conflitos: apontamentos iniciais	52
2.1.1 O que caracteriza a arbitragem? Elementos colhidos a partir de conceitos.....	52
2.1.2 Conflituosidade e arbitragem	57
2.2 Arbitragem: jurisdição ou contrato?	61
2.3 O toque de Midas: uso da arbitragem pela Administração Pública	69
2.3.1 Arbitralidade subjetiva	70
2.3.2 Arbitralidade objetiva	71
2.3.3 A figura do árbitro	74
2.3.4 Notas acerca do procedimento.....	76
2.3.5 Uma proposta de vetor: vantajosidade.....	79
3 ARBITRAGEM ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA	83
3.1 Políticas públicas e direito	84
3.1.1 O que são políticas públicas?	85

3.1.2	Perspectiva funcional do direito vem em auxílio	91
3.1.3	Relação entre políticas públicas e direito	97
3.2	Acesso à justiça	101
3.2.1	Um acordo semântico quanto ao vocábulo “justiça”	101
3.2.2	Garantia fundamental de acesso à justiça	104
3.3	Arbitragem como acesso extrajudicial à justiça	109
3.3.1	Reconhecendo um problema	110
3.3.2	Arbitragem como uma alternativa	115
4	ANÁLISE DE CASOS	120
4.1	União na arbitragem: Procedimento Arbitral CCBC nº 78/2016/SEC7	122
4.2	Estado como árbitro: Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos	130
	CONCLUSÃO	137
	REFERÊNCIAS	143

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros;
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações;
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica;
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis;
ARBITAC	Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná;
Art.	Artigo de documento normativo;
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá;
CC	Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal;
CFRB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;
CIESP	Centro das Indústrias do Estado de São Paulo;
CNJ	Conselho Nacional de Justiça;
Codesp	Companhia Docas do Estado de São Paulo;
CPC	Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015;
EUA	Estados Unidos da América;
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística;
IBOPE	Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística;
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada;
LLC	Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;
PEC	Proposta de emenda à Constituição;
S.A.	Sociedade Anônima;
STF	Supremo Tribunal Federal;
STJ	Superior Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

Tem-se assistido o crescente surgimento de legislação prevendo a utilização de meios consensuais de conflitos no âmbito da Administração Pública enquanto um fenômeno ligado a um novo modelo de administração, que vem sendo chamado como Administração consensual, também alcunhada de Administração democrática, participativa, inclusiva, dentre outras designações.

A Administração abre-se tanto para utilização tanto de meios autocompositivos, como mediação e conciliação, quanto para métodos heterocompositivos de solução de conflitos, notadamente a arbitragem. É nesse compasso que a Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015 alterou a Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, fazendo-lhe constar, expressamente, que a Administração Pública (direta e indireta) pode utilizar arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, colocando fim a uma controvérsia histórica quanto ao tema.

Dentro dessa temática, o problema de pesquisa gira em torno do questionamento pelo modo como a Administração Pública abre-se para a utilização da arbitragem para dirimir seus conflitos. Aprofundando-se em tal ponto, pretende-se responder como os elementos e as características do procedimento arbitral se adaptam quando o Estado é árbitro ou parte na arbitragem, especialmente considerando que, ainda, até a alteração da Lei da Arbitragem, era recorrente a defesa no sentido da impossibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública. Após, lidar com essas questões, avança-se para a pergunta pelas razões que fazem com que a arbitragem envolvendo o Estado possa ser considerada uma política pública de acesso à justiça.

Desenvolvendo tal problemática, no primeiro capítulo se lida com as bases teóricas de compreensão do direito que possibilitaram a eclosão do paradigma da Administração Consensual, explorando como o constitucionalismo pós-positivista, herdeiro da hermenêutica filosófica, passa a conceber o papel estruturante das constituições, à medida que elas, a um só tempo, fornecem validade ao ordenamento e estabelecem um horizonte hermenêutico de interpretação possível dos textos normativos e institutos infraconstitucionais. A partir daí, reflete-se a reconfiguração de institutos do Direito Administrativo, que, em uma perspectiva participativa, rompem com uma noção de monopólio da persecução do interesse público, pelo Estado, compreendendo que mesmo a resolução de conflitos pode dar-se para além do Poder Judiciário.

Após, delineando o contexto em que há uma abertura da Administração Pública à arbitragem, passa-se, no segundo capítulo, a estudar diretamente tal método de solução de conflitos, identificando seus principais elementos e buscando compreender como passam a operar quando o Estado é parte no processo arbitral. Realiza-se ainda uma análise da relação entre arbitragem e conflito, indicando a possibilidade de que partes, mesmo em disputa, assumam posturas cooperativas. Para analisar e compreender melhor a funcionalidade da arbitragem, investiga-se seu caráter de processo e a sua função jurisdicional. Ainda nesse âmbito, lidando com históricas posturas contrárias ao uso da arbitragem pelo Estado, indicam-se quais as relações entre o aspecto objetivo da arbitragem – direitos patrimoniais disponíveis – e o interesse público. Ainda, em um caráter propositivo, propõe-se uma a vantajosidade, como método para reflexão quanto àquela relação entre arbitragem e interesse público.

O terceiro capítulo, por seu turno, debruça-se sobre questão central na pesquisa: a partir dos elementos dos capítulos anteriores, analisa-se como a arbitragem envolvendo a Administração Pública pode ser considerada uma política pública de acesso à justiça. Para tanto, propõe-se uma análise geral quanto à noção de política pública, apontando-se, em seguida, um estudo jurídico de tais programas de ação, calcada na noção de que o direito possui funções e objetivos. Com esse arcabouço, explora-se como os objetivos do ordenamento jurídico estão compromissados com os direitos fundamentais, podendo ser realizados por meio de políticas públicas. Somente a partir de então, indica-se como a garantia fundamental de acesso à justiça pode ser promovida pela arbitragem.

Por último, o quarto capítulo propõe-se à realização de estudo de casos por meio dos quais, debruçando-se sobre experiências práticas do fenômeno da arbitragem, é possível estabelecer um diálogo com as questões teorizadas nos três primeiros capítulos. Primeiramente, analisa-se um procedimento arbitral que tramitou em uma câmara privada tendo a União Federal como parte. Após, o estudo volta-se à atuação, inclusive mediante levantamento de todas as decisões exaradas no segundo semestre de 2018, de uma comissão de resolução de conflitos – instaurada, conjuntamente, no âmbito de agências reguladoras federais – que exerce arbitragem administrativa. Nesse sentido, será possível retomar, de forma aplicada, pontos referentes à consensualidade, à cooperação, aos elementos da arbitragem e de sua relação com o acesso à justiça.

No tocante aos referenciais teóricos, considerando o objeto da constitucionalização do Direito Administrativo, passando pela consensualidade, com reconhecimento de uma ordem de valores contida na Constituição e decorrente dos direitos fundamentais, serve-se da hermenêutica filosófica e das contribuições do pós-positivismo. No

mesmo sentido, lança-se se mão de perspectivas críticas do Direito Público, que se prestam a (re)pensar os institutos clássicos de tal ramo a partir da constitucionalização do direito. No que tange à arbitragem enquanto meio de resolução de disputas, utiliza-se de referenciais que aplicam a teoria dos jogos às análises conflitológicas. Já no que diz respeito ao estudo das políticas públicas e sua relação com os objetivos presentes no ordenamento jurídico, tem-se como principal referência o estudo funcionalista do direito proposto por Norberto Bobbio. Quanto ao tema do acesso à justiça, a investigação utiliza da concepção de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que concebe tal garantia fundamental como possuindo um conteúdo mais amplo do que unicamente acesso ao Poder Judiciário.

Quanto à metodologia, a pesquisa e dissertação pautam-se pelo método dialético-argumentativo, reconhecendo que a realidade está constantemente sujeita a mudanças, em que o findar de um processo implica no começo do outro, que, mais do que negar o anterior, estabelece com ele uma relação de supressão. Há mudança de narrativa, porém a narrativa subsequente, ao mesmo tempo, nega e incorpora elementos da anterior, em uma síntese dialética. Esse processo dialético é adequado para a análise das mutações do Direito Administrativo a partir da constitucionalização. Também se utiliza da retórica analítica do direito – servindo-se do trabalho de Ottmar Ballweg e de João Maurício Leitão Adeodato –, partindo da noção que o estudo jurídico pode ser realizado a partir da análise de narrativas (linguagem) e das disputas de narrativas (metalinguagem).

Ainda em termos metodológicos, quanto às técnicas de pesquisa desenvolve-se investigação qualitativa exploratória, com uma abordagem bibliográfica, ancorada em literatura que reflete o estado da arte dos temas problematizados, bem como dos documentos legais e de produção teórica jurídica no mesmo sentido. Quanto aos estudos de caso, tem-se, igualmente, pesquisa qualitativa, porém voltada ao estudo empírico e levantamento de dados, sob a modalidade de pesquisa em fonte documental. Nesse sentido, considerando a arbitragem como um fenômeno contemporâneo, que não pode ser controlado/manuseado pelo pesquisador por meio de experimentações, afigura-se adequado à pesquisa o uso de estudo de caso e de levantamento.

1 PARADIGMA DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

O fenômeno da utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública – seja nos casos em que a Administração é parte no litígio, seja quando exerce a função de árbitro, enquanto terceiro imparcial, por meio de câmaras públicas de arbitragem – dá-se em um contexto em que se concebe um novo modelo de administração, que vem sendo chamado como Administração consensual, também alcunhada de Administração democrática, participativa, inclusiva, dentre outras designações.

Tal modelo consensual é um dos novos paradigmas do Direito Administrativo oriundos da constitucionalização do direito, que, por sua vez, pauta o Estado Democrático de Direito. Essa constitucionalização diz respeito a uma mudança no modo como se concebe o papel das constituições no ordenamento jurídico, passando-se a reconhecer, nos textos constitucionais, uma ordem objetiva de valores dotados de normatividade que são veiculados, especialmente, pelos princípios.

Tem-se, como se verificará neste capítulo, uma recolocação do problema da relação entre moral e direito, especialmente no pós-segunda guerra mundial. O constitucionalismo pós-positivista, também herdeiro de uma hermenêutica filosófica, concebe que as constituições fornecem validade ao ordenamento e, simultaneamente, estabelecem um horizonte hermenêutico de interpretação possível dos textos normativos e institutos infraconstitucionais.

Assim, a pretensão é investigar como essa constitucionalização influencia o campo do Direito Administrativo, a ponto de fornecer um contexto favorável à eclosão do paradigma da Administração consensual. Esse objetivo será buscado a partir da análise de como as novas posturas provenientes do constitucionalismo acabam por mudar o modo como se concebe os institutos clássicos do Direito Administrativo.

Tendo em conta o objetivo maior desta dissertação, a temática desenvolvida nesta parte inicial tem o condão de revelar como, no seio do paradigma da Administração consensual, abriu-se à possibilidade de utilização da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo a Administração Pública, ou mesmo a instauração de câmaras públicas de arbitragem para a solução de conflitos entre particulares, que tenham conteúdo de interesse público. Igualmente, ainda tratando da constitucionalização, será possível colher elementos iniciais, para, em capítulo posterior, discutir se a arbitragem pode ser considerada uma política pública.

Portanto, este primeiro capítulo: apresenta como a constitucionalização conduz o Direito Administrativo a novos paradigmas (item 1.1); indica como uma noção de interesse público constitucionalizada volta-se à realização de direitos fundamentais e informa as políticas públicas (item 1.2); demonstra como a consensualidade, resultante da constitucionalização e da personalização do interesse público, alcança centralidade em um novo paradigma de administração pública, inclusive quanto à resolução de conflitos (item 1.3).

1.1 Constitucionalização do Direito Administrativo

Para tratar da constitucionalização do Direito Administrativo, é preciso ter em conta que esse processo é parte integrante do fenômeno da constitucionalização do direito como um todo. Trata-se da emergência de uma concepção de Constituição que carrega valores e que tem força normativa que se irradia para todo o ordenamento, influenciando todos os ramos do direito.

Necessário, assim, observar as características do novo constitucionalismo, para verificar como seus fundamentos reverberam no Direito Administrativo, ressignificando os institutos desse ramo, de modo a fazer criar um espaço que seja favorável ao surgimento do chamado paradigma da Administração consensual.

1.1.1 Direitos fundamentais como escopo da constitucionalização do direito

O Estado Democrático de Direito é calcado em um novo constitucionalismo que emerge após a segunda guerra mundial, buscando fortemente desvencilhar-se de uma concepção de estado em que, no âmbito do direito, não há preocupação com o conteúdo, mas apenas com a estrutura, reduzindo-se a esquemas de autorizações legislativas e distribuição de competências. Por certo, assim como anjo da história, de Walter Benjamin, abandona o paraíso em chamas não necessariamente pelo anseio de futuro, mas em negação e horrorizado com o passado, o Estado do segundo pós-guerra compromete-se a não repetir os erros dos regimes totalitários, especialmente do nazifascismo.

É por isso que José Gomes Canotilho assevera que não se pode conceber um Estado Democrático de Direito que não se importe com o conteúdo de suas leis

fundamentais, que, necessariamente, comportarão um aspecto axiológico.¹ Justamente em contraposição às violações ocorridas durante a guerra, esse conteúdo material estará voltado à proteção dos direitos humano-fundamentais. A positivação e o reconhecimento desse conteúdo valorativo nos textos constitucionais – especialmente veiculados na forma de princípios – permitirá que se reconheça que o constitucionalismo é calcado numa ordem de valores.

Esse modelo jurídico de constitucionalismo encara que o direito constitucional apresenta uma dimensão axiológica, de modo que “... a Constituição não é somente 'norma de autorização' e limite do direito infraconstitucional; esta apresenta um conteúdo que sustenta todo o sistema jurídico”.² Há uma carga valorativa que se irradiará do texto constitucional para todo o ordenamento jurídico, sendo justamente isso que concede à constituição o *status* de parâmetro de controle de validade. Uma vez que há preocupação também para com conteúdo e não exclusivamente para com a forma, o controle a realizar-se será material, à luz da proteção dos direitos fundamentais constitucionalizados.

Isso se dá porque, como mencionado, é na negação das ofensas realizadas pelos regimes totalitários que ganha força a constitucionalização, de modo que sua legitimidade está na centralidade da dignidade da pessoa humana, enquanto nascedouro e condição de possibilidade para promoção e proteção dos direitos fundamentais. A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet anota o protagonismo da dignidade da pessoa humana, porque ela representa um elemento que, simultaneamente, confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional.³ Estado legítimo será aquele comprometido em não cometer novamente os erros do *Reich*. Em consequência dessa posição da dignidade da pessoa humana é que os direitos fundamentais assumem *status* estruturante, vez que:

... constituem [os direitos fundamentais] – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo, ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. (...) Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental exige e

¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 87.

² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2 ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 81.

³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 91.

pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões.⁴

Não por acaso é que essa concepção de constitucionalização tem um marco histórico⁵ com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, sob a égide da Constituição de 1949 – já influenciada pela ideia de que o texto constitucional não deve ser vazio de conteúdo, devendo proteger os direitos humanos –, em julgamentos de casos concretos, adotou soluções que afastavam textos normativos infraconstitucionais, arguindo a existência de valores democráticos que permeavam o texto constitucional. A corte passou a conceber que os direitos fundamentais, erigidos na Constituição, têm a função de instaurar uma ordem axiológica objetiva, que deve informar o controle de validade e a interpretação/aplicação dos textos normativos infraconstitucionais.⁶

Antonio Gordillo Cañas aponta que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passam a figurar como “esteios da ordem política e da paz”, como sendo um consenso social sobre valores básicos que condicionarão a atividade legiferante e a atuação do Estado, arrogando-se na posição de *alfa e ômega* da ordem constitucional.⁷ Canotilho, no mesmo âmbito, reforça que o Estado de direito deve ser um Estado de direitos fundamentais, que são um patrimônio subjetivo das pessoas, não estando, assim, à disposição do poder. Portanto, se se tratam de objeto indisponível, nesse ponto o Estado encontrará seus limites, de modo que não será a lei que criará ou disporá os direitos fundamentais, mas pelo contrário, serão esses direitos que balizarão o controle da lei dentro da ordem constitucional respeitadora dos direitos fundamentais.⁸

Já Paulo Bonavides, versando sobre essa nova configuração de constitucionalismo, aponta que esse compromisso com uma ordem axiológica vem veiculado em uma hegemonia dos princípios, que passam a ocupar um pedestal normativo.⁹ É certo que

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2012. p. 101.

⁵ Sabe-se que, considerando o aspecto gradual da história, existindo processos lentos e complexos de transformação, é sempre arbitrário estabelecer um marco histórico rígido e bem delimitado. No entanto, a luz de considerável consenso, tem-se nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, sob a égide da constituição alemã de 1949, um pioneirismo quanto aos elementos que caracterizam a constitucionalização, a saber, reconhecimento de uma ordem objetiva de valores calcada nos direitos fundamentais e o papel estruturante da constituição na produção e interpretação/aplicação do direito infraconstitucional.

⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-63. p. 35.

⁷ Cf. CAÑAS, Antonio Gordillo *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 290.

⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2003. p. 18-22.

⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 264

o caráter mais abstrato de anúncio dos princípios poderia deixá-los sem densidade normativa, de modo que restariam relegados a um caráter exclusivo de programaticidade, como se a constituição fosse uma mera carta de intenções, como nas constituições do século XVIII que tinham “... normatividade mínima e programaticidade máxima”.¹⁰ No entanto, como os princípios têm uma função de limitar as leis infraconstitucionais, bem como de informar a interpretação/aplicação desses mesmos dispositivos, essa proclamação de normatividade afasta a condenação dos princípios ao posto de meramente programáticos:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como norma-chaves de todo o sistema jurídico.¹¹

Indicando que no constitucionalismo democrático o texto constitucional é revestido de normatividade e serve de parâmetro de validade para o direito infraconstitucional, Luís Roberto Barroso anota:

A idéia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.¹²

Barroso esclarece qual a concepção de constitucionalização adota, realizando um acordo semântico. Isso porque a expressão “constitucionalização” pode carregar multivocidade, referindo-se também à mera noção da existência de uma Constituição em um ordenamento, ou mesmo que o texto constitucional faz-se analítico e trata de temas materialmente infraconstitucionais. Neste trabalho, adota-se constitucionalização no mesmo sentido proposto acima, ou seja: o texto constitucional passa a ser parâmetro de validade e a compor a construção de sentido na hermenêutica dos textos e institutos infraconstitucionais.

Como se pôde perceber até aqui, portanto, a constitucionalização do direito da segunda metade do século XX, que está no escopo do Estado Democrático de Direito, tem duas fortes características, que se estão intimamente ligadas entre si, quais sejam: o

¹⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2003. p. 233.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2003. p. 286.

¹² BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. 2012. p. 32.

ordenamento jurídico passa a ser interpretado pela chave hermenêutica da constituição, especialmente com esteio nos princípios; a centralidade dos direitos fundamentais, que passam a informar uma ordem objetiva de valores constitucionais.

Quanto ao primeiro ponto – constituição como pré-compreensão que baliza o horizonte de interpretação –, nota-se uma influência do giro linguístico hermenêutico do começo do século XX. O intérprete, em um paradigma de hermenêutica filosófica, sabe que o sentido não está dado – pronto e acabado – nos textos normativos e que a interpretação consiste em criar sentido a partir dos valores insculpidos na Constituição.

Já Hans Kelsen reconhecia o papel criador do intérprete. De fato, Kelsen, influenciado pelo positivismo lógico, em razão de sua participação no chamado círculo de Viena, concebe a sua *Teoria Pura do Direito* a partir das contribuições da virada linguística. O *linguistic turn* abandona noção de uma linguagem meramente designativa em relação aos objetos, passando a entender que o sentido é construído por jogos de linguagem.¹³

Em *Teoria pura do direito*, Kelsen assume que o intérprete é um criador de normas jurídico-positivas, de modo que realiza mais que um simples silogismo jurídico, dando continuação ao processo criador do direito – que foi iniciado pelo legislador –, pois aplicar é criar.¹⁴

Ocorre, porém, que Kelsen ainda buscava – em vão, como demonstra Hans-Georg Gadamer –,¹⁵ em nome da busca pela “ciência do direito”, separar interpretação (ato de conhecimento do cientista do direito) da aplicação (ato de vontade do intérprete autêntico, o julgador). Ocorre que, qualquer tentativa de interpretação, envolve, necessariamente, a simulação mental de uma hipótese de incidência do texto.

Eros Roberto Grau sintetiza a impossibilidade de se destacar a interpretação da aplicação, veja-se:

O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos

¹³ Exemplo ilustrativo dessa mudança de concepção é a obra “Investigações Lógicas”, de Ludwig Wittgenstein, em que o autor nega a noção de uma linguagem designativa, tal qual ele havia defendido em seu “*Tractatus Logico-Philosophicus*”.

¹⁴ Cf. SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2011, p. 381-405. p. 389.

¹⁵ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 452.

distintos, porém frente a uma só operação (...) Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário, superpondo-se.¹⁶

Portanto, neste trabalho adota-se a tese de que não se pode separar a interpretação da aplicação do direito, na atividade de produção normativa, na passagem do texto normativo à norma. No âmbito do fenômeno do constitucionalismo, tem-se essa noção de que os textos legais não são obras prontas e acabadas, estando abertos a uma interpretação em quando da aplicação, que tem um aspecto não de revelação de um sentido previamente insculpido no texto, mas sim de construção de um sentido normativo. Todavia cabe ressaltar aqui que no constitucionalismo democrático a interpretação/aplicação não será um ato discricionário. No positivismo de Kelsen, chega-se a conceber a aplicação do direito como um ato de vontade, o que contrasta com a perspectiva pós-positivista que marca a constitucionalização aqui tratada, em que o resultado de interpretação deverá guardar congruência para com os direitos fundamentais e para com a ordem objetiva de valores que deles decorre.

Para o pós-positivismo a interpretação estará adstrita aos valores constitucionais. Colocando de outra forma, em um processo hermenêutico, a axiologia da Constituição figurará como condição de pré-compreensão dos textos, estabelecendo um horizonte hermenêutico de sentidos constitucionalmente possíveis. É nesse sentido a noção de *romance em cadeia* e integridade do direito na obra de Ronald Dworkin,¹⁷ que, aqui no Brasil, influencia a teoria crítica de hermenêutica e decisão de Lênio Luiz Streck, que fala em *respostas constitucionalmente adequadas*.¹⁸

Já em relação ao segundo ponto – constituição como critério de controle de validade do ordenamento –, levando em conta que a constitucionalização implicou, como visto, em reconhecer uma ordem de valores erigidos no texto constitucional, tem-se uma recolocação de um objeto de debate na teoria do direito: relação entre direito e moral. Esse reconhecimento de valores dotado de normatividade é o responsável pela aproximação entre constitucionalização e pós-positivismo, vez que essa concepção, por meio do reconhecimento dos princípios, restabelece uma conexão necessária entre direito e moral.

Em tal sentido, Georges Abboud e Henrique Garbellini Carnio, quanto às teses a respeito da relação entre direito em moral, em uma perspectiva contemporânea, entendem que

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 31.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

é possível destacar ao menos três grandes teses: *separação*; *complementariedade*; e *cooriginariedade*.¹⁹

Segundo a *tese da separação*, não há que se falar em conexão necessária entre direito e moral, de tal sorte que o estudo daquele prescinde de qualquer vínculo com a investigação moral.²⁰ Tal tese está ligada ao juspositivismo, como o de Hans Kelsen e de Hebert A. L. Hart, que pensam a relação de pertencimento das normas ao direito mediante *regras de pedigree*, a partir de noções de competência e validade dissociadas da moral. Tal concepção liga-se àquela noção de Estado referida no início deste item, cuja preocupação em relação ao direito não trata do conteúdo, mas apenas da estrutura, dentro de uma análise exclusiva de autorização legislativa e distribuição de competências.

Nesse sentido, Hans Kelsen assim disserta a respeito da moral:

Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de se separar Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito Positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral.²¹

Para Kelsen, o pluralismo de valores impediria a existência uma relação necessária entre direito e moral.²² Sob o olhar positivista, direito e moral devem funcionar como sistemas totalmente separados, porquanto, formam um conjunto de normas que se diferenciam por suas finalidades, por suas fontes, pelos seus conteúdos, pelos seus sistemas de coerção e critérios de reconhecimento.²³ Assim, há que se notar que, para essa tese, a relação entre o direito e moral é contingencial, ante a forte separação existente entre ambos.

Ocorre que, conforme mencionado, com a constitucionalização, o trauma deixado pelo pós-guerra faz com que se demande uma configuração de Estado que se preocupe, necessariamente, com o conteúdo de seu direito. Assim se reconhece que os direitos fundamentais devem ser garantidos constitucionalmente, tendo conteúdo axiológico e

¹⁹ Cf. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed (e-book). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, Cap. 5. p. 8-12.

²⁰ Cf. ABOUD, Georges *et al.* **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2014. p. 9.

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 77.

²² Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2009. p. 75-77.

²³ Cf. DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 56.

democrático, ganhando um caráter *a fortiori* dentro do ordenamento jurídico. Portanto, o exaurimento lógico é reconhecer que há um compromisso jurídico com os valores que informam tais direitos, reposicionando a relação entre direito e moral.

Não foi por acaso, assim, o fato de ter sido no contexto de constitucionalização alemã que surgiu a noção de mínimo existencial, no sentido que existem condições mínimas de subsistência, sem as quais não será possível uma existência digna em que se observe ambiente favorável à manifestação da própria personalidade.²⁴ Tem-se um protagonismo dos direitos fundamentais, tendo como centralidade a necessidade de se preservar e promover – esse aspecto prestacional fica evidente com a construção da ideia de mínimo existencial – a dignidade da pessoa humana, justamente por aí repousar a condição para a fruição de todos aqueles direitos, naquela íntima relação entre dignidade da pessoa e direitos fundamentais já referida acima.

Então, estabelece-se uma relação entre direito e moral: os direitos fundamentais formam um núcleo valorativo que, à luz do fazer hermenêutico mencionado acima, para além de informar a interpretação das normas, será parâmetro de validade dos textos infraconstitucionais. Por isso, o constitucionalismo do segundo pós-guerra é pautado pelo pós-positivismo, modelo em que as construções teóricas apontam que a moral tem o papel de corrigir do direito (tese da complementaridade), ou, de modo diverso, que o direito tem um nascedouro na moral (tese da cooriginaridade).

Na *tese da complementariedade*, existem espaços distintos em relação ao direito e à moral, no entanto, em determinados casos em que o discurso jurídico mostra-se incapaz de resolver algum problema jurídico, este discurso poderá ser *corrigido* pelo discurso moral.²⁵ Noutros termos, conforme tal tese – defendida pelo jurista Robert Alexy – muito embora o direito goze de determinada autonomia, quando suas respostas aos casos mostrarem-se injustas, a moral deve atuar complementando-o e corrigindo-o.

Já a *tese da cooriginariedade*, por seu turno, apregoa inexistir, entre direito e moral, separação e complementariedade, uma vez que o que há é uma relação de origem comum. Tal posição, defendida por Ronald Dworkin, traz que direito e moral compartilham uma mesma origem, de modo que, em sua constituição, o argumento jurídico é moral, haja vista a necessidade de se estabelecer qual argumento jurídico melhor se amolda ao caso

²⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* (Org.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53. p. 21.

²⁵ Cf. ABOUD, Georges; *et al.* **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2014. p. 9

concreto, que demanda valorações morais.²⁶ Todavia, embora a origem seja comum, de modo que o direito tem um conteúdo moral, a aplicação dos valores no direito será jurídica e não moral, é dizer: somente os valores insculpidos no ordenamento devem informar a aplicação do direito, evitando-se ingerências incidentais da moral, com riscos de decisionismos baseados em moral privada e contingente. A origem é comum, mas os “percursos” serão distintos.

Seja pela tese da correção, seja pela tese da cooriginaridade, no contexto da constitucionalização a moral estará presente, embora isso não implique em dizer que o intérprete/aplicador estará autorizado a lançar mão de sua moralidade privada, mas sim que atue conforme os valores constitucionais.²⁷ A saber, o que ocorre é uma institucionalização jurídica da moral. Se assim não o fosse, o direito careceria de força legitimadora.²⁸ Como mencionado acima, conforme aponta Ingo Sarlet, no primado da pessoa repousa a legitimidade do Estado Democrático de Direito. Igualmente indicou-se que Canotilho demonstra que não há Estado de Democrático de Direito que não tenha conteúdo axiológico em seu direito.

Norberto Bobbio, mesmo estando em sua fase estrutural normativista, elege a justiça, juntamente com a validade e a eficácia, como critérios de valoração da norma jurídica. Nessa esteira, para o teórico italiano, o problema da justiça diz respeito à correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico, que, por sua vez, são resultado dos valores insculpidos pelo legislador.²⁹ Exatamente nesse sentido a perspectiva axiológica da constitucionalização do direito, por meio dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Nesse âmbito, pensando nesse caráter de controle de validade, que assumem os valores constitucionais, é emblemático que o referido o primeiro precedente dessa constitucionalização – na Alemanha, referenciado acima – foi no chamado “caso Lüth”, em que o Tribunal Constitucional Federal, em nome do direito à liberdade de expressão, deixou de aplicar a literalidade do Código Civil Alemão (BGB), decidindo que o dispositivo em

²⁶ Cf. ABOUD, Georges; *et al.* **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2014. p. 12.

²⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Senso Incomum. Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?* **Consultor Jurídico**. São Paulo, 28 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>>. Acessado em: 05 nov. 2018.

²⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153-154.

²⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Batista. Bauru: Edipro, 2001. p. 45-46.

questão – referente à responsabilidade aquiliana – deveria ser interpretado à luz do mencionado direito fundamental.³⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/1988) fez uma clara escolha por esse caminho valorativo e o fez utilizando de diversos princípios e determinando diversos nortes axiológicos. Tal contexto é especialmente importante no âmbito das políticas públicas – como se pretende a solução consensual de conflitos – que operam com o objetivo de alcançar finalidades constitucionalmente relevantes, especialmente no que diz respeito ao acesso à justiça.

Assim, identificou-se que a constitucionalização implicou em um reconhecimento de valores decorrentes dos direitos fundamentais, que balizam a interpretação das normas infraconstitucionais – em um processo de criação de sentido normativo –, bem como lhe servem como parâmetro de validade. Cabe agora investigar o impacto que tal noção opera especificamente sobre o Direito Administrativo.

1.1.2 Transição de paradigmas no Direito Administrativo

Ao sofrer influência da constitucionalização, o Direito Administrativo fica sujeito a sofrer substanciais alterações na estrutura de seus institutos clássicos. Isso ocorre em razão da gênese desse ramo do direito, que remonta ao Conselho de Estado (*Conseil d'État*) francês, em que a formação do Direito Administrativo ocorria de modo mais jurisprudencial, de acordo com que se solucionavam as situações em que o Estado era demandado. Desse modo, em sua origem, esse ramo foi pouco influenciado pelos valores democráticos que iam se formando e pelo fazer das leis no Poder Legislativo.

Nessa questão, desenvolvendo uma teoria crítica do Direito Administrativo, Gustavo Binenbojm assevera que é equivocada a ideia amplamente difundida no sentido de que o Direito Administrativo tenha nascido como uma forma de submeter o autoritarismo à lei.³¹ Binenbojm aponta que o Direito Administrativo, surgido no bojo do Conselho de Estado, não era dotado de uma contrafaticidade – no sentido de limitar abusos do Poder Executivo –, mas, antes, servia como um arcabouço retórico legitimador de velhas condutas de império. Com efeito, assim versa:

³⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. In: **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2012. p. 35.

³¹ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 10-12.

O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.

(...) É já nesse período que se evidencia, como nítido propósito do contencioso administrativo, a criação de um direito processual administrativo, consagrando inúmeras regras de privilégio em favor da Administração³²

A existência de tal jurisdição administrativa criava certa imunização em relação à atuação do Poder Executivo, de modo que ao particular restava um papel coadjuvante, em posição de vulnerabilidade, nunca como titular de direitos oponíveis à Administração.³³ Nesse contexto de surgimento pretoriano do Direito Administrativo, tal ramo não dialogava com o Direito Constitucional. Nesse aspecto, segue versando Binjenbojm:

Com efeito, embora criado sob o signo do Estado de direito, para solucionar os conflitos entre autoridade (poder) e liberdade (direitos individuais), o direito administrativo experimentou, ao longo de seu percurso histórico, um processo de descolamento do direito constitucional. A própria descontinuidade das constituições, em contraste com a continuidade da burocracia, contribuiu para que o direito administrativo se nutrisse de categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se de certa forma alheio às sucessivas mutações constitucionais.³⁴

A relação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo nessa configuração contrasta bastante com o modo com que os dois ramos hoje se relacionam em um contexto de constitucionalização. Em tal jaez, Paulo Bonavides aponta que, na contemporaneidade, o Direito Constitucional apresenta-se como uma estrutura que regula funções, sendo o Direito Administrativo um ramo que cuida exatamente de várias dessas funções, de tal sorte que ambos estão intimamente conectados e sua distinção tem mais a ver com grau, do que como uma diferença entre lógica operativa.³⁵

Por esse contraste – decorrente da autoritária origem histórica do Direito Administrativo em contraposição à perspectiva democrática de respeito à dignidade no

³² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2014. p. 11-14.

³³ Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 39-51.

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2014. p. 18-19.

³⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2003. p. 44.

contexto de constitucionalização –, é que esse ramo fica sujeito a significativas mudanças na estrutura de seus institutos, que nasceram marcados fortemente pelo império do Poder Público ao ser juiz de suas próprias causas. O aporte teórico do Direito Administrativo, naquela altura do século XIX, ainda estava fortemente marcado pelas concepções napoleônicas, contendo uma lógica de hierarquia e disciplina com tons militares.³⁶

De fato, noções como discricionariedade e supremacia do interesse público, aliadas à imperatividade das decisões administrativas que eram tomadas no Conselho de Estado, estabeleciam uma hierarquia rígida entre Administração e administrado, de modo que restava a este último, disciplinadamente, acato e resignação. A sociologia compreensiva, no estudo do poder, elencando tipos ideais de dominação, traz que a disciplina representa a forma de dominação que mais exige uma postura acrítica do dominado.³⁷

Nota-se, assim, um profundo descompasso entre a origem do Direito Administrativo e o escopo da constitucionalização, em que se observa, como visto, o reconhecimento de uma ordem de valores calcada em direitos fundamentais, tendo como centralidade a dignidade da pessoa humana. A própria noção de interesse público, apoiada em uma discricionariedade ampla, não apresentava qualquer referência aos princípios fundamentais das constituições.

Cabe aqui realizar mais um acordo semântico: ao se falar em constitucionalização do Direito Administrativo, não se está tratando do fenômeno em que o texto constitucional traz dispositivos específicos que tratam da Administração Pública, mas sim se está a referir à influência que os princípios constitucionais irradiam sobre tal ramo. Maria Sylvia Zanella di Pietro esclarece bem que caso se pretenda falar em constitucionalização enquanto mero trato pelo texto constitucional de matéria administrativista, não há que se falar em novidade, vez que, há muito, as constituições – inclusive as brasileiras – já o fazem.³⁸ Por outro lado, se com o vocábulo *constitucionalização* busca-se referir-se ao sentido que se propõe nesta dissertação, conforme Di Pietro haverá novidades:

... o sentido em que a constitucionalização do direito administrativo é mais recente (porque teve início com a Constituição de 1988) e produziu reflexos

³⁶ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 78-79

³⁷ Cf. QUINTANEIRO, Tania *et al.* **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 61-64.

³⁸ Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=80131>>. Acessado em: 20 de mar. 2019.

intensos sobre o princípio da legalidade (que resultou consideravelmente ampliado) e a discricionariedade (que resultou consideravelmente reduzida) foi **a constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado**: eles são obrigatórios para o Legislativo e seu descumprimento pode levar à declaração de inconstitucionalidade de leis que os contrariem; são obrigatórios para a Administração Pública, cuja discricionariedade fica limitada não só pela lei (legalidade em sentido estrito), mas por todos os valores e princípios consagrados na Constituição (legalidade em sentido amplo); e são obrigatórios para o Poder Judiciário, que pode ampliar o seu controle sobre as leis e os atos administrativos, a partir da interpretação de valores que são adotados como verdadeiros dogmas do ordenamento jurídico.³⁹ (Grifou-se)

Portanto, a constitucionalização que vem experimentando o Direito Administrativo passa por uma recolocação dos princípios e institutos desse ramo jurídico, tendo em conta a axiologia constitucional, em uma operação hermenêutica nos moldes versados no tópico anterior. À medida que se abre aos princípios constitucionais, tem-se uma criação de sentido constitucionalmente valorado. Luís Roberto Barroso assim descreve a referida abertura:

Por fim, mais decisivo do que tudo para a constitucionalização do Direito Administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais — não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.⁴⁰

Barroso menciona a existência de princípios específicos porque constituições dirigentes, com textos mais analíticos, corriqueiramente versam sobre Administração Pública, trazendo princípios de Direito Administrativo. Tais princípios, mais que meramente programáticos – assumindo caráter de *standards* de interpretação, de vetores hermenêuticos e de mandados de otimização –, possuem normatividade, tendo incidência direta e imediata. Trata-se do caso da Constituição de 1988, como é possível observar no *caput* de seu artigo 37. Todavia, o próprio excerto aponta que o Direito Administrativo passa a ser informado não apenas por esses princípios específicos, mas por aquela axiologia constitucional decorrente da centralidade da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais.

³⁹ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. 2012.

⁴⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. In: **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2012. p. 49.

Ainda quanto à transcrita passagem, há atenção à alteração da dinâmica da relação entre Administração e administrado, à luz do já mencionado protagonismo da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento de legitimidade de toda a ordem constitucionalizada. Tal mudança se refere à superação – ou movimento rumo à superação – da hierarquia entre Poder Público e sujeitos. Tal ponto tem relevância ao objeto desta dissertação, vez que é essa mudança de postura que permite a abertura para a consensualidade, no sentido de que ambas as partes têm o direito e interesse em construir o caminho para a composição de conflitos, em caráter negocial que se contrasta com a noção de autoridade absoluta.

É em tal lógica que Diogo Moreira Figueiredo Neto indica que a constitucionalização do Direito Público é pautada pela ideia de consenso, de modo que, tendo em conta a importância dos sujeitos de direito administrados, tem-se a passagem de uma democracia formal para um modelo de democracia substantiva, que extrapola o mero sufrágio periódico.⁴¹ Os particulares passam a ser partícipes na definição e na persecução do interesse público – que está no escopo do Estado – e não meros reféns das decisões administrativas.

Essa reconfiguração da noção de responsabilidade pela busca do interesse público merecerá uma atenção mais verticalizada no tópico seguinte deste trabalho. Cumpre, por ora, ressaltar que essa inclusão do administrado – como uma consequência do reconhecimento de sua dignidade e da consciência de que a legitimidade do Estado reclama respeito aos direitos fundamentais – reflete um novo fundamento jurídico para o sistema juspolítico.

Isso é o que Ricardo Lobo Torres alinha de *primado da pessoa*, em que se abandona a ideia de que os valores prevalentes são aqueles adotados e ditados pelo Estado em atos de soberania.⁴² Passa-se a buscar fundamento juspolítico em valores constantes ligados aos direitos humano-fundamentais e em valores instrumental-conjunturais, oriundos de demandas contingenciais dos administrados.⁴³ Os valores constantes devem ter permanência, à medida que o respeito a tais direitos deve ser perene; ao passo que os valores contingenciais assim o são, porque instrumentalizam o alcance de finalidades demandadas pelos sujeitos de direito, sendo valores reconhecidos/recolhidos mediante procedimentos democráticos horizontais (administração-de-si-para-si).

Assim, uma vez apontado esse núcleo do impacto da constitucionalização do Direito Administrativo, cabe apontar quais novos paradigmas emergem a partir da

⁴¹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 72-73.

⁴² Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83-104. p. 103.

⁴³ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. 2006. p. 104.

personalização – no sentido de atenção aos sujeitos de direito e aos seus respectivos direitos fundamentais. Nesse jaez, Gustavo Binbenbom, aponta como paradigmas: a Constituição, e não a lei em sentido estrito, pautando a vinculação administrativa à juridicidade; o interesse público depende da ponderação dos valores constitucionais e dos interesses metaindividuais; a discricionariedade passa a ter compromisso com as regras e princípios constitucionais; a noção de uma Administração centrada no Poder Executivo cede espaço a um policentrismo do poder, ancorado na descentralização, inclusive por meio de agências reguladoras.⁴⁴

Nesse mesmo tema, Luís Roberto Barroso destaca a: redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, indicando que a análise do interesse público levará em conta aquele outro interesse à luz dos valores constitucionalizados; vinculação do administrador à Constituição e não só às regras infralegais, conforme também assinalou Binbenbom; possibilidade do controle judicial-constitucional do mérito administrativo, exatamente porque se mitiga a discricionariedade administrativa.⁴⁵

Já Maria Sylvia Zanella di Pietro identifica que a constitucionalização, atrelada à própria noção de Estado Democrático de Direito, tem dois grandes pilares, quais sejam: participação do cidadão na gestão e no controle da atividade administrativa; uma nova concepção de legalidade, que passa a ser vista sob o aspecto material e não apenas formal.⁴⁶

Essa perspectiva de Di Pietro sintetiza bem a tônica que vem sendo observada, que dialoga com a perspectiva de Moreira Neto, Lobo Torres, Barroso e Binbenbom, no sentido de que o administrado ganha maior participação a partir da constitucionalização. Como pôde ser observado, essa maior participação do cidadão decorre exatamente da centralidade da dignidade da pessoa e da ordem de valores presentes no texto constitucional. Essa ordem axiológica é que, por sua vez, fornecerá parâmetro material de controle de validade de toda a atividade da Administração Pública. Todos os novos paradigmas – incluindo o paradigma da consensualidade –, como os tratados por Barroso e Binbenbom, decorrem, em maior ou em menor grau, desse respeito à importância do sujeito de direitos.

Falando-se em mudança e/ou surgimento de paradigmas, tem-se que esclarecer que, em prejuízo de concepção de paradigma mais adequada às ciências naturais – como nas

⁴⁴ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2014. p. 25.

⁴⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. In: **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2012. p. 49-50.

⁴⁶ Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. 2012.

construções do físico e filósofo da ciência Thomas Samuel Kuhn⁴⁷ –, seguindo sugestão de Gustavo Binbenjy,⁴⁸ adota-se uma noção de paradigma construída a partir do caráter dogmático que o direito possui. Essa perspectiva pauta-se nas construções de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no sentido de pensar o direito enquanto uma ciência dogmática.

Ferraz Júnior aponta que o direito, apesar da abertura para questões zetéticas, lida, em suma, com a dogmática.⁴⁹ Levando em conta que a decidibilidade é sempre uma questão importante para o direito, Ferraz Júnior, usando da terminologia de Theodor Viehweg, aponta que, no âmbito jurídico, parte-se sempre de determinadas opiniões (*dokein*) e pressupostos (*doxas*), visando resolver uma questão.⁵⁰ A busca por solução de casos – que coloca o direito como uma tecnologia – conta com preceitos fixados (como os textos normativos, jurisprudência, doutrina e fontes materiais). Nesse compasso, o teórico versa:

As questões "dogmáticas" são tipicamente tecnológicas. Neste sentido, têm uma função diretiva explícita. Pois a situação nelas captada é configurada como um dever-ser. Questões deste tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação. De modo geral, as questões jurídicas são "dogmáticas", sendo sempre restritivas (finitas) e, neste sentido, "positivistas" (de positividade).⁵¹

Ainda tendo em conta a questão da decidibilidade e a busca por soluções, Ferraz, a partir de uma perspectiva weberiana, no sentido de que o direito moderno proporciona segurança da certeza de expectativa de determinadas ações, diz que o direito, por meio da dogmática, tem o condão de correlacionar funcionalmente meios/fins e questões/soluções. É dizer, o compartilhamento de pressupostos aperfeiçoa a solução de questões pelo direito, o que reforça seu caráter dogmático.

Assim, essa dogmática formada por pressupostos compartilhados, voltados à aplicação do direito, adquire um aspecto de irrefutabilidade dos pontos de partida. Isso se torna especialmente visualizado no caso dos textos normativos. Os juristas buscam/analisa situações a partir do que é dado, evitando uma discussão zetética ampla. Assim, perfeitamente possível falar-se tanto na existência de paradigma, quanto na sucessão de paradigmas.

A pertinência da aplicação da noção de paradigma ao direito – ainda nesse sentido de pressupostos acordados e compartilhados – pode ser visualizada observando-se a forma

⁴⁷ Cf. KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006.

⁴⁸ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2014. p. 25.

⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 45-47.

⁵⁰ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 1980. p. 46.

⁵¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 1980. p. 46.

com que Ferraz explica como uma teoria dogmática é composta de ensinamentos (*docere*) compartilhados. Ainda que aqui não se utilize a noção de paradigma contida em Thomas Kuhn – exatamente porque, para as ciências naturais, paradigma tem um aspecto estruturante mais radical do que nas ciências humanas –, a semelhança existente entre o modo como Ferraz Júnior e Kuhn descrevem educação dentro de um modelo auxilia na conclusão de que é possível pensar que o caráter dogmático faz com que o direito trabalhe com paradigmas pré-estabelecidos, justificando a relevância de se investigar tais modelos na compreensão dos ramos jurídicos.

Assim disserta Ferraz Júnior:

Como essas teorias têm uma função social e uma natureza tecnológica, elas não constituem meras explicações dos fenômenos, mas se tornam, na prática, doutrina, isto é, elas ensinam e dizem como deve ser feito. O agrupamento de doutrinas em corpos mais ou menos homogêneos é que transforma, por fim, a Ciência do Direito em Dogmática Jurídica.⁵²

Já Kuhn, assim declina:

A esta altura deveria estar claro que os cientistas nunca aprendem conceitos leis e teorias de uma forma abstrata e isoladamente. Em lugar disso, esses instrumentos intelectuais são, desde o início, encontrados numa unidade histórica e pedagogicamente anterior, onde são apresentados juntamente com suas aplicações e através delas.⁵³

Portanto, faz-se possível falar em uma mudança de paradigmas, vez que, a partir do fenômeno da constitucionalização, os instrumentos do Direito Administrativo recebem uma nova concepção a ser compartilhada e ensinada como ponto de partida. Os institutos deixam de ser concebidos mediante pressupostos de superioridade do Estado, de hierarquia e império. Por certo, há troca de modelo, em relação ao Direito Administrativo, “...pelo descrédito de suas antigas premissas teóricas e pela emergência de novas”.⁵⁴

O Direito Administrativo passa ser informado pela axiologia decorrente dos direitos fundamentais, o que permite, a partir da dignidade da pessoa humana, recolocar o papel do indivíduo na formação do agir administrativo. Em consequência dessa troca de paradigmas pontuais, tem-se, num olhar geral, uma abertura ao consenso, pois o administrado poderá influenciar e negociar com a Administração.

⁵² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 1980. p. 108.

⁵³ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 2006. p. 71.

⁵⁴ Gustavo BINENBOJM. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2014. p. 29.

1.2 Nova perspectiva de interesse público

Conforme aludido acima, a constitucionalização do Direito Administrativo conduziu a uma nova concepção quanto ao interesse público. Assim, cumpre dedicar uma atenção especial a tal categoria central dos ramos públicos do direito, pelo seu protagonismo estruturante no caso da Administração, figurando como fundamento para o agir administrativo.

Assim, tratar-se-á como o interesse público passa a se relacionar com os direitos humano-fundamentais, de modo a romper com a noção de que somente cumpre ao Estado a busca por tal interesse público. Por fim, versar-se-á a respeito da relação entre interesse público e políticas públicas, perscrutando-se de que modo a solução consensual de conflitos pode atender à noção constitucionalizada de interesse público.

1.2.1 Interesse público personalizado

A partir dos novos paradigmas expostos no tópico anterior, a noção de interesse público também se sujeita à constitucionalização, passando a ser informada pelos direitos fundamentais. Assim, o interesse público deixa de ser reduzido à noção do interesse da Administração – como ocorria no Estado absolutista –, ou mesmo com o interesse de gestão, de modo que não pode ser mais invocado, de modo genérico, para justificar imposições arbitrárias de quem ocupa posições de poder no Estado.

É em uma perspectiva constitucionalizada que Marçal Justen Filho traz uma concepção de “interesse público personalizado”, que faz frente à ideia de uma discricionariedade administrativa ampla e irrestrita.⁵⁵ Com o vocábulo “personalizado”, o administrativista quer dizer que a dignidade da pessoa humana deve pautar a pergunta pelo interesse público nos casos concretos, de modo que tal interesse trate “... da realização dos valores jurídicos fundamentais...” e se perfaça “... com a satisfação de necessidades de segmentos da população, em um momento concreto, para realizar os valores fundamentais.”⁵⁶

Em tal âmbito, afirma Marçal Justen Filho:

Nenhum governante pode legitimar suas decisões através da pura e simples invocação ao interesse público. Será necessário, sempre, demonstrar como

⁵⁵ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, São Paulo: Malheiros, 1999. p. 129.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. 1999. p. 129.

os efeitos concretos da decisão conduzirão à realização do princípio da dignidade da pessoa humana segundo o espírito do ordenamento jurídico.⁵⁷

Em tal conjectura, falece a noção de discricionariedade como *carta branca* ao administrador. De fato, não há mais que se falar em sistema binário de ato vinculado/ato discricionário, mas sim em “graus de vinculação à juridicidade”.⁵⁸ Subsiste uma margem de liberdade ao administrador, mas ela estará condicionada ao horizonte axiológico constitucional⁵⁹ e a serviço desse mesmo horizonte. Por certo, o juízo de oportunidade e conveniência estará sempre voltado à realização de direitos fundamentais e promoção da dignidade da pessoa humana.

De fato, Binjenbojm assim trata do interesse público sob o paradigma constitucionalizado:

...a definição do que é o interesse público, e de sua proclamação de supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados.⁶⁰

Já quanto à discricionariedade, disserta:

...a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade.⁶¹

Em semelhante conclusão, Maria Sylvia Zanella di Pietro aduz que os princípios e valores previstos na constituição limitam a discricionariedade administrativa. Segundo di Pietro, a discricionariedade é conceituada como a faculdade que se franqueia à Administração a apreciação e escolha, no caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência,

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. 1999. p. 129.

⁵⁸ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2014. p. 25

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. 1999. p. 115.

⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2014. p. 25

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2014. p. 25.

uma solução em detrimento de outra igualmente juridicamente válida.⁶² Com a constitucionalização, o que ocorre é que a oportunidade e conveniência devem estar de acordo com o interesse público informado pelos direitos fundamentais. A respeito da força com que os valores constitucionais – contidos nos princípios – irradiam-se até alcançarem o ato administrativo, Agustín Gordillo versa que:

... O princípio estabelece uma direção estimativa, em sentido axiológico, de valoração, de espírito (...). O princípio exige que tanto lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais detenham o seu mesmo conteúdo e sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito.⁶³

Destaque-se que o ato administrativo tinha como elementos clássicos *sujeito* e *objeto* e *forma*. Nada obstante, justamente no caminho de buscar decisões que sejam materialmente válidas segundo a ordem constitucional e não apenas formalmente legais é que as teorias do *desvio de poder* e *dos motivos determinantes* evoluíram de modo a inserir *motivo* e *finalidade* como outros dois elementos do ato administrativo.⁶⁴ Como visto, a possibilidade controle de validade do ato administrativo é justamente um dos novos paradigmas decorrentes da constitucionalização. Tal controle operar-se-á exatamente por meio da finalidade e do motivo, submetendo a discricionariedade ao interesse público calcado nos direitos fundamentais, vez que todo ato administrativo deverá ter, em maior ou menor grau, o intuito de proteger e/ou promover tais direitos.

Noutros termos, uma noção abstrata de interesse público – favorecida pela cristalização histórica da ideia de que o Administrador goza de discricionariedade para agir, estando suas decisões livres de controle de mérito – não pode mais ser invocada pela Administração Pública, como chave retórica, para veicular pretensões unicamente de Governo, ou mesmo interesses estranhos ao bem comum. O interesse público emanará daquela ordem de valores formada pelos direitos fundamentais, de tal sorte que não pode ser utilizado, como justificativa meramente formal, em prejuízo dos próprios administrados.

Nem sempre existe identidade entre o interesse público e o interesse do administrador – e/ou da Gestão –, por certo, aquele primeiro se refere aos beneficiários da atividade administrativa, ao passo que este último diz respeito às pretensões daqueles que exercem a atividade administrativa. A Administração Pública “...não é a titular do interesse

⁶² Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. 2012.

⁶³ GORDILLO, Agustín *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2003. p. 297.

⁶⁴ Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. 2012.

público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí o princípio da indisponibilidade do interesse público.”⁶⁵ Ademais, como se verá adiante, a Administração sequer é a única guardiã do interesse público.

O interesse público implica em reconhecer o caráter instrumental aos poderes titularizados pelo Estado e agentes públicos.⁶⁶ A valer, tais poderes prestam-se a atender a toda a sociedade, não dizendo respeito aos interesses específicos de alguém, ou de uma parcela da sociedade, ou mesmo do governo em exercício.

No Brasil, em razão de raízes históricas, observa-se um aparelhamento do Estado, o que restou blindado exatamente pela adoção de uma noção de interesse coletivo genérica, herdeira daquelas origens autoritárias do Direito Administrativo. Nesse âmbito, Sérgio Buarque de Holanda esclarece que, no Brasil, por muito tempo – com mais força no século XIX – teorizou-se a respeito do Estado considerando-o como uma espécie de ampliação do círculo familiar, sujeito à mesma lógica privada dos lares.⁶⁷ Tal maneira de conceber a Administração, que enseja o clientelismo e paternalismo mediante a troca de favores, marcou, profundamente, a história do Estado brasileiro.

O referido antropólogo, usando o método da sociologia compreensiva, delinea tipo ideal, um arquétipo, denominado “funcionário patrimonial” para versar a respeito da má utilização do *munus* público que reveste uma carreira de Estado, veja-se:

Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos.⁶⁸

Com efeito, a personalização tratada por Justen Filho, em nada tem a ver com essa captura do aparato da Administração em prol de interesses exclusivamente privados, mas sim um respeito aos valores que compõem à possibilidade do fazer-se pessoa, enquanto sujeito de

⁶⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. A advocacia pública como função essencial à justiça. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>>. Acessado em: 06 out. 2018.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de direito público**. São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

⁶⁷ Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 41. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 140-142.

⁶⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 1995. p. 146.

direito, ou seja, dignidade da pessoa humana, que é condição de possibilidade para o exercício dos direitos humanos.

Porém, em outro aspecto, Holanda se equivoca – até porque sua obra, *Raízes do Brasil*, precede uma noção de Administração Pública constitucionalizada – ao afirmar que o Estado diz respeito a um triunfo do geral sobre o particular.⁶⁹ O interesse público não justifica uma “supressão” do particular, em nome da coletividade. Relativizar direitos em nome de um bem coletivo implicaria em uma postura filosoficamente utilitarista – tal qual a defendida por Jeremy Bentham –, distante da ideia de pautar-se pelo respeito aos direitos, como se apregoa desde o liberalismo político iluminista.

Constitucionalizar, diferentemente de um utilitarismo, é, justamente, reconhecer os direitos fundamentais erigidos no texto constitucional e respeitá-los, enquanto sustentáculos da sociedade democrática. Nesse compasso, de reconhecimento dos direitos fundamentais como estrutura de uma democracia, é que, com a constitucionalização, fala-se em um fim do monopólio da persecução do interesse público, tema a ser tratado no tópico a seguir.

1.2.2 Fim do monopólio da persecução do interesse público

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, abandona-se a perspectiva segundo a qual o Estado é o titular do interesse público, tendo total arbítrio para determinar seu conteúdo e, de modo verticalizado e autoritário, eleger as medidas que servem a tal interesse.

Martin Kriele dissertando sobre o Estado surgido a partir da constitucionalização chega a desenvolver tese extrema no sentido de que inexistente uma figura de soberania, afirmando que a ideia de soberano corresponde ao Estado absolutista e é um contrassenso com a constitucionalização.⁷⁰ O teórico até, em partes, relativiza sua tese, assumindo que o povo – enquanto um dos elementos clássicos de constituição dos estados – seria o único soberano possível, visto que temporalmente antecede ao Estado, mesmo porque ele o cria, ou seja, do povo emana o Estado, não podendo esse último arrogar-se soberania sobre aquele

⁶⁹ Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 1995. p. 142.

⁷⁰ Cf. KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. Tradução Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 171.

outro. Porém, uma vez formado o estado, a soberania do povo desvaneceria em prol da ordem constitucional estabelecida.⁷¹

Remonta à tradição do contratualismo liberal essa noção de que os indivíduos – embora, na construção de Kriele, o indivíduo ceda lugar à coletividade sob a forma de *povo* – preexistem em relação ao Estado, de modo que pactuam sua formação, impondo-lhe limites. Discorda-se aqui da conclusão de Kriele no sentido de que o povo perderia soberania, isso porque, a qualquer tempo, pode-se romper com a ordem constitucional vigente, podendo-se instaurar-se uma nova. Desse modo, assume-se que há um soberano na ordem constitucional, essa soberania advém da legitimidade democrática que emana dos sujeitos. É nesse sentido que a Constituição Federal de 1988 estabelece que “... todo poder emana do povo...”.

Assim, considerando que nos sujeitos de direito emana todo o poder que instaura a ordem constitucional, bem como se partindo da ideia de que o interesse público reflete os valores democráticos da comunidade, servindo à proteção dos direitos dessa própria comunidade, seria um contrassenso excluir tais indivíduos dos processos de identificação e persecução daquele interesse.

Para assimilação desse rompimento com os velhos paradigmas da Administração, tem-se que se ter claro que a noção de “público” não está necessariamente atrelada à ideia de “estatal”. Nesse âmbito, Ricardo Lobo Torres, comentando a passagem de um fundamento político com eixo no Estado, para um com fundamento na sociedade, assim disserta sobre o paradigma antigo:

Quanto ao fundamento político, tudo o que fosse público era por consequência estatal, cabendo aos governos tomar as decisões correspondentes, em uma esfera de atuação inconfundível e irreduzível em relação à esfera privada e reservada à sociedade.⁷²

Já a respeito do público não estatal – ou para além do estatal – marcante no constitucionalismo democrático, desse modo versa:

Quanto ao fundamento político, com a recuperação de espaços privados para as decisões da sociedade, indevidamente absorvidos nos dois antigos modelos hegemônicos, criou-se, simultaneamente, um espaço compartilhado do público não-estatal, de modo que nele, conforme o caso, as decisões ora caberiam prioritariamente à sociedade ora ao Estado, abrindo-se, ainda, e este é o dado mais importante, extensas áreas de coordenação da atuação

⁷¹ Cf. KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**. 2009. p. 172.

⁷² TORRES, Ricardo Lobo. **Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo**. 2006. p. 103.

conjunta de ambas as esferas, desenvolvendo-se várias modalidades contemporâneas de colaboração e parcerias.⁷³

Em um contexto democrático, o particular será partícipe da pauta/agendamento do interesse público, bem como terá compromisso para empreender esforços na busca por tal interesse. Há uma corresponsabilidade, portanto, entre Estado e administrado. Diogo Figueiredo Moreira Neto escreve sobre essa sinergia entre Administração e administrado, situando-a como uma componente de uma democracia marcada pela consensualidade:

Essa nova percepção da democracia se manifesta na multiplicação de institutos consensuais no Brasil, tais como os contratos administrativos de parceria e os acordos administrativos de coordenação, ambas destacadas e os acordos administrativos de coordenação, ambas destacadas modalidades de execução associada do interesse público, por sua notável característica sinérgico-sociopolítica e pela soma de esforços, sobrevivendo em acréscimo às modalidades de execução tradicionais, a direta e a indireta, antes praticadas, de modo que a gestão dos interesses públicos a cargo do Estado pode ser realizada diretamente - pelos órgãos executivos da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios; - indiretamente - pelos entes públicos por eles criados, como autarquias, paraestatais (integrantes da administração indireta); e, de modo inovativo, associadamente - através de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado sob um vínculo de colaboração de direito público.⁷⁴

Quanto à ideia de que realização do interesse público não é atribuição exclusiva do Estado:

A partir da premissa de que o interesse público é próprio do Estado, que deve persegui-lo e realizá-lo na forma da lei e do Direito, mas não é dele exclusivo, pois a sociedade organizada pode e em certos casos deve ter ação concorrente, abre-se um vasto campo, que a doutrina tem denominado administração privada associada de interesses públicos (...).⁷⁵

Tal acepção quanto ao interesse público pode ser observada, inclusive, pelo conteúdo do princípio da subsidiariedade, segundo o qual a atuação estatal, sempre que possível e viável, deixará espaços de atuação à iniciativa privada. Em consequência de tal abertura surge e fortalece-se a figura da agência reguladora independente (*independent*

⁷³ TORRES, Ricardo Lobo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. 2006. p. 104.

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. 2006. p. 73-74

⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. 2006. p. 74.

regulatory agency).⁷⁶ O papel do particular em relação o Estado deixa de ser de subordinação, passando à cooperação, ficando aquele primeiro com a coordenação.⁷⁷

Em igual sentido, como consequência do rompimento da noção de monopólio estatal da persecução do interesse público, assistiu-se ao surgimento de espaço para o terceiro setor, concessões de serviço público, parcerias público-privadas, organizações não governamentais, movimentos sociais, dentre outras formas de busca pelo interesse público, não protagonizadas pela Administração.

Surge, especialmente com a agencificação, o fenômeno denominado “administração policêntrica”, em que o Poder Executivo não mais centraliza em si todas as funções administrativas de estado. A referida configuração traz consigo, contudo, a dificuldade de ficar menos ao alcance do controle da sociedade civil, por arrogar-se em um *status* técnico, que busca fugir do controle político. Sobre a questão:

...a noção de um Poder Executivo unitário cede espaço a uma miríade de autoridades administrativas independentes, denominadas entre nós, à moda anglo-saxônica, agências reguladoras independentes, que não se situam na linha hierárquica direta do Presidente da República e dos seus Ministros. A pedra de toque dessa independência (ou autonomia reforçada) das agências reguladoras em relação ao governo é a independência política dos seus dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, e investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente - tanto aquele responsável pela nomeação, como seu eventual sucessor, eleito pelo povo. À autonomia reforçada das agências, todavia, corresponderá um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais, de modo a reconduzi-las aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito.⁷⁸

Portanto, a configuração de administração policêntrica tem um potencial ambivalente, vez que, por um lado, reconhece que o Estado – enquanto Administração Direta especialmente – não é o único que detém a capacidade para realizar o interesse público. Porém, por outro lado, pode ocorrer uma alienação do administrado em relação à busca pelo interesse público, tal como ocorria no paradigma pré-constitucional.

Assim, cabe salientar que, muito embora a constitucionalização amplie a noção de interesse público para além do interesse estatal, isso deve servir à democracia – novamente, mediante respeito e promoção da dignidade da pessoa humana –, com maior participação do

⁷⁶ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2014. p. 21.

⁷⁷ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 42.

⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2014. p. 25-26.

administrado e não com sua exclusão. Essa inclusão do administrado é que está de acordo com centralidade dos direitos fundamentais na constitucionalização.

O abandono da perspectiva de que o Estado é o soberano que detém o monopólio sobre o interesse público é que viabiliza pensar a solução de conflitos fora da estrutura estatal incumbida de promover a pacificação social em última instância, qual seja, o Poder Judiciário. De fato, não há que se furta do Judiciário sua função, mas sim reconhecer a possibilidade de, mediante consenso entre partes conflitantes, resolução da controvérsia ocorrer extrajudicialmente.

1.2.3 Políticas públicas e interesse público

Como visto acima, a discricionariedade, em um modelo de Direito Administrativo constitucionalizado, é mitigada, de sorte que os juízos de oportunidade e conveniência, ainda que admitidos, ficam a serviço do interesse público. Por seu turno, o interesse público tem que ser informado pela ordem de valores ligada aos direitos fundamentais. Assim, vê-se a necessidade de atuação administrativa – mas não exclusivamente estatal – voltada à proteção e à promoção de direitos fundamentais.

Daí surge a relevância de se tratar de políticas públicas, exatamente por dizerem respeito a programas de ação governamental, que têm o condão de proporcionar determinado fim, ou seja, operando na lógica de ajustes entre meios e fins. De fato, as políticas públicas são elaboradas para o alcance de fins com relevância social em determinada comunidade.⁷⁹

Em um Estado Democrático de Direito, as finalidades das políticas públicas deverão guardar compromisso com o interesse público, que como visto, por sua vez, estará comprometido com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Então, servindo-se de um silogismo, as políticas públicas têm o condão de veicular o interesse público mediante a promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Ao esboçar um conceito de política pública, Maria Paula Dallari Bucci ressalta o fato de que a definição das políticas públicas tem o interesse público como bússola, não estando alheias ao direito, mas comprometidas com o ordenamento. Nesse sentido, como visto no primeiro tópico, o ordenamento como um todo está também comprometido com os direitos humano-fundamentais, em razão da constitucionalização. Veja-se o conceito de Bucci:

⁷⁹ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252-253.

As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.⁸⁰

Também Fernando Aith ressalta a relação entre direito e políticas públicas, reconhecendo o vínculo *a fortiori* com os direitos fundamentais: “... considera-se política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção dos direitos humanos.”⁸¹

Nota-se assim que as políticas públicas estão inseridas no direito – ainda que com uma interface multidisciplinar – de modo que se sujeita ao ordenamento a escolha das finalidades que serão buscadas pelas políticas públicas, a eleição dos meios e as formas de controle e avaliação dos resultados. Trata-se de questão jurídica mais distante do dever-ser (*solen*) pautado pelo esquema de imputação “se-então” e mais próximo do direito em seu aspecto funcional, mais especificamente: função promocional do direito.

De fato, uma análise unicamente estruturalista – que concentra esforços na estrutura e hierarquia internas do ordenamento, em empreitada mais descritiva – teria menos instrumental para lidar com o dirigismo presente no Estado Democrático de Direito, para trabalhar com a noção de interesse público e para estudar o aspecto teleológico que permeia as políticas públicas e seu controle. Quando o ordenamento assume uma função promocional, “... as normas jurídicas passam a estar intimamente associados à realização de objetivos públicos concretos, por meio do encorajamento, da indução e de recompensas de comportamentos”.⁸²

Norberto Bobbio indica que o Estado que se pretende prestacional – como é o Estado Democrático de Direito comprometido com a promoção de direitos fundamentais – deverá assistir o fenômeno promocional, vez que o modelo de tradicional de direito enquanto proteção-repressão apresenta insuficiência ante o fato de que:

A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para

⁸⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 264.

⁸¹ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 217-245. p. 232.

⁸² BOBBIO, Norberto *apud* COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). **Política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: UNESP. (No prelo).

certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferivelmente, por meio da técnica das sanções positivas e dos incentivos.⁸³

As políticas públicas, que, como visto, desenham-se dentro do ordenamento jurídico, são veículos dessa função promocional anotada por Bobbio. A compreensão de que as políticas públicas no Estado Democrático de Direito são meio de promoção dos direitos fundamentais serve de arcabouço para o tratamento de um dos problemas deste trabalho, qual seja, a possibilidade de classificar a arbitragem no âmbito da Administração Pública como uma política pública.

Tal questão terá maior espaço e melhor tratamento no terceiro capítulo desta dissertação, portanto, por ora, cabe apenas anotar que para que a arbitragem seja considerada uma política pública, tem-se que rastrear nela a característica de um programa de ação governamental que tenha o condão – ou ao menos o intuito – de buscar o interesse público à medida que promova e/ou proteja algum direito fundamental. Nesse âmbito, o esforço investigativo voltar-se-á ao direito fundamental de acesso à justiça.

A escolha se justifica em razão de construções teóricas no sentido de que o direito de acesso à justiça deve ser encarado como mais amplo do que o simples acesso ao Poder Judiciário. Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryantt Garth, em obra dedicada ao estudo do direito de acesso à justiça, apontam que os movimentos voltados à promoção de tal direito podem ser observados no que eles alcunharam “três ondas”.⁸⁴ A *primeira onda* é voltada à promoção de assistência judiciária às pessoas em situação de pobreza, a *segunda onda* diz respeito à busca à representação jurídica de direitos difusos, ao passo que a *terceira onda* trata-se justamente da busca por “...instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.⁸⁵

Cappelletti e Garth, tratando dessa concepção mais ampla de acesso à justiça na terceira onda, fazem referência expressa à arbitragem, quando estão versando sobre o que eles chamam de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça.⁸⁶ Identifica-se, ao menos em tese, a lógica instrumental que pauta as políticas públicas enquanto meios para o alcance de uma finalidade publicamente relevante. Assim, convém investigar se a arbitragem pode veicular a promoção do acesso à justiça e, quando promovida no seio da Administração – por meio de câmaras públicas –, configurar-se uma política ao serviço do interesse público.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 79.

⁸⁴ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 67.

⁸⁶ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 81-83.

1.3 Consensualidade na Administração Pública

Como uma forma de exaurimento do que foi tratado até esta altura da dissertação, cumpre versar a respeito da consensualidade na Administração Pública constitucionalizada. Por certo, a Administração concertada diz respeito a mais um novo paradigma administrativo surgido no abandono do viés autoritário na origem pretoriana do Direito Administrativo no Conselho de Estado.

Em compasso com a superação do protagonismo estatal, esse modelo administrativo concebe indivíduo e coletividade como partícipes na atuação da Administração,⁸⁷ buscando processos democráticos de inclusão dos particulares, que conduzam a uma maior legitimação da atuação administrativa. Saliente-se que o paradigma consensual, por envolver os processos que compõem a atividade administrativa, afeta diretamente o modo de se conceber, executar e realizar o controle de políticas públicas, vez que elas inserem-se em programas de ação governamental, compostas por processos complexos nesse âmbito administrativo. No contexto de constitucionalização, com a crise do paradigma do Estado Social, a participação democrática garante legitimidade aos atos estatais.⁸⁸

Francesco Manganaro indica, de fato, que o modelo de Administração consensual resulta da constitucionalização do Direito Administrativo, em um processo de legitimação de atuação do Estado.⁸⁹ A valer, o teórico compreende a consensualidade na Administração é um corolário referente à satisfação das necessidades sociais dos cidadãos, entendendo que para que as decisões administrativas “...cheguem o mais próximo possível do *optimum*, não devem ser o resultado de uma ação unilateral da Administração, mas resultar de um processo dialético, no qual confluem os diversos pontos de vista dos sujeitos interessados na decisão”.⁹⁰

⁸⁷ Cf. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

⁸⁸ Cf. TAVARES, Fernando Horta; SANTOS, Rubens José dos. Direitos, princípios e garantias fundamentais: fundamento de legitimidade do Estado Constitucional Democrático de Direito. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Teoria geral do direito público**: Institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático. Belo Horizonte: del Rey, 2013. p. 23-50. p. 36.

⁸⁹ Cf. MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa**: i profili critici e principi ricostruttivi. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 141.

⁹⁰ Cf. MANGANARO, Francesco *apud* ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A consensualidade no Direito Administrativo: Acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 42, p.293-310, jul./set. 2005. p. 294-295.

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988 – que é exemplo do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo – a relação entre o Estado e o cidadão vai tornando-se mais dialógica do que impositiva, em razão justamente da participação popular e do respeito aos direitos fundamentais,⁹¹ de modo que é possível o consenso no lugar do império.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por seu turno, traz uma perspectiva de pactuação da Administração Pública, ocorrida a partir de “aberturas negociais”, no sentido de efetivo ajuste de vontades, de modo que os envolvidos se veem nas eventuais soluções adotadas.⁹² Indica-se ainda que o consenso permeia não só a atividade administrativa, mas também o modo com que a Administração lida com conflito.

De fato, a noção de paradigma traz consigo um caráter de promessa, vez que pretende ser unidade de coerência e convergência na aplicação do direito, dispensando um retorno necessário a questões zetéticas, como aponta Tércio Ferraz.⁹³ Assim, o conjunto de práticas, ensinamentos e compreensões compõem um determinado modelo de certo campo do direito, apresenta-se como um arcabouço capaz de lidar com as questões atinentes ao referido campo e é desse modo que se fala que o paradigma traz uma promessa.

Com o paradigma da Administração consensual ocorre o mesmo, como bem se extrai da construção de Moreira Neto. Isso porque, se o consenso decorre de um reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, alterando a dinâmica Administração-administrado, como um novo paradigma, necessariamente irá alcançar a forma como Administração Pública lida com os conflitos.

Portanto, é congruente que o paradigma da Administração negociada também informe o modo como o Poder Público lida com os conflitos dos quais é parte, ou que envolvam o interesse público direto. Vislumbra-se, portanto, a conexão entre a constitucionalização do direito e a abertura da Administração Pública para os métodos consensuais de solução de conflito, que é o objeto deste trabalho.

Retomando o trabalho de Moreira Neto, ele assevera que “...o consenso está presente na 'prevenção e na composição de conflitos administrativos' (...) Na prevenção de conflitos administrativos, destacam-se institutos, como as 'comissões de conflito' e os 'acordos

⁹¹ Cf. THOMÉ, Romeu. Os direitos fundamentais como limitadores do poder estatal no Estado Democrático de Direito. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Teoria geral do direito público**: Institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 265-294. p. 278-279.

⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. 2006. p. 70-72.

⁹³ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 45-47.

substitutivos...”.⁹⁴ Chamando atenção ao modo como o pluralismo do Estado contemporâneo conduz a um significativo aumento nos conflitos, gerando um alto volume de demandas judiciais, o autor conclui que é de interesse público a busca por mecanismos consensuais de solução de conflito:

...administração concertada, uma fórmula sintética designativa para os *novos modelos da ação administrativa*, ou seja, *aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade consensual e negocial*, que em pouco tempo passaria a ser empregada não apenas no desempenho da administração corrente como e principalmente para desenvolvimento de projetos conjuntos entre a iniciativa privada e as entidades administrativas públicas e até mesmo, **para instrumentar a solução de conflitos**

(...)

o 'consenso na composição de conflitos administrativos' tem como exemplos alguns institutos tradicionais, embora seu emprego tivesse sido desestimulado pela legislação anterior a 1988, tais como: a 'conciliação, a mediação e a arbitragem', e, mais recentemente, os 'ajustes de conduta e similares'.

(...)

Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos que envolvam a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita 'negociar o interesse público', mas, sim, de 'negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência.

É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo.⁹⁵ (itálico no original; grifou-se)

Com efeito, há um interesse público na pacificação social e, conforme indicado acima se tratando das três ondas de acesso à justiça, tal direito fundamental não se resume ao acesso ao Poder Judiciário, muito embora este último seja um desdobramento daquele primeiro. Nesse aspecto, a solução do conflito por métodos consensuais – compositivos ou mesmo heterocompositivo – garante maior participação do administrado na resolução da controvérsia.

O alinhamento entre a adoção de métodos consensuais e um modelo de Administração constitucional e democrática pode ser observado sob um aspecto *substancial*, de legitimidade, em razão do potencial de efetiva promoção de pacificação em tempo razoável e acesso à justiça. Também presente um prisma *procedimental*, de legitimação, vez que o interessado compõe, com protagonismo, o processo de busca pela solução.

⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. 2006. p. 75.

⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. 2006. p. 77.

Nesse âmbito, há questão que carece de ser tratada: a arbitragem, à medida que se trata de método heterocompositivo, pode ser tida como um mecanismo consensual de resolução conflitos? Com efeito, se no procedimento arbitral a solução para a controvérsia é apresentada por um terceiro imparcial – o árbitro –, é pertinente questionar se tal técnica pode ser identificada como integrante do paradigma consensual.

Quanto a tal questionamento, tem-se que pontuar que a adoção da arbitragem ocorre em um contexto eminentemente consensual. De fato, a solução do conflito dar-se-á mediante sentença arbitral, nada obstante, a matéria somente será levada à resolução por meio de arbitragem caso as partes envolvidas no conflito consentiram com a escolha de tal procedimento, seja antes da instauração da disputa, por meio de cláusula compromissória, seja após o surgimento da controvérsia, mediante compromisso arbitral.

O aspecto negocial é elemento constitutivo indissociável da arbitragem – tema que será explorado de modo mais verticalizado no capítulo a seguir –, de modo tal que, ausente o consenso, não há que se falar em instauração da arbitragem. A título de exemplo, no Brasil, em se tratando contratos de adesão, a Lei da Arbitragem, nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, condiciona a eficácia da cláusula compromissória à assinatura ou visto específico do aderente no local do instrumento em que se encontra a aludida cláusula. É comentando esse caráter negocial que Fredie Didier Júnior alega ser incongruente a noção de compulsoriedade quando se refere à pactuação da arbitragem,⁹⁶ o que, de modo algum, afasta a compulsoriedade do que posteriormente for firmado pela sentença arbitral.

O aspecto consensual da arbitragem foi referido no julgamento do chamado Caso Lage, em que a União litigou com os herdeiros de Henrique Lage quanto à (in)constitucionalidade do Juízo Arbitral. Na referida demanda, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o agravo de instrumento da União, Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, mantendo a decisão do então Tribunal Federal de Recursos.⁹⁷ O acórdão lavrado pelo Ministro Américo Godoy Ilha fixou “...Natureza consensual do pacto de compromisso – O pacto de compromisso, sendo de **natureza puramente consensual**, não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção...”.⁹⁸ (Grifou-se).

No entanto, é possível verificar que há um grau de hibridismo contido na arbitragem – consenso em sua eleição da via e do(s) árbitro(s) e heterocomposição na

⁹⁶ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 196.

⁹⁷ LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p.91-104, jul./set. 1997. p. 95-96.

⁹⁸ ILHA, Américo Godoy *apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2001. p. 220.

formação da decisão –, que, de modo algum, furta o caráter consensual de tal modo de resolução de conflitos. Moreira Neto versa dizendo que a arbitragem é compreendida a partir de uma “... *tese contratual*, embora se esboce uma tendência a aceitar um certo grau de hibridismo *institucional* ...”.⁹⁹ (itálico no original). O aspecto institucional aludido será melhor trabalhado no capítulo subsequente, quando será tratada a questão da jurisdicionalidade da arbitragem.

A arbitragem se insere no contexto de métodos consensuais de solução de conflitos, muito embora esse caráter consensual repouse no momento da escolha do caminho para a resolução do conflito e não da decisão que efetivamente põe fim à controvérsia. Moreira Neto indica que essa possibilidade de escolha – onde se encontra aspecto consensual – pela arbitragem no âmbito da Administração Pública restabelece a “...liberdade de se buscar justiça como exercício do consenso...”.¹⁰⁰ Em uma sociedade contemporânea calcada em valores democráticos, é evidente que há preocupação de inafastabilidade da jurisdição exercida pelo Poder Judiciário em nome de um compromisso total com tais valores, todavia isso não elimina nem embaraça a busca por justiça – enquanto um anseio humano titularizado pelo sujeito de direitos –, que poderá buscar sua satisfação em modos que prestigiem o consenso como instrumento privilegiado da convivência social.¹⁰¹ A possibilidade de opção pelo procedimento arbitral apresenta-se como uma manifestação da autonomia da vontade e, no contexto da Administração Pública, autorizada pelo paradigma da consensualidade informado pelo interesse público.

Ademais, cumpre indicar também que os instrumentos de resolução consensual de conflitos não precisam ser vistos como auto excludentes entre si, sendo mais adequado encará-los como sequenciais, podendo ser adotados sequencialmente à luz das peculiaridades do caso concreto. Não é por outro motivo que os diversos instrumentos normativos que instauram câmaras arbitrais no âmbito da Administração Pública – especialmente no seio dos órgãos de advocacia pública e nas agências reguladoras –, tem-se que a tentativa de autocomposição, mediante negociação e conciliação, figurará como etapa prévia no procedimento arbitral. A própria Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em seu Art. 21, parágrafo quarto, estabelece que competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, a tentativa de conciliação das partes, ao passo que o artigo vinte e oito estatui

⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 229.

¹⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2001. p. 222.

¹⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2001. p. 222.

que no decurso da arbitragem poderá haver conciliação, que será declarada mediante sentença arbitral.

Utilizando uma análise de “conflitologia” – que também será retomada no capítulo seguinte –, tal como a proposta Jorge Bolaños Carmona à luz da teoria dos jogos, os métodos consensuais, podem induzir as partes envolvidas a uma postura cooperativa, em vez de competitiva, como se observa, em regra, em situações conflituosas. Carmona, analisando o conflito como um jogo, demonstra que os jogadores – participantes da controvérsia – buscam sempre maximizar os benefícios para si e é possível que isso, muitas vezes, ocorra mais eficientemente pela sinergia e não pela disputa.¹⁰² Com efeito, há jogos cooperativos, em que o benefício de uma parte não implica necessariamente prejuízo à outra – a chamada eficiência ou ótimo de Pareto –, podendo inclusive, pelo contrário, gerar benefício simultâneo aos jogadores. Assim, os métodos consensuais de resolução de conflitos devem ser pensados de modo conjugado, porque as partes podem adotar uma postura mais colaborativa em um contexto de consensualidade, pondo fim à disputa de modo autocompositivo, mesmo no contexto da arbitragem.

Cooperação entre Administração e administrado, mediante a consensualidade, pode conduzir a uma solução de conflitos que cause menos fissuras entre as partes, bem como dispensar o expressivo de esforço que existe em uma disputa – como naquelas deduzidas em Juízo –, em que uma parte engendra energias para refutar a argumentação da parte adversa, colocando-se em uma postura totalmente não cooperativa. A consensualidade alinha-se ao paradigma de uma Administração Pública constitucionalizada, guardando profunda ligação com o interesse público e com a valorização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, à medida que diz respeito ao acesso à justiça e ao respeito ao anseio de justiça que têm os sujeitos de direito.

Como o modelo da Administração consensual se trata de um paradigma que, enquanto tal, carrega a promessa de irradiar-se em seus efeitos em todos os âmbitos da atividade administrativa, abre-se a possibilidade de o consenso alcançar a conflituosidade envolvendo a Administração Pública, possibilitando modalidades consensuais de solução dos impasses, dentre as quais, a arbitragem.

¹⁰² Cf. CARMONA, Jorge Bolaños. Los dilemas en mediación o como crear relaciones beneficiosas. In: PARDO, Guillermo Orozco (Org.). **Tratado de mediación en la resolución de conflictos**. Madrid: Tecnos, 2015. p. 70-88.

2 ARBITRAGEM, CONFLITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após delinear o chamado modelo de Administração consensual, exatamente para reconhecer o conjunto de compreensões que possibilitou que o Estado se abrisse às formas consensuais de resolução de conflito, cabe tratar agora especificamente da forma de dirimir de controvérsias que é objeto pesquisa, qual seja, a arbitragem. Oportunamente, rememora-se que, conforme tratado no capítulo anterior, o fato de o procedimento arbitral tratar-se de método heterocompositivo de resolução de conflitos não afasta seu caráter consensual – ainda que híbrido/misto, por agregar consensualidade e litigiosidade –, pois somente existirá arbitragem se houver consenso entre as partes quanto à instauração do juízo arbitral.

Pontua-se que a discussão a respeito da (im)possibilidade de utilização da arbitragem pelo Poder Público brasileiro, questão que despertou diversos debates, desde há muito. Com efeito, a vedação do uso da arbitragem pelo Estado já foi objeto, inclusive, de proposta de emenda à Constituição (PEC). A saber, a PEC nº 96 de 26 de março de 1993¹⁰³ – que visava promover a reforma do Poder Judiciário e deu origem à Emenda Constitucional nº 45/2004 –, em seu texto original, tratando dos Juizados Especiais, trazia o Art. 10 que, dentre outras disposições, acrescia um parágrafo quarto ao Art. 98 da Constituição dispondo: “§4º Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei”.¹⁰⁴

Opunha-se à ideia de utilização do procedimento arbitral pela Administração Pública diversas objeções, como, por exemplo: a incompatibilidade entre arbitragem e indisponibilidade do interesse público; presença de confidencialidade, de forma a violar o princípio da publicidade; ausência de autorização legal específica à celebração de convenção arbitral.¹⁰⁵ Por esse motivo, o projeto de pesquisa que deu origem a este trabalho, indicava que a investigação prestar-se-ia a verificar a possibilidade de utilização da arbitragem pelo Poder Público, trazendo ainda a hipótese de que não haveria incompatibilidade entre os princípios da administração e o procedimento arbitral.

¹⁰³ No Senado Federal, a PEC tramitou sob o nº 29A/2000.

¹⁰⁴ Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional nº 96, 26 de março de 1992. **Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário.** Iniciativa Hélio Bicudo. Diário do Congresso Nacional, Brasília, nº 58, ano 47, 1 mai. 1992. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01MAI1992.pdf#page=7>> Acessado em 29 abr. 2019

¹⁰⁵ Cf. PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner *et al.* (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC SP.** São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. Tomo II; recurso eletrônico; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo (e-book).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 988-990.

Todavia, há no Brasil lei autorizadora em relação à utilização da arbitragem pelo Estado. A saber, a Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015 alterou a Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, fazendo-lhe constar, expressamente, que a Administração Pública (direta e indireta) pode utilizar arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A rigor, mesmo antes de tal previsão legal, diversas outras leis previam a possibilidade de arbitragem no âmbito da Administração Pública.¹⁰⁶ Em igual direção, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já haviam decidido pela constitucionalidade e legalidade do uso da arbitragem pelo Estado.

Portanto, opta-se por, em vez de problematizar se é possível o uso ou não da arbitragem pelo Estado, assumir, desde já que é facultada a utilização da via arbitral. Assim, a pesquisa pode se concentrar em discutir como as vicissitudes da utilização, autorizada em lei, da arbitragem pela Fazenda Pública. Considerando o caráter majoritariamente dogmático do direito – tema já tratado anteriormente ao versar-se sobre aplicabilidade da noção de paradigma ao direito –, bem como a centralidade da legalidade nos ramos de direito público, havendo autorização legal, é mais proveitoso discutir adequação e características do que possibilidade propriamente dita.

Assim, eventuais argumentos que eram utilizados para advogar contra o uso da arbitragem pela Administração Pública servem agora para conduzir investigação quanto a particularidades e limitações que o procedimento arbitral assumirá quando o Estado for parte no litígio, ou mesmo quando ele atuar como terceiro imparcial, na função de árbitro. Essa é a perspectiva que guia este capítulo, que também ambiciona apresentar aspectos gerais e conceituais da arbitragem correlacionando-os com o Poder Público. A opção por apresentar os elementos e características da arbitragem já os relacionando diretamente com a Administração Pública é congruente com a pretensão deste trabalho que, de modo algum, é de tornar-se um manual de Teoria Geral da Arbitragem.

Realizados tais esclarecimentos, aponta-se que este segundo capítulo pretende: apresentar o conceito de arbitragem e discutir a relação dela com o conflito (item 2.1); debater se o caráter negocial da arbitragem afasta a possibilidade de se reconhecer jurisdição em tal juízo (item 2.2); indicar os elementos da arbitragem, apontando como eles são

¹⁰⁶ São exemplos, a lei que regula a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Leis nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996 e nº 10.233 de 5 de junho de 2001. Igualmente, a Lei de Concessões e Permissões, Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, e a Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, positivam o uso da arbitragem.

compreendidos nas hipóteses que envolvem o Estado, bem como propor um critério de avaliação, pela Administração, quanto à escolha de usar processo arbitral (item 2.3).

2.1 Arbitragem e resolução de conflitos: apontamentos iniciais

Formam-se conceitos a partir de elementos constituidores de um objeto (ente), de modo tal que o esforço por conceituar reclama decomposição daquilo que se conceitua, facilitando a cognição do objeto. Ainda, o empreendimento de formulação de conceitos se faz por meio de juízos de diferenciação e de não diferenciação, o que permite identificar quais daqueles elementos constituidores estão presentes e quais estão ausentes em outros objetos semelhantes àquele estudado.

Assim, importa apresentar conceitos de arbitragem e analisar quais elementos se repetem, a fim de, após, observar quais mudanças acometem esses mesmos componentes quando a Administração Pública compõe o procedimento arbitral. Esclarece-se que não se busca prender-se a um “conceitualismo”, razão pela qual, inclusive, fala-se em conceito e não em definição, pois o intento não é chegar a uma definição última e universal – como que se alcançando a ontologia de algo –, fechando-se ao debate, mas sim colher pontos que podem justamente ser fomentar a discussão.

Tal empreitada aproveita à intenção do capítulo subsequente desta dissertação, que tratará da arbitragem enquanto possível política pública. Já se fez referência à arbitragem como um possível instrumento de acesso à justiça não idêntico ao acesso ao Judiciário. A valer, é por meio dos juízos de diferenciação e de aproximação que será possível constatar se, assim como o processo judicial, a arbitragem pode promover tal direito fundamental.

Ademais, considerando que a arbitragem diz respeito a somente um dos vários modos de resolução de conflitos, o levantamento dos elementos presentes na via arbitral permitirá diferenciá-la das demais formas de composição de controvérsias. Assim, em relação à arbitragem, passa-se a examinar conceitos e a relacioná-la com a conflitológica, com apoio na teoria dos jogos.

2.1.1 O que caracteriza a arbitragem? Elementos colhidos a partir de conceitos

É relativamente comum que buscas conceituais se iniciem com um estudo etimológico do termo que se busca conceituar. No caso, não se adota tal técnica em razão de duas razões. Em primeiro lugar, a compreensão quanto à arbitragem alterou-se bastante nos

últimos anos – inclusive no que diz respeito à discussão quanto à existência de caráter jurisdicional – especialmente, no caso do Brasil, após o advento da Lei nº 9.307/1996, de modo que a pesquisa etimológica, a despeito de seu valor histórico, diria pouco quanto aos elementos que constituem a acepção atual de arbitragem.

A segunda razão diz respeito ao fato de que a palavra arbitragem encontra antecedente tanto no termo *arbitrator*, quanto no na expressão *arbiter*, que se refere a sujeitos que exercem funções distintas, que não dialogam exatamente com a compreensão atual do árbitro e da arbitragem.¹⁰⁷ A noção de *arbiter* se aproxima da heterocomposição de um conflito, referindo-se a um terceiro que arbitra a controvérsia, sem, porém, tratar da exigibilidade do decidido e da jurisdição deste terceiro. Já a figura do *arbitrator* diz respeito ao terceiro a quem cabe decidir a respeito de algum elemento de eventual avença, tratando-se, portanto, não da resolução de um conflito, mas de uma técnica de integração da relação jurídica semelhante àquela possibilidade – trazida pelo Código Civil em seu artigo 252, parágrafo quarto – de se atribuir a um terceiro a escolha da prestação no caso das obrigações alternativas.

Por certo, a arbitragem baseia-se na presença de um terceiro, o que traz o caráter *heterônomo*. Porém, esse terceiro exerce, por convenção das partes, a função de dirimir controvérsia, do que se extrai o caráter *consensual* e *heterocompositivo*, respectivamente. Atenta-se ainda que essa decisão dá-se mediante um *processo*, à medida que pressupõe um procedimento guiando a relação processual entre os sujeitos em disputa. Também não se pode esquecer que essa decisão será revestida de *exigibilidade e imutabilidade*. Portanto, o conceito de arbitragem tem que refletir esses aspectos que lhe são caracterizadores, sendo insuficiente a mera referência à presença de um terceiro que decide questão controvertida, como no conceito minimalista de arbitragem formulado por Jaime Guasp.¹⁰⁸

Um exemplo de conceito que melhor reflete esses aspectos é o confeccionado por Selma Maria Ferreira Lemes, que define arbitragem como:

... 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. A decisão exarada por esse

¹⁰⁷ Cf. FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**: breves comentários à Lei 9.307, de 23-9-1996. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 25.

¹⁰⁸ Cf. GUASP, Jaime *apud* AYLLÓN, Tomás Ogáyar y. **El contrato de compromiso y la institución arbitral**. v. 2. Madrid: EDERSA, 1975. p. 96.

tribunal tem os mesmos **efeitos de uma sentença judicial** (art. 31 da Lei nº 9.307, de 23.09.1996).¹⁰⁹ (Grifou-se)

Trata-se de um conceito muito próximo daquele trazido por Carlos Alberto Carmona em obra dedicada ao estudo da Lei da Arbitragem, para quem 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 judicial**.¹¹⁰ (Grifou-se)

Enquanto Lemes e Carmona optam por tratar dos efeitos da decisão equiparando-a às sentenças judiciais – com referência à Lei da Arbitragem –, o conceito de arbitragem apresentado por Marçal Justen Filho vai além e identifica na arbitragem um aspecto jurisdicional. A análise referente à jurisdicionalidade da arbitragem, porquanto tema de certo modo ainda controverso, receberá um trato separado no item 2.2. No mais, Justen Filho retoma aqueles mesmos elementos trazidos por Lemes e apresenta uma limitação objetiva da arbitragem – decorrente justamente da Lei nº 9.307/1996 –, qual seja, a aptidão para tratar apenas de direitos patrimoniais disponíveis. O conceito:

A arbitragem consiste no exercício por **sujeito privado** do poder jurídico para **compor um litígio**, proferindo **decisão com efeitos jurisdicionais**, sendo uma solução admissível quando prevista **consensualmente** pelos sujeitos envolvidos, desde que versando sobre **direitos patrimoniais disponíveis**.¹¹¹ (Grifou-se)

Os verbetes até então trazidos chamam a atenção para o fato de que os sujeitos, consensualmente, escolhem a via arbitral para a solução de um conflito. Quanto a esse aspecto subjetivo, avançando na busca por elementos da arbitragem a partir das propostas de conceito quanto a tal instituto, traz-se o conceito elaborado por Suzana Santi Cremasco, que dispensa maior atenção aos requisitos referentes às partes em conflito:

A arbitragem é o método de composição de conflitos de interesses, por força do qual **pessoas físicas ou jurídicas, desde que capazes de contratar** e mediante consentimento recíproco, confiam o julgamento de litígios relativos aos direitos disponíveis a um tribunal formado por um ou mais

¹⁰⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59.

¹¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 29-30.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo (e-book)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 988.

árbitros, especialmente escolhidos para este fim e por elas indicados ou não.¹¹² (Grifou-se)

Apresentando um conceito mais maximalista no que diz respeito aos árbitros, Luiz Antônio Scavone Júnior insere como característica corriqueira do terceiro imparcial a expertise quando à matéria à qual se refere o objeto do conflito a ser decidido:

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por meio do árbitro, **normalmente um especialista na matéria controvertida**, que apresentará uma sentença arbitral que constitui título executivo judicial.¹¹³ (Grifou-se)

Não se pode perder de vista que um dos argumentos levantados contra a utilização da arbitragem pela Administração Pública era exatamente a ausência de lei autorizadora – questão superada pela reforma realizada na Lei da Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015. Isso se dá graças à forte relação existente entre juridicidade e Administração Pública. Desse modo, para além dos conceitos elaborados no âmbito da academia, importa investigar quais elementos caracterizadores da arbitragem podem ser extraídos diretamente da Lei nº 9.307/1996, pois são tais componentes que terão seu conteúdo identificado e adaptado nos casos em que o Estado utiliza-se da arbitragem.

Nesse âmbito, verifica-se que a Lei nº 9.307/1996 traz os diversos elementos mencionados acima, regulando-os. O primeiro artigo da aludida lei já estatui que a arbitragem poderá ser utilizada por pessoas capazes de contratar, incluindo a Administração Pública (parágrafo primeiro), para a resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. O artigo terceiro, por sua vez, traz o caráter consensual da arbitragem, indicando que ela será pactuada mediante convenção de arbitragem, que poderá ser instrumentalizada mediante cláusula contratual compromissória ou por celebração de compromisso arbitral. O diploma legal, em relação ao árbitro, indica que será pessoa capaz que detenha a confiança das partes (Art. 13, *caput*), podendo ser escolhido um órgão arbitral institucional ou entidade especializada (Art.13, parágrafo terceiro), e, em qualquer dos casos, os árbitros serão juízes de fato e de direito (Art.18). Quanto à eficácia da decisão, o Art. 18 prevê que a sentença arbitral independe de homologação judicial para a produção de efeitos, não podendo ser objeto de recurso ao Poder Judiciário.

¹¹² CREMASCO, Suzana Santi. **A arbitragem**: interna e internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 1.

¹¹³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 16.

A partir desses pontos da lei, é possível formular um conceito segundo o qual arbitragem é: um meio de resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, acessível às pessoas capazes para contratar, desde que optem pela via arbitral mediante convenção, elegendo um terceiro, ou um conjunto de terceiros, de sua confiança para elaboração de uma sentença arbitral, que produzirá efeitos independentemente de homologação judicial.

Uma vez tendo passado por esses diversos conceitos, é possível identificar com maior clareza quais elementos são usualmente associados à arbitragem. Nota-se a reiterada presença de referência a: um conflito de interesses entre indivíduos; consenso quanto à escolha de um terceiro ou grupo de terceiros para formulação de decisão que ponha fim ao conflito; decisão com efeitos de sentença. Em relação aos demais elementos que não são repetidos em todos os conceitos, há explicações possíveis quanto a essa ausência. No que tange à adstrição do uso da arbitragem aos direitos patrimoniais disponíveis (aspecto objetivo) e às pessoas capazes (aspecto subjetivo), trata-se de decorrência do próprio contratualismo que rodeia a escolha pela via arbitral, ponto que será mais bem tratado no item 2.3. Já a respeito da expertise dos árbitros, trata-se de elemento contingencial, vez que condicionado ao consenso entre as partes, que, muito embora, em regra, escolham árbitros com notória especialização na matéria controvertida, não estão obrigados a assim fazê-lo.

Antes de prosseguir lidando alguns desses elementos da arbitragem neste capítulo, correlacionando-os com a Administração Pública, cumpre ainda tratar de uma questão: a processualidade da arbitragem. Os conceitos trazidos acima se referem à arbitragem como “método extrajudicial” (Lemes), “técnica” (Carmona), “poder jurídico” conferido ao árbitro (Justen Filho), “método de composição de conflitos” (Cremasco) e “meio privado meio privado e alternativo de solução de conflitos” (Scavone Júnior). Porém tal método, ou técnica, possui caráter meramente procedimental, ou trata-se de processo tal qual ocorre na resolução das lides deduzidas perante o Poder Judiciário?

Não se nega que a questão da processualidade está intimamente ligada à jurisdicionalidade, tema que ainda será analisado. A valer, é por meio do processo que se manifesta e se exerce a jurisdição. Nada obstante, adiantando-se que se buscará demonstrar no item 2.2 como o árbitro exerce jurisdição, cabe já aqui tratar da arbitragem enquanto processo. Nesse jaez, serve-se da construção Marcos André Franco, que, em diálogo com posicionamentos de Elio Fazzalari e Carlos Alberto Carmona, elenca três motivos que apontam para o caráter processual da arbitragem: desenvolve-se um contraditório entre as partes, superando o mero procedimento; o árbitro exerce jurisdição; tem-se uma relação

jurídica processual entre as partes e o árbitro.¹¹⁴ De fato, tem-se o encadeamento de atos em que as partes participam exercendo direitos e deveres oriundos de seus vínculos – parte-parte e parte-árbitro – que decorrem tanto da lei, quanto da convenção arbitral, enquanto se exerce a jurisdição. Quanto à processualidade daquelas relações presentes na arbitragem:

... as definições de relação jurídica processual, feitas pela doutrina tradicional, encaixam-se perfeitamente na arbitragem. Um bom exemplo é a explicação dada por Moacyr Amaral Santos, que afirma que: “no processo, naquela série ordenada de atos, formando uma unidade, tendente ao fim que é a provisão jurisdicional, se contém uma relação jurídica, de natureza complexa, compreendendo direitos, deveres e ônus das partes, mais direitos, poderes e deveres do juiz, prescritos pela lei processual. Trata-se de uma relação jurídica processual, da qual participam o autor, o réu e o juiz.” (...) De modo bem similar, na arbitragem também existe uma série de atos (coordenados, complexos, dinâmicos), cujo objetivo é alcançar-se a sentença arbitral (que é título executivo judicial), havendo direitos, deveres, poderes e ônus de todos os envolvidos, que estão regulados em lei e no contrato.¹¹⁵

Concluindo-se pelo caráter processual da arbitragem – portanto, constituída não só de procedimento/método, mas também de relação jurídica processual –, é importante esclarecer que a utilização, nesta dissertação, da expressão “procedimento arbitral”, em casos que caberia “processo arbitral”, trata-se de mera metonímia, substituindo-se o todo pela parte, que mantém uma de amplo uso.

Tendo identificado elementos da arbitragem mediante a análise de conceitos – inclusive de um conceito esboçado a partir da Lei 9.307/1996 –, bem como versado sobre o caráter processual, caberá ao item 2.3 trabalhar mais detalhadamente alguns desses elementos, estabelecendo uma correlação entre eles e o uso da arbitragem pelo Estado. Agora, considerando que o processo arbitral se presta à composição de controvérsias, pertinente tecer comentários quanto ao conflito.

2.1.2 Conflituosidade e arbitragem

A arbitragem presta-se à solução de conflitos, sendo apenas um dos diversos meios existentes para resolução de controvérsias. A peculiaridade é que a via arbitral, de modo distinto como ocorre nas modalidades puramente consensuais, a decisão apta a por fim no conflito não decorrerá de um ajuste entre as partes conflitantes, mas sim de um ato

¹¹⁴ Cf. MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. 415 f. Tese (Doutorado). Curso de doutorado em direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 22-23.

¹¹⁵ MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. p. 23-24.

normativo, de um terceiro, para o caso concreto. É daí que se extrai o caráter heterocompositivo do processo arbitral.

Assim, considerando que há um esquema de preempção – aplicação do desígnio de um terceiro em substituição dos desígnios individuais –, a arbitragem não é tida como o primeiro meio adequado à resolução da disputa. Não ocupa a arbitragem o topo da lista de preferência. Com efeito, na busca por pacificação social, enquanto anseio que contribui à manutenção da vida em sociedade, é preferível que a solução dos conflitos ocorra gerando menos fissuras e deixando menos insatisfação remanescente entre aqueles que disputam. Nesse aspecto, a participação dos conflitantes na confecção da saída à controvérsia, levando-os a sentirem-se agentes ativos dessa resolução, faz com que a autocomposição, seja mais desejável em relação heterocomposição. Ocorre que nem sempre as partes estarão dispostas a autocompor.

Nessa análise quanto à viabilidade de autocomposição e ou heterocomposição, a teoria dos jogos aplicada à resolução dos conflitos auxilia no juízo de adequação em relação às diversas formas de resolução de controvérsias. Pensando o conflito como jogo e as partes conflitantes como *players*, jogadores, no tabuleiro, observar-se-á que existem: *jogos de soma zero*, ou seja, em que os o alcance do interesse de uma parte afasta a pretensão titularizada pela outra parte; e *jogos de soma não-zero* em que a satisfação de um interesse não inviabiliza a satisfação do interesse da parte adversa.¹¹⁶ Em diversas hipóteses, especialmente aquelas que envolvem contratos em que, pelo seu próprio caráter negocial, a resolução da disputa favorece ambas as partes protegendo o interesse comum original que levou as partes à celebração da avença. A autocomposição, mais do que a heterocomposição, tende a levar as partes a um desfecho os interesses de ambos os litigantes são, ao menos parcialmente, contemplados.

Nesse aspecto, no tocante à arbitragem, em razão de seu caráter heterocompositivo, ela se aproxima bastante do processo judicial, todavia possui algumas características que, analisadas à luz da teoria dos jogos, distinguem-na da via judicial. A saber, na arbitragem, como as partes podem dispor quanto às regras procedimentais, é possível que se franqueie, às partes, alteração dos pedidos – inclusive com acréscimos e

¹¹⁶ Cf. AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciene Moessa de (Org.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 17-38. p. 25.

supressões –, o que pode conduzir a uma resolução de soma não-zero.¹¹⁷ Além do mais, a arbitragem, ainda que em menor escala em relação à autocomposição, possibilita um contexto mais favorável à cooperação do que ocorre no processo judicial, vez que a própria instituição do juízo arbitral depende de consenso entre os contendentes. No mesmo sentido, enquanto no Poder Judiciário, a despeito da cobrança de custas judiciais – que têm caráter de tributo na modalidade taxa –, o Estado é quem financia a estrutura que permite o processamento e julgamento do conflito, na arbitragem são as partes como as partes suportam todos os custos. Esse encargo financeiro que recai sobre os optantes pelo processo arbitral, atrai um interesse comum de resolução célere desperta a cooperação dos jogadores.¹¹⁸ A simples presença de um ajuste de interesses já cria contexto mais propenso à cooperação.

Ainda em relação à utilidade do uso da teoria dos jogos – braço da teoria da decisão –, ela permite melhor visualização quanto aos elementos do conflito, analisando o que pauta as decisões dos envolvidos e facilitando a opção pela forma mais adequada de resolução:

La teorí de juegos busca encontrar la mejor eleccion entre alternativas posibles frente a una situación real; en la práctica suele hablarse de “decisión” cuando interviene un solo “actor” o “decisor”, y se usa la expresión ‘juego’ cuando interactúan dos o mas actores o ‘jugadores’ com sus decisiones.¹¹⁹

Conforme já brevemente mencionado no capítulo primeiro, segundo as análises conflitológicas de Jorge Bolaños Carmona, as partes em disputa comportam-se de tal forma a maximizar seus interesses.¹²⁰ É certo que essa otimização também poderá ser observada mediante adoção de postura cooperativa em detrimento de postura não cooperativa. A grande dificuldade, porém, é que, instaurada a controvérsia, é corriqueiro que as pessoas em disputa passem a atuar segundo a percepção de que tal disputa se trata de um jogo de soma-zero – independentemente de sê-lo ou não –, em que a melhor solução será aquela em que a outra

¹¹⁷ Cf. ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

¹¹⁸ Cf. ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. A teoria dos jogos. 2003.

¹¹⁹ CARMONA, Jorge Bolaños. Los dilemas em mediación o como crear relaciones beneficiosas. 2015. p. 71.

¹²⁰ Cf. CARMONA, Jorge Bolaños. Los dilemas em mediación o como crear relaciones beneficiosas. In: PARDO, Guillermo Orozco (Org.). **Tratado de mediación en la resolución de conflictos**. Madrid: Tecnos, 2015. p. 70-88.

parte saia vencida, fomentando um processo destrutivo ao invés de um processo construtivo de resolução de conflitos.¹²¹

Assim, faz-se necessário buscar uma solução do conflito, substituindo o protagonismo da posição – vez que as partes ocupam posições opostas – pela centralidade no interesse.¹²² De fato, as partes, estando em polos opostos, deixar de visualizar que seus interesses podem ser complementares, o que gera dificuldades na busca desses mesmos interesses. O “... conflito se expressa inicialmente através de ‘posições’, mas o que está em jogo é uma divergência de interesse”,¹²³ de modo que necessário afastar o ímpeto combativo inicial, a fim de despertar uma postura cooperativa nas partes conflitantes. De acordo com a conflitolgia dos jogos de Bolaños Carmona, os jogadores se comportarão guiados pela maximização de benefícios, portanto, a postura cooperativa surgirá se os *players* conseguirem visualizar que têm mais a ganhar protegendo o interesse em vez da posição.

É em tal âmbito que tem importância um instituto pertencente à arbitragem, qual seja, o uso escalonado dos meios de resolução de conflitos. Tal escada gradativa poderá ser formalizada mediante cláusula escalonada (*escalation clause*) – também alcunhada cláusula mista ou combinada – na convenção arbitral, hipótese em que as partes podem livremente dispor diversas etapas que deverão ser observadas antes da instauração do juízo arbitral, incluindo diversas sessões de conciliação, auxílio de mediador ou qualquer outra opção escolhida. Justamente pela possibilidade de se conjugar formas de resolução de conflitos é que cláusulas compromissórias que também preveem mediação são chamadas de “cláusulas med-arb”.

Considerando a autonomia da vontade, a cláusula escalonada poderá ser desprovida de vinculação, todavia, tal ausência de obrigatoriedade gera o risco de inutilidade da cláusula. Ademais, a própria Lei 9.307/1996 também incorpora o uso escalonado da resolução de conflitos, prevendo em seu Art. 21, parágrafo 4º, que compete ao árbitro, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes. Desse modo, uma cláusula escalonada não vinculante seria, em termos práticos, repetição de algo já previsto pela lei. Condicionar a instalação da arbitragem à tentativa de autocomposição é mais efetivo, em termos de composição, vez que será exigido que as partes reflitam a respeito de uma solução puramente

¹²¹ Cf. DEUTSCH, Morton *apud* AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de disputas. 2009. p. 29.

¹²² Cf. AZEVEDO, André Gomma de. Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem (“med-arb”). In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciene Moessa de (Org.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 259-271. p. 266.

¹²³ AZEVEDO, André Gomma de. Conflitos societários e empresariais. 2009. p. 266.

consensual, de modo a promover aquela centralidade do interesse, ao invés da posição e do conflito.

Essa suspensão do ânimo de conflito, que operada pela cláusula escalonada, tem o condão de maximizar a possibilidade de solução da controvérsia de forma mais satisfatória o possível para ambas as partes (jogo de soma não-zero). A saber, conforme o artigo “*Why it doesn't Work and Why it does*” publicado na “*Harvard Business Review*”, pesquisa empírica revelou que dentre as principais razões para o fracasso de procedimentos de mediação e arbitragem está a postura excessivamente litigante de partes e advogados – que encaram tais formas de resolução de conflito como se fosse uma disputa judicial –, bem como a concepção – facilmente assimilada por pessoas em posturas não cooperativas – de que o êxito consiste em, necessariamente, obter a derrota da parte adversa.¹²⁴

Assim, quanto à relação da arbitragem com o conflito, tem-se que é possível resguardar a instauração do juízo arbitral para situações em que tentativas de autocomposição, inclusive aquelas previstas em cláusula escalonada, não restarem exitosas. Em todo caso, a arbitragem não exclui por si a possibilidade de se manter uma postura cooperativa nem de se estabelecer um contexto em que a disputa seja necessariamente de soma não-zero. No entanto, para que isso seja possível, é importante que as partes concentrem-se nos interesses presentes na disputa, deixando de agir levando unicamente a posição ocupada no conflito.

2.2 Arbitragem: jurisdição ou contrato?

Questão que desperta diversos debates, no que diz respeito à caracterização da arbitragem, diz respeito à existência, ou não, de caráter jurisdicional na atividade exercida pelo(s) árbitro(s). Tanto quem defende, quanto quem combate a noção de arbitragem como jurisdição apresentam diversos argumentos que lidam, especialmente, com o caráter negocial da arbitragem e com as semelhanças e diferenças existentes entre o processo arbitral e o processo judicial. Cabe, portanto, revistar tais argumentos, crivando-os pela refutabilidade, para se concluir qual posicionamento melhor explica o fenômeno arbitral.

Em síntese ligeiramente reducionista, existem duas posições quanto a esse tema, aquela chamada *privatista*, que entende a arbitragem como eminentemente contratual e a *publicista*, que advoga existir caráter jurisdicional na arbitragem. A corrente privatista, também chamada contratualista, traz que a eleição do árbitro e o reconhecimento da autoridade de sua decisão não passam de decorrência da autonomia da vontade, de modo que

¹²⁴ Cf. AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de disputas. 2009. p. 22.

sua vinculação tem o caráter comum à obrigatoriedade dos contratos, pela máxima do *pacta sunt servanda*.¹²⁵ A corrente publicista, ou jurisdicionalista/institucional, por seu turno, fundamenta-se na ideia de que, muito embora as partes elejam o árbitro, é da lei que provém o poder do terceiro e os efeitos da decisão, que será tão obrigatória quanto à sentença judicial.¹²⁶

Por certo, como ficou claro ao versar-se a respeito do caráter consensual da arbitragem, que o seu aspecto negocial referente à celebração da convenção arbitral, seja na modalidade de cláusula arbitral ou de compromisso arbitragem, é manifesto. Com efeito, a consensualidade foi um dos elementos sempre presentes nos conceitos analisados no item 2.1.1, constando, inclusive, na própria Lei nº 9.307/1996. É chamando atenção para isso que Elio Fazzalari, em seu tratado sobre a arbitragem, compara a decisão arbitral a um negócio jurídico unilateral,¹²⁷ vez que caberia ao terceiro julgador manifestar-se unilateralmente, cabendo às partes, pela força obrigacional da convenção arbitral, submeterem-se a tal manifestação.

Diogo Figueiredo Moreira Neto, embora demonstre maior flexibilidade à medida que reconhece um caráter misto na arbitragem, aduz que prevalece “... a *tese contratual*, embora se esboce uma tendência a aceitar certo grau de hibridismo *institucional*, sem, contudo, chegar a admitir-se que a arbitragem possa ser uma subespécie jurisdicional”.¹²⁸ (itálico no original). Moreira Neto, para fundamentar sua posição, faz referência ao julgamento do chamado Caso Lage, em que a União litigou com os herdeiros de Henrique Lage quanto à (in)constitucionalidade do Juízo Arbitral. Na referida demanda, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o agravo de instrumento da União, Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, mantendo a decisão do então Tribunal Federal de Recursos.¹²⁹ O acórdão lavrado pelo Ministro Américo Godoy Ilha fixou “... Natureza consensual do pacto de compromisso – O pacto de compromisso, sendo de **natureza puramente consensual**, não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção...”.¹³⁰ (Grifou-se).

Avançando na argumentação pela não jurisdicionalidade da arbitragem com fundamento no seu caráter contratual, desdobram-se construções no sentido de que o fato de o poder atribuído árbitro não decorrer do Estado, mas sim da vontade das partes, afasta da

¹²⁵ Cf. FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**. 1998. p. 15.

¹²⁶ Cf. FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**. 1998. p. 15.

¹²⁷ Cf. FAZZALARI, Elio. **L' arbitrato**. Torino: UTET, 1997. p. 87.

¹²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 229.

¹²⁹ LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p.91-104, jul./set. 1997. p. 95-96.

¹³⁰ ILHA, Américo Godoy *apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2001. p. 220.

arbitragem o caráter jurisdicional.¹³¹ E se considera que o poder não advém do Estado porque ninguém é obrigado a submeter-se ao tribunal arbitral, faltando à arbitragem a compulsoriedade e imperatividade presente na jurisdição. Defesa, portanto de que “... embora materialmente idêntica à função jurisdicional em vários aspectos, a atribuição dos árbitros não é baseada no poder do Estado nem apresenta todas as características da jurisdição.”¹³²

Assim, levando em conta os argumentos apresentados, cabe à posição publicista – para afirmar a jurisdicionalidade da arbitragem – lidar com alguns pontos, quais sejam: a consensualidade na escolha do árbitro e da via arbitral afasta o caráter jurisdicional? Há uma ausência de “estatalidade” no poder do árbitro e isso impede que se conclua pela presença de jurisdição? Dessas perguntas retóricas extrai-se a necessidade de, para avaliar a presença de jurisdição na arbitragem, ter-se uma noção de quais são as características constituidoras da jurisdição. Isso porque, delimitando-se quais são os elementos da jurisdição necessários será possível buscar pela presença deles no processo arbitral.

Tem-se que as noções clássicas de jurisdição, no âmbito do direito de matriz romano-germânica, que costumam reverberar são aquelas formuladas por Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti. Chiovenda caracteriza a jurisdição como uma atividade em que o Estado, substituindo a vontade das partes, atua realizando a vontade concreta da lei.¹³³ Carnelutti, por seu turno, identifica a jurisdição a partir de uma centralidade do conflito, ressaltando função da jurisdição de compor justamente uma lide, ou seja, resolver da pretensão resistida e, após, deduzida em juízo.¹³⁴

Partindo de tais acepções do que vem a ser a jurisdição, a arbitragem exerce também a função de compor uma lide, que, muito embora, não foi deduzida junto ao Poder Judiciário, mas sim perante um juízo arbitral. Em sua decisão o árbitro também atua concretizando a lei – incluindo a lei no sentido amplo que compreende a lei *inter partes* nascida da convenção – no caso concreto. Poder-se-ia argumentar que na arbitragem é possível que a decisão ocorra por equidade (Art. 2º da Lei nº 9.307/1996), nada obstante isso não seria suficiente para afastar a noção de “concretude da lei”, vez que mesmo o Poder Judiciário poderá utilizar-se da equidade como elemento integrador na hipótese de lacunas, como prevê implicitamente o Art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei

¹³¹ Cf. PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. In: **Enciclopédia Jurídica da PUC SP**. 2007.

¹³² PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. In: **Enciclopédia Jurídica da PUC SP**. 2007

¹³³ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1 rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35-36.

¹³⁴ CARNELUTTI, Francesco *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 66.

de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Faltaria à arbitragem, porém, a característica de atividade estatal.

Todavia, conceitos mais recentes não trazem “estatalidade” como elemento necessário à caracterização. Com efeito, no mesmo sentido de superação de monopólios Estado como versado no primeiro capítulo deste trabalho, tem-se entendido que dirimir conflitos no exercício de jurisdição não deve acontecer apenas na estrutura judicial do Poder Público.¹³⁵ Por certo, não se nega que essa abertura somente poderia acontecer mediante autorização do ordenamento jurídico, o que, no caso da arbitragem, efetivamente ocorre com a Lei nº 9.307/1996. É nesse âmbito que, anotando a autorização estatal, tem-se que a arbitragem não é equivalente jurisdicional, mas “... propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)”.¹³⁶ Didier Júnior esboça ainda um conceito de jurisdição em que é possível destacar com clareza quais elementos conferem o caráter de jurisdicionalidade:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c) reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).¹³⁷

Cabe relacionar tais elementos ao processo arbitral. Por certo, o caráter de substitutividade, da vontade da lei, aplicada pelo terceiro imparcial, está presente no processo arbitral tanto quanto no processo judicial, vez que “... Em verdade, a atividade do árbitro substitui a dos particulares em conflito.”¹³⁸ Essa presença do terceiro, conferindo o caráter heterocompositivo à arbitragem, restou clara ao versar-se sobre os conceitos de arbitragem e ao relacionar processo arbitral e conflito. Acresça-se que a Lei da Arbitragem prevê independência e imparcialidade do árbitro (Art.13, parágrafo sexto).

No que tange à realização do direito de modo imperativo, é certo que a arbitragem presta-se a esse fim, ressaltando-se que a sentença arbitral é título executivo judicial (Art. 515, VII do CPC). Poder-se-ia afirmar que falta à arbitragem o caráter de imperatividade pelo fato

¹³⁵ Cf. CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. **A pirâmide da solução dos conflitos**: uma contribuição da sociedade civil para a reforma do Judiciário. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 56-57.

¹³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 194.

¹³⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 173.

¹³⁸ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**. 1998. p. 18.

de que a execução só ocorrerá no âmbito do Poder Judiciário. De fato, esse é justamente um dos argumentos que Luiz Guilherme Marinoni utiliza para negar à arbitragem o caráter de jurisdição.¹³⁹ No entanto a questão diz mais respeito à competência do que propriamente de jurisdição,¹⁴⁰ de modo tal que a lei confere jurisdição – e o árbitro dirá (*dictio*) o direito (*juris*) no caso concreto –, mas não atribui competência para execução. A cognição terá sido realizada pelo árbitro, tendo a sentença arbitral a autoridade para efetivamente regular efetivamente o caso concreto, cabendo ao Poder Judiciário tão somente a execução. É nesse caráter imperativo que acha razão de ser a opção legislativa veiculada na Lei 9.307/1996 em nomear a decisão do árbitro como “sentença” e não como “laudo”.¹⁴¹ Ainda:

...o juízo arbitral seria um juízo como qualquer outro quanto a função de julgar. É um órgão privado, que cumpre idêntica função á do órgão judicial na administração da Justiça, só que em menor extensão (só compreende a cognição e não a execução), fornecendo a prestação jurisdicional devida pelo Estado mediante convenção das partes, de acordo com a normatividade imposta pelo próprio Estado.¹⁴²

Já no que tange ao papel criativo do intérprete, no ato de atribuir sentido de direito aos textos normativos aplicando-os ao caso concreto estará presente tal atividade, que se dá justamente realizando tutela de determinada situação jurídica. É exatamente nesse sentido que Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda assinala que o julgamento pelos árbitros estará revestido da força e dos efeitos das sentenças, podendo tratar-se da emissão de caráter declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo.¹⁴³

Quanto à ausência de controle externo, tal questão também suscita controvérsia. Assinala-se, por exemplo, que Daniel Mitidiero aponta que a sentença arbitral se sujeita a controle de validade pelo Poder Judiciário, hipótese em que a decisão arbitral pode ser revista por instituição que não o juízo arbitral, configurando-se, portanto controle externo.¹⁴⁴ Tal objeção pode ser afastada se reconhecida tautologia em que se baseia. A saber, para aplicar a noção de “outra estrutura”, parte-se das premissas de que o *árbitro não é juiz e sua decisão pode ser controlada por juízes* para chegar a uma conclusão que repete a premissa: há

¹³⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1 rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 152-158.

¹⁴⁰ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 2017. p. 196.

¹⁴¹ Cf. FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**. 1998. p. 14.

¹⁴² ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 250.

¹⁴³ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**.v. 15. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 318.

¹⁴⁴ Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 88.

controle externo *porque o árbitro não é juiz*.¹⁴⁵ Ocorre que a Lei nº 9.307/1996 estabelece que o árbitro é juiz de fato e também de direito (Art. 18). Há um desenho da jurisdição contido no ordenamento jurídico, o que, por certo, inclui a Lei de Arbitragem, bem como distribui competência de análise de validade ao Poder Judiciário. Situação semelhante à competência das instâncias recursais.

Tratando-se da aptidão da sentença arbitral para tornar-se indiscutível, tem-se que, conforme disciplina da Lei da Arbitragem, a sentença arbitral pode tornar-se imutável. A saber, a sentença arbitral faz coisa julgada. Primeiramente, tem-se que o mérito da sentença arbitral não será revisado pelo Poder Judiciário a quem, dentro da escala pontiana, compete apenas controle de existência e validade da decisão. Em segundo lugar, transcorrido o prazo decadencial de noventa dias para arguição de nulidade da sentença em ação declaratória (Art. 33, §1º da Lei 9.307/1996), nem mesmo eventual nulidade poderá ser corrigida.

Em esforço para realizar um trato mais completo à questão, cumpre ainda mencionar alguns outros argumentos levantados contra a jurisdicionalidade da arbitragem. Por exemplo, levanta-se a questão da investidura, no sentido que a arbitragem somente poderia ser exercida por quem for devidamente investido de tal poder mediante aprovação em concursos de provas e títulos (Art. 93, I da CFRB).¹⁴⁶ De fato, “... o princípio da investidura corresponde à ideia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz”,¹⁴⁷ porém essa investidura foi concedida ao árbitro pela própria Lei de Arbitragem, ainda que a determinação de qual pessoa ocupará essa posição esteja no espectro negocial. Ademais, o concurso público não é requisito absoluto para a investidura – e, conseqüentemente, para o exercício da jurisdição –, como se observa, por exemplo, no caso de nomeação de ministros para tribunais superiores, no preenchimento de vagas nos tribunais em atenção ao quinto constitucional, na composição da Justiça Eleitoral, dentre outras hipóteses.

Marinoni argumenta ainda que entender que a arbitragem possui jurisdição seria violar o corolário do juiz natural, uma vez que estaria comprometida a independência e a imparcialidade do julgador, bem como a necessidade se observar uma competência pré-definida.¹⁴⁸ Ocorre que a Lei da Arbitragem garante imparcialidade e, ademais, o árbitro é escolhido por ambas as partes do litígio, mediante confiança, o que pressupõe um equilíbrio.

¹⁴⁵ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 2017. p. 196.

¹⁴⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2010. p. 154.

¹⁴⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 88.

¹⁴⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2010. p. 154.

No tocante à competência, ela é previamente definida na seara negocial, fazendo lei entre as partes.¹⁴⁹ É por isso que a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, prevê que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que determinem a utilização da arbitragem de modo compulsório (Art. 51, VII). A mesma lógica encontra-se presente no Art. 4º, parágrafo quarto da Lei da Arbitragem, que condiciona a eficácia das cláusulas compromissórias contida em contratos de adesão à iniciativa do aderente, expressamente, instituir ou anuir com a instituição do juízo arbitral. Ainda quanto a esse ponto, Carlos Alberto Carmona tem a contribuir anotando que: “... tanto árbitro quanto o juiz togado conhecem as questões de fato e de direito deduzidas pelas partes no processo (...), servindo-se dos mais diversos procedimentos (legais para o juiz; legais e convencionais, para o árbitro)”.¹⁵⁰

Verifica-se, assim, que a arbitragem atende os parâmetros necessários para ser tida como jurisdicional, a despeito de contar, de fato, com um caráter negocial. Concluir pelo caráter de jurisdição na arbitragem não é, de modo algum, excludente em relação ao aspecto contratual que permeia a via arbitral. Assim, respondendo-se à questão que dá nome a este item: arbitragem é jurisdição, mas também é contrato. Quanto a esse aspecto:

Não entendemos, absolutamente, que ao definir o juízo arbitral, como faremos, sob a forma de negócio jurídico processual, estejamos afastando a natureza jurisdicional da atividade do árbitro, e, assim fazendo, rechaçamos posições que pretendem vislumbrar no juízo arbitral um contrato. Uma coisa é o compromisso, cuja colocação no direito material ainda é passível de discussão; outra coisa é o juízo arbitral em si, do qual aquele (o compromisso) é veículo. Mas nada disso impedirá que se conclua pela natureza jurisdicional da atividade do árbitro, tomada a jurisdição como um conceito abstrato.¹⁵¹

Importante dar notícia de que a atual compreensão da segunda seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que a arbitragem possui caráter jurisdicional. Tal entendimento é replicado pela segunda seção do STJ no julgamento de conflitos de competência, hipóteses em que o referido tribunal, somente pode reconhecer o conflito à medida que admite que o juízo arbitral goza de competência jurisdicional. Um exemplo de ementa:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ESTATAL E JUÍZO ARBITRAL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO EXECUTIVA PERANTE O JUÍZO ESTATAL, COM O DEFERIMENTO DE MEDIDAS

¹⁴⁹ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 2017. p. 195-196.

¹⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 34.

¹⁵¹ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**. 1998. p. 20.

CONSTRITIVAS E ANTERIOR PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM PARA, EM OBSERVÂNCIA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, SEJA DIRIMIDA CONTROVÉRSIA EXISTENTE EM RELAÇÃO AO CRÉDITO REPRESENTADO PELO TÍTULO QUE LASTREIA A EXECUÇÃO. **CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL E SOBRESTAMENTO DOS ATOS EXECUTIVOS. NECESSIDADE.** 1. De acordo com o atual posicionamento sufragado pela Segunda Seção desta Corte de Justiça, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal, **partindo-se, naturalmente, do pressuposto de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional.** 2. (...). 3. Cabe ao Juízo arbitral, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.307/1996 que lhe confere a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da kompetenz kompetenz, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, validade e eficácia (objetiva e subjetiva) da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. 3. **Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo arbitral, a obstar o prosseguimento da execução perante o Juízo estatal, enquanto não definida a discussão lá posta ou não advir deliberação em sentido contrário do Juízo arbitral reputado competente.** (...) (Conflito de competência - juízo estatal e juízo arbitral - STJ) STJ - CC 111230-DF, CC 146939-PA; (Cláusula compromissória arbitral - execução - juízo estatal) STJ - REsp 944917-SP, REsp 1373710-MG; (Arbitragem - execução - embargos - mérito - competência juízo arbitral) STJ - REsp 1465535-SP, MC 13274-SP.¹⁵² (Grifou-se)

O presente esforço em tratar da questão da jurisdicionalidade da arbitragem dialoga especialmente com o objetivo deste trabalho de discutir a arbitragem enquanto política pública, considerando-a meio de acesso à justiça distinto do acesso ao Poder Judiciário. Uma vez verificado o caráter jurisdicional do processo arbitral, colhe-se que ele poderá oferecer aos litigantes uma sentença imperativa, com aptidão para gerar coisa julgada, o que configura uma finalidade publicamente relevante, que é o que se pretende com as políticas públicas. Igualmente, a jurisdicionalidade, à medida que confere segurança jurídica, reforça adequação da arbitragem para resolução de conflitos que envolvem a Administração Pública.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 150830/PA. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 10 de outubro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico STJ**. Brasília, 16 out. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1750277&n_um_registro=201700249751&data=20181016&formato=PDF>. Acessado em: 01 mai. 2019.

2.3 O toque de Midas: uso da arbitragem pela Administração Pública

No âmbito do direito público, é corriqueira a estilização segundo a qual a participação da Administração Pública, explorando atividades, exercendo funções, utilizando de procedimentos, dentre outras atuações, traz consigo um “toque de Midas”. De acordo com a mitologia grega, após ter um desejo seu atendido pelo deus Dionísio, como agradecimento a um serviço militar prestado, tudo o que Midas, rei da Frígia, tocava tornava-se ouro.¹⁵³ Portanto, o fundamento de tal metáfora envolvendo a Administração Pública, com efeito lírico, é o de que a presença do Estado sempre prova transformações e/ou adaptações, de modo que tudo que a Administração “toca” ganha um caráter público.

Tais alterações decorrem do fato de que a Administração Pública detém uma lógica de funcionamento distinta daquela à qual se sujeitam os particulares. Considerando função precípua de promover o interesse público – que, como visto no capítulo anterior, após a constitucionalização da ordem jurídica, diz respeito à promoção e proteção dos direitos fundamentais –, o agir administrativo estará permeado de diversas prerrogativas e restrições. Mesmo nas hipóteses em que o Estado atua em regime jurídico de direito privado, como no caso das empresas estatais (Art. 173, parágrafo primeiro, II da CF/88), observar-se-ão adaptações na dinâmica.

Não é diferente no caso da utilização do procedimento arbitral pela Administração Pública. Levando em conta o caráter negocial que envolve a arbitragem, bem como a sua origem fortemente vinculada ao exercício da autonomia da vontade dos particulares – do que decorreu, por muito tempo, a defesa da impossibilidade de utilização do processo arbitral pelo Estado, conforme noticiado no começo deste capítulo –, por certo que os elementos processo arbitral, quando presente a Administração Pública, ganharão contornos e sentidos específicos.

Portanto, espera-se perpassar por aqueles elementos e aspectos da arbitragem já elencados quando da conceituação do processo arbitral, apontando as peculiaridades presentes quando o litígio envolver o Estado. Nesse âmbito, aproveitar-se-á ainda para indicar como essas vicissitudes compatibilizam Administração Pública e arbitragem, superando os óbices que eram levantados contra essa relação.

¹⁵³ Cf. MÉNARD, René. **Mitologia greco-romana**. Tradução Aldo Della Nina. v. 1. 2. ed. São Paulo: Opus, 1991, p. 114-116.

2.3.1 Arbitralidade subjetiva

O aspecto subjetivo da arbitragem se refere à análise de quais sujeitos poderão valer-se do procedimento arbitral. Como versado no item 2.1.1, a Lei 9.307/1996 somente franqueia o uso do processo arbitral para as pessoas capazes de contratar. Tal previsão mostra-se congruente justamente com aspecto negocial da arbitragem, pois, se o tribunal arbitral somente se instala por força de uma convenção, quem intentar usar a arbitragem terá que ter capacidade para convencionar. Não se olvide que a convenção arbitral é veiculada justamente por uma *cláusula* arbitral, por *compromisso* arbitral. Por certo somente aqueles capazes para celebrar contrato é que poderão pactuar a utilização da arbitragem.

Código Civil, em seu Art. 851, também traz que “... é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”. Em se tratando da Administração Pública, sabe-se que os entes são pessoas jurídicas de direito público dotadas de capacidade para contratar, sendo que, pela desconcentração os órgãos componentes da administração direta podem realizar convenções. Igualmente, as entidades que compõem a chamada administração indireta, pela descentralização, possuem personalidade jurídica própria e também estão autorizadas a contratar. Desse modo, quanto à aptidão para contratação, não há óbice para que Administração Pública utilize-se da arbitragem, pois o silogismo fecha-se da seguinte forma “... as entidades integrantes da Administração Pública direta ou indireta detêm capacidade de contratar e, sob esse ângulo, autorização oriunda da Lei de Arbitragem para submeter litígios à arbitragem.”.¹⁵⁴ Assim, caso se vedasse ao Estado a utilização da arbitragem, estar-se-ia violando a autonomia contratual de qual é titular.¹⁵⁵ Nesse jaez:

Rigorosamente, a arbitragem é uma simples manifestação de cunho contratual. A fixação das condições para a composição do litígio reflete, como visto, a autonomia contratual. Assim como as partes disciplinam o conteúdo das obrigações futuras, determinando o que é proibido, obrigatório e facultado no seu relacionamento recíproco, também dispõem sobre a forma de composição de eventuais litígios.¹⁵⁶

Ao versar a respeito do uso da arbitragem pelo Poder Público, para argumentar que este último pode valer-se do processo arbitral, Marçal Justen Filho correlaciona

¹⁵⁴ PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. In: **Enciclopédia Jurídica da PUC SP**. 2007.

¹⁵⁵ Cf. NUNES, José de Castro. **Da Fazenda Pública em Juízo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 279.

¹⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2016. p. 990.

justamente arbitragem com capacidade contratual, concluindo que vedar o acesso à arbitragem deveria conduzir, necessariamente, à conclusão de que também estaria prejudicada a capacidade contratual: “Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio consensual.”¹⁵⁷

Nada obstante, muito embora já existissem defesas no sentido que a autorização à Administração Pública para utilização da arbitragem decorria diretamente da capacidade contratual,¹⁵⁸ havia quem argumentasse no sentido de que era necessária autorização legal específica que franqueasse ao Estado tal possibilidade,¹⁵⁹ conforme versado na introdução deste capítulo. Em igual sentido compreendia o Tribunal de Contas da União ao avaliar a presença de cláusulas compromissórias nos contratos administrativos.¹⁶⁰ Tal compreensão era fundada na ideia de que a Administração Pública pauta-se pela legalidade estrita.

Todavia, tal questão encontra-se superada, pois, para além das previsões específicas que já estavam presentes em diversas leis das agências reguladoras, bem como na Lei de Concessões, a Lei 9.307/1996, a partir da reforma realizada pela Lei nº 13.129/ 2015, passou a trazer ampla previsão de utilização da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta (Art. 1º, parágrafo primeiro). Conclui-se, portanto, que, quanto ao aspecto subjetivo da arbitragem, não há óbices em relação ao Estado.

2.3.2 Arbitralidade objetiva

Diz-se arbitralidade objetiva quando se está referir à matéria que será posta à apreciação no juízo arbitral. Nesse âmbito, sabe-se que as questões que a serem levadas ao(s) árbitro(s) serão justamente aquelas a respeito das quais a convenção arbitral dispuser. Todavia, toda e qualquer matéria pode ser objeto de arbitragem? Como já aludido, o art. 1º

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2016. p. 990.

¹⁵⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem e Sociedade de Economia Mista**. 2004. Parecer jurídico. p. 10-12. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Parecer%20Arbitragem%20e%20Sociedade%20Economia%20Mista.pdf>. Acessado em: 16 abr. 2019.

¹⁵⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço pública: Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. **Temas de direito constitucional**. v. 11. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 629-630.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.145/2013. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 14 de agosto de 2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>. Acessado em: 01 mai. 2019.

Lei da Arbitragem traz limitação objetiva no sentido de que somente lides referentes a direitos patrimoniais disponíveis serão objeto da arbitragem.

Enquanto à *patrimonialidade* diz respeito à propensão do direito ter expressão em pecúnia, a *disponibilidade* se refere à liberdade que o titular do direito tem para “... dar, usar, gozar, negociar, fornecer, comercializar, ceder, emprestar, ou mesmo renunciar...”¹⁶¹ tal direito. Quanto a esses dois parâmetros, havia argumentação no sentido de que à medida que o Código Civil, ao versar a respeito da celebração de compromisso arbitral (Art. 851-853), somente fez reafirmar a necessidade de patrimonialidade, nada versando sobre a necessidade de se tratar de direitos disponíveis, este segundo requisito havia restado superado. Assim, para essa corrente minoritária, bastaria a questão ter reflexos patrimoniais, para que pudesse ser levada ao juízo arbitral.¹⁶² Ocorre que a Lei nº 13.129/ 2015, posterior e mais específica do que o CC, ao modificar a Lei da Arbitragem, permaneceu restringindo a arbitralidade objetiva, em relação à Administração Pública, ao binômio patrimonialidade-disponibilidade.

Em tratando de Poder Público, a expressão “indisponibilidade” conduz a controvérsias e isso se dá justamente porque a indisponibilidade do interesse público é um dos princípios da Administração Pública. A esse respeito, tem-se que distinguir disponibilidade do direito de disposição do interesse público. A valer, o interesse público não pode ser livremente disposto pelos administradores e agentes públicos, todavia há direitos que podem ser objeto de disposição justamente para satisfazer o interesse público. Com efeito, se todo e qualquer direito do Estado fosse indisponível, sequer lhe seria possível a celebração de contratos necessários à realização de suas atividades de fomento, poder de polícia e serviço público. Em suma, sobre aquilo que o Estado pode negociar, também poderá ser objeto de lide deduzida no juízo arbitral.

Nesse âmbito, Eros Roberto Grau elucida bem a questão correlacionando, inclusive, a disponibilidade do direito ao seu caráter patrimonial, ao mesmo tempo em que distingue demonstra que não há que se falar em disponibilidade do interesse público:

... não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. (...)

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados (...) **A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais**, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. (...) Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse

¹⁶¹ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação**. São Paulo: Atlas Jurídico, 2002. p. 17.

¹⁶² PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. In: **Enciclopédia Jurídica da PUC SP**. 2007.

público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.¹⁶³

Com efeito, se levada às últimas consequências essa indistinção entre disponibilidade de direitos e indisponibilidade do interesse público, a Administração Pública sequer poderia, por exemplo, pagar seus fornecedores, vez que estaria dispondo sobre seu direito de propriedade sobre o dinheiro, que nada mais é do que um bem fungível. Desse modo, nas hipóteses que o Estado puder contratar – ou seja, negociar direitos patrimoniais –, também poderá utilizar a arbitragem.¹⁶⁴ Ainda quanto a esse ponto, Justen Filho explorando aquela relação existente entre capacidade para contratar e uso do processo arbitral, menciona a possibilidade de se discutir, via arbitragem, cláusula de contrato, vez que, justamente por se tratar de cláusula, surgiu da vontade das partes e da autonomia para contratação. No mesmo diapasão:

Logo, o argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio consensual.¹⁶⁵

A valer, conclusão diferente exigiria concluir pela inexistência de contrato administrativo em razão do poder de império de Estado – e foi o que, de fato, defendia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello –, no entanto a maioria da doutrina entende que a Administração celebra tanto contratos administrativos, “... com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum”, quanto dos contratos privados.¹⁶⁶ Não há dúvidas quanto à possibilidade de sujeição dos contratos privados à arbitragem.

Vai-se além, aduzindo que, em determinados casos, a análise objetiva quanto à arbitragem não deve repousar sobre a disponibilidade e patrimonialidade do direito em si, mas verificar se, no caso concreto, não surgem reflexos patrimoniais e disponíveis em relação a

¹⁶³ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre**, v. 21, p.141-148, mar. 2002. p. 147-148.

¹⁶⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. 2002. p. 148.

¹⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2016. p. 990.

¹⁶⁶ Cf. MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, p.71-101, jul. 2003. p. 83.

direitos que são imateriais.¹⁶⁷ Nesses casos, esses reflexos patrimoniais, oriundos, por exemplo, de uma violação, também poderão ser submetidos à arbitragem.

Assim, também quanto ao aspecto objetivo, tem-se que a Administração Pública não encontra óbice quanto à utilização da arbitragem, devendo tão somente avaliar, no caso concreto se o direito – ou a lide reflexa a esse direito – possui caráter patrimonial, ligado à atuação da Administração em seus atos de gestão e não de império,¹⁶⁸ do que se extrairá sua disponibilidade. Quando for possível negociar, também será possível dirimir controvérsias mediante uso do processo arbitral.

2.3.3 A figura do árbitro

A lei 9.307/1996 dedica o seu terceiro capítulo ao trato dos árbitros, prevendo, dentre diversas regras, a necessidade de se escolher pessoa capaz que goze de confiança das partes (Art. 13). Tal regra – assim como a exigência de imparcialidade e de independência (Art. 14, parágrafo primeiro) – é relevante para garantir o respeito ao princípio do juiz natural, como visto ao tratar da jurisdicionalidade da arbitragem.

Ressalta-se que a Lei de Arbitragem permite ainda, às partes, eleger apenas um árbitro, bem como um colégio de julgadores, desde que em número ímpar (Art. 13, parágrafo primeiro). Outra previsão relevante é a segundo a qual será possível escolher livremente o árbitro (*ad hoc*), ou optar um órgão arbitral estabelecido ou entidade especializada, a chamada arbitragem institucional. Pode-se acrescentar ainda que, em regra, os centros que promovem arbitragem institucional possuem um regulamento próprio.¹⁶⁹ Distinguindo com clareza as hipóteses:

A **arbitragem institucional**, ou administrada, é aquela que ocorre perante um órgão institucional arbitral, que é uma pessoa jurídica (ou um departamento de uma pessoa jurídica) que tem como missão institucional organizar arbitragens. Um órgão institucional arbitral não deve ser confundido com o árbitro ou com o Tribunal Arbitral (que é o colegiado de árbitros). (...) O órgão institucional arbitral não julga a arbitragem, e sim atua como uma secretaria – algo similar ao cartório que auxilia o juiz estatal –, como um órgão de apoio para as partes e para os árbitros. (...)

Já a **arbitragem *ad hoc*** é aquela que ocorre sem o apoio de um órgão institucional arbitral. Todas as tarefas realizadas por órgãos institucionais arbitrais ficam a cargo do árbitro. Para que o árbitro não fique atolado de

¹⁶⁷ Cf. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 345.

¹⁶⁸ Cf. MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. 2003. p. 87.

¹⁶⁹ Cf. PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. In: **Enciclopédia Jurídica da PUC SP**. 2007.

providências administrativas, é comum que em arbitragens ad hoc o árbitro, com a concordância das partes (encarregadas do custo), nomeie um secretário ad hoc, ou tenha um assistente, o qual então cuidará das questões administrativas.¹⁷⁰ (Grifos no original)

Como referenciado ao tratar dos elementos compõem conceitos de arbitragem, há entendimento segundo o qual os árbitros devam ser pessoas com expertise na área da lide que irão apreciar, podendo se tratar de profissionais gabaritados em determinado assunto.¹⁷¹ Nada obstante, ao reformar na Lei de Arbitragem, a Lei nº 13.129/2015 não trouxe qualquer disposição quanto à escolha de câmaras arbitrais pela Administração Pública, de modo que ainda é espaço de controvérsia a modalidade de escolha do árbitro e o caráter do vínculo a ser estabelecido.

Há argumento no sentido de que seria necessário instaurar-se procedimento licitatório para a contratação de árbitro *ad hoc* ou de câmara arbitral, pois a licitação é imposição constitucional às contratações administrativas. De outro lado, considerando o caráter técnico do trabalho do árbitro, a necessidade notória especialização que comumente se atribui ao árbitro e bem como a suposta inviabilidade de competição, argumenta-se tratar-se de hipótese de inexigibilidade de licitação nos termos do Art. 25, II da Lei de Licitações e Contratos, qual seja, Lei nº 8.666/1993 de 21 de junho de 1993.¹⁷² Buscando uma solução para a questão, o Decreto nº 8.465/2015 de 08 de junho de 2015 alterou a Lei dos Portos, Lei nº 12.815/2015 de 05 de junho de 2013, chegando a prever que “A escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes” (Art. 7º, parágrafo terceiro).

Marçal Justen Filho, porém, atenta para o desacerto de tais saídas. Justen filho, levando em conta o caráter jurisdicional da arbitragem, aduz ser equivocado tratar a relação do árbitro como se houvesse um contrato entre as partes e o julgador.¹⁷³ Com efeito, o árbitro não pode ser tido como um contratado da Administração, sob pena de se comprometer a própria independência e imparcialidade o juízo arbitral. O árbitro não é um mandatário das partes, nem tampouco prestador de serviço em relação elas. O árbitro é, na verdade, juiz de fato e de direito, cabendo-lhe julgar a lide. Assim, não existindo relação contratual, nem

¹⁷⁰ MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. p. 64-66.

¹⁷¹ Cf. CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. **A pirâmide da solução dos conflitos**: uma contribuição da sociedade civil para a reforma do Judiciário. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 139.

¹⁷² YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública**: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos. 2018. 202 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de mestrado em direito dos negócios, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. p. 74.

¹⁷³ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros. **Revista Brasileira de Advocacia**, n. 1, jan. 2016. No prelo.

tampouco contrato, não há que se falar em licitação, nem em contratação direta. A valer, procedimento licitatório geraria um contrato, inclusive com redução a termo, numa situação que não lhe cabe. Não poderia o julgador figurar, em instrumento contratual, como contratado por uma das partes. Justen Filho versa:

Não se prevê licitação para as hipóteses em que o relacionamento jurídico da Administração Pública com um terceiro não configurar um contrato. (...) Como longamente demonstrado acima, a relação jurídica entre Administração e árbitro e câmara de arbitragem não se enquadra na figura do contrato. Não há relacionamento contratual em tal hipótese. A ausência de aplicação da Lei nº 8.666 A licitação é um mecanismo jurídico destinado a selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração Pública (...) Há hipóteses em que a Administração estabelece relacionamento com um sujeito dotado de notória especialização. Mas daí não se segue que incida, de modo necessário, a regra do art. 25, inc. II e § 1º, da Lei nº 8.666. (...) A não configuração de vínculo contratual entre os árbitros e a câmara arbitral e a Administração implica a dissociação entre o procedimento decisório adotado e a atuação do painel arbitral.¹⁷⁴

Considerando o impasse quanto à dúvida em relação à escolha dos árbitros, uma saída possível poder ser aquela adotada tanto pelo estado do Rio de Janeiro, por meio de sua Procuradoria Geral do Estado, quanto pelo estado de Minas Gerais a partir da Lei Mineira de Arbitragem.¹⁷⁵ A saber, realiza-se um cadastro de câmaras de arbitragem, a partir de critérios de qualidade – como, por exemplo, um número mínimo de procedimentos realizados em um determinado lapso temporal – e, na formulação de cláusula compromissória ou celebração de compromisso, o particular litigante com a Administração exerce a escolha por alguma das instituições previamente cadastradas.

2.3.4 Notas acerca do procedimento

Dentro daquela perspectiva de restrições que sofre o processo arbitral quando a Administração Pública é parte – toque de Midas do Estado –, cumpre dar notícia de algumas limitações que não são impostas aos particulares quando eles litigam sem a presença do Poder Público. A saber, trata-se da adstrição à arbitragem por direito e à vedação ao sigilo. Será tratando ainda hipótese em que a arbitragem terá que ser instaurada no Brasil, tendo o português como idioma utilizado e a lei brasileira como diploma aplicável.

Enquanto os particulares podem escolher, a seu critério, se a arbitragem será de direito ou de equidade (Art. 2º da Lei de Arbitragem), a Administração Pública apenas poderá

¹⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração Pública e Arbitragem*. 2016.

¹⁷⁵ Cf. YAMAMOTO, Ricardo. *Arbitragem e Administração Pública*. 2018. p. 75-76.

lançar mão da arbitragem de direito (Art. 2º, parágrafo terceiro da Lei 9.307/1996). Por certo tal restrição se coaduna com o respeito absoluto ao princípio da legalidade ao qual se sujeita a Administração Pública. Assim, optando pelo procedimento arbitral, o Estado somente pode se sujeitar a uma “... uma decisão que seja tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos, oriundos de normas postas formalmente (em lei, regulamento, contrato ou ato administrativo)”.¹⁷⁶ No Estado de direito, todo agir administrativo terá seu nascedouro e finalidade calcados na lei. Não se olvide que, conforme trabalhado no primeiro capítulo, no Estado Democrático de Direito essa submissão à legalidade implica, necessariamente, sujeição à ordem de valores que emana dos direitos fundamentais.

Salienta-se que outra limitação que a Lei 9.307/1996 traz à Administração Pública é impossibilidade de se realizar arbitragem sigilosa (Art. 2º, parágrafo 3º). Assim como se dá coma legalidade, sabe-se que o Estado está constitucionalmente vinculado ao princípio da publicidade (Art. 37 da CFRB). Por certo, em se tratando o Brasil de uma democracia indireta em que, embora o poder emane do povo ele é exercido, em regra, pelos representantes, a publicidade tem importância central, possibilitando o *accountability* tanto pela sociedade civil (vertical), quanto por órgãos e entidades de controle (horizontal). Assim, é congruente que seja vedado à Administração Pública valer-se do processo arbitral sigiloso.

Quanto a esse ponto, porém, há questões decorrentes às quais a Lei de Arbitragem não confere um trato. Notadamente, o que deve ser publicado? A quem incumbe tais publicações, ao(s) árbitro(s), ao Poder Público ou a ambos? Verifica-se que não há uma uniformidade de compreensão nem de práticas em tal sentido. Há construção no sentido de que somente decisões e atos essenciais deveriam ser disponibilizados aos interessados, enquanto se preserva um caráter sigiloso dos debates e dos documentos que instruem o feito.¹⁷⁷ De modo totalmente diverso, a título de exemplo, a Advocacia-Geral da União publicou em sua página na rede mundial de computadores o inteiro teor do Procedimento Arbitral nº78/2016-CAM-CCBC/SEC7, que conta com apenas sentença arbitral parcial e ainda corre junto ao Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).¹⁷⁸ O referido centro de arbitragem, por seu turno, entende por atender a lei 9.307/1996, publicando o que foi autorizado pelas partes em um “termo de arbitragem”:

¹⁷⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista Direito Administrativo**, v. 248, p. 118-126. 2008. p. 126.

¹⁷⁷ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁷⁸ BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Arbitragem**: Procedimento Arbitral nº78/2016-CAM-CCBC/SEC7. 2018. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/643200>. Acessado em: 10 mai. 2019.

Ref.: Interpretação e aplicação do Regulamento do CAM-CCBC
Princípio da Publicidade em arbitragens que envolvem a Administração Pública Direta

CONSIDERANDO que o art. 2º, §3º, da Lei nº 9.307/96, com a redação dada pela Lei nº 13.129/15, no art. 2º, § 3º, estabelece que a arbitragem em que seja parte a administração pública direta será observado o princípio da publicidade;

CONSIDERANDO o previsto no art. 14 do Regulamento, que determina que o procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expreso das partes ou diante da necessidade de proteção da parte envolvida na arbitragem;

(...)

O Presidente do CAM-CCBC, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 2.6, alíneas ‘c’ e ‘d’, do Regulamento do CAM-CCBC, aprovado em 1 de setembro de 2011, ouvido o Conselho Consultivo, resolve expedir a seguinte resolução, que dispõe sobre a interpretação do Regulamento desta instituição à aplicação do princípio da publicidade em procedimentos arbitrais que envolvem a administração pública.

Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros.

Parágrafo Único – Tal disposição deverá considerar os aspectos administrativos do CAM-CCBC e respeitar o sigilo protegido por lei, segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual...¹⁷⁹

No tocante ao local e idioma e lei aplicável, há um comando específico na Lei de Concessões, Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. A valer, o Art. 23-A, incluído pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, permite a inserção de cláusula compromissória nos contratos de concessão, porém exige que a arbitragem seja “... realizada no Brasil e em língua portuguesa”, sob a tutela da Lei no 9.307/1996. Tem-se a exigência, portanto, de que o processo tramite no Brasil, com aplicação da Lei de Arbitragem nacional e no vernáculo. Previsões semelhantes podem ser encontradas, por exemplo, no Art. 11, II da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas) e no Art. 44-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas).

Conforme aponta Marçal Justen Filho, tal previsão legal visa evitar que questões de interesse público sejam submetidas a árbitros estrangeiros que não falam português o que, eventualmente, prejudicaria o direito de defesa do ente público. Assinala ainda, Justen Filho,

¹⁷⁹ CAM-CCBC. **Resolução Administrativa 15/2016**. São Paulo. 2016. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>>. Acessado em: 10 mai. 2019

que a importância de se estabelecer a incidência da lei brasileira é evitar o risco de que *experts* eleitos como árbitros decidam questões que envolvam a Administração Pública Brasileira, que atua segundo a lógica do *civil law*, por meio da aplicação de raciocínios típicos do direito anglo-saxão.¹⁸⁰ De fato, a defesa dos entes, realizada pela advocacia pública, terá melhores condições de atuar – concretizando o contraditório a ampla defesa e o devido processo legal –, caso o processo corra em português e segundo as normas de direito brasileiro. Quanto a esse ponto:

Surgem situações disparatadas, tal como o testemunho sobre o direito brasileiro, em que especialistas nacionais tentam explicar aos árbitros a nossa realidade jurídica. Como decorrência, são produzidas decisões esdrúxulas, que infringem a natureza própria do direito brasileiro.

(...)

Por tudo isso, não se pode admitir que a arbitragem envolvendo contratos de concessões de serviços públicos brasileiros seja conduzida no estrangeiro por árbitros que nem sequer conhecem a língua portuguesa e não têm o menor conhecimento do direito brasileiro.¹⁸¹

Verifica-se, portanto, conforme já havia sido adiantado, que a presença do Estado no processo arbitral acaba por reclamar alterações e trazer limitações ao procedimento. Tal dá-se justamente em razão dos princípios que regem a Administração Pública que, por vezes, são incompatíveis com institutos da arbitragem que, por sua vez, tem origem fortemente calcada na consensualidade e em um grau de formalidade mais flexível do que aquele ao qual o Estado se submete.

2.3.5 *Uma proposta de vetor: vantajosidade*

Considerando o que foi sendo delineado ao longo deste capítulo, é possível contribuir para a discussão referente à utilização da arbitragem pela Administração Pública salientando um aspecto a ser considerado quando esta avaliar a uso ou não uso do processo arbitral. Trata-se da vantajosidade, princípio que pode ser um vetor quanto à escolha do procedimento arbitral como meio de composição de conflitos.

A noção de escolha mais vantajosa é um dos princípios que informam a realização das licitações e contratações pela Administração Pública e, portanto, encontra-se presente em diversos dispositivos da Lei de Licitações e Contratos (LLC), Lei 8.666/1993. A título de ilustração, o Art. 3º estabelece que um dos objetivos dos certames licitatórios é selecionar a

¹⁸⁰ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2016. p. 989.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2016. p. 989.

proposta mais vantajosa para administração, ao passo que o Art. 57, II, tratando da prorrogação dos contratos celebrados, informa que a dilação do prazo poderá ocorrer "... com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração...". Nesse âmbito da LLC, a vantajosidade se manifesta:

... como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro veicula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.¹⁸²

O princípio da vantajosidade, por meio desse binômio custo-benefício, é informado diretamente pelo critério da economicidade que, por sua vez, decorre do princípio da eficiência, que obriga a Administração Pública. Nesse aspecto, tem-se que a busca pela vantagem é critério relevante no âmbito das contratações do Estado. Cabe, assim, retomar a correlação já tratada entre a arbitralidade objetiva e as contratações do Poder Público. Com efeito, é justamente o caráter de disponibilidade e patrimonialidade dos direitos que possibilita que a Administração possa negociá-los, bem como serão essas características que franqueiam ao Estado a utilização da arbitragem.¹⁸³ Assim, a partir desse ponto comum entre as contratações e a utilização da arbitragem, o que aqui se propõe é exatamente: se a vantajosidade é observada ao contratar, também poderá ser parâmetro para a avaliação, no caso concreto, se a Administração optará por dirimir determinada controvérsia no âmbito do Poder Judiciário, ou perante o juízo arbitral.

A valer, uma análise de custo-benefício poderá informar a escolha do Poder Público por qual jurisdição utilizar, sendo que, em casos que a via judicial apresentar maiores riscos e excessivos encargos em hipótese de sucumbência da Administração, ou mesmo implicar em uma demora na resolução do conflito, uma análise de vantajosidade indicará a escolha pela via arbitral. Por certo, sabe-se que a demora na marcha processual tem como

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 66.

¹⁸³ Cf. GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. 2002. p. 148.

consequência o encarecimento do mesmo, justamente dos custos de mora.¹⁸⁴ Considerando que o Estado pode tanto celebrar cláusulas como compromissos arbitrais, essa análise pode mesmo ocorrer depois de inaugurado o processo judicial, caso se verifique ônus no prosseguimento da demanda na via judicial. Esse juízo de vantajosidade leva em conta critérios objetivos, como preço, capacitação técnica, qualidade e afins.¹⁸⁵ Desse modo, a avaliação quanto à maior vantagem poderá ser feita mediante parecer de *experts*, com o crivo da advocacia pública.

A título de exemplo, nas ações de desapropriação em que há disputa entre Administração e particular quanto ao valor da indenização, têm-se demandas que se arrastam no tempo e envolvem questões técnicas – notadamente quanto à avaliação dos imóveis –, o que pode sujeitar o Estado a diversos encargos caso não se saia vitorioso na disputa. Com efeito, em demandas de tal natureza, sobre o valor devido incidem juros de mora e juros compensatórios bem como se tem, ao final, ônus da sucumbência e honorários advocatícios condizentes com os altos valores das causas. Nesses casos, se a demanda se prorroga demasiadamente no tempo, pode-se chegar ao absurdo quadro em que os encargos de mora superem a diferença existente entre o valor defendido pela Administração e quantia alegada pelo administrado. Em hipóteses semelhantes, a partir de uma análise de maior vantagem conduziria o Estado à utilização da arbitragem, inclusive optando por câmara com notória especialização quanto a laudos técnicos de avaliação de imóveis.

Nesse âmbito, pode-se citar como exemplo previsão legislativa do Estado de Goiás, que, embora não faça referência expressa à busca pela solução mais vantajosa, instituiu competência que viabiliza a utilização da vantajosidade. Trata-se da Lei Complementar nº 144, de 24 de junho de 2018, diploma que, no âmbito do Estado de Goiás, instituiu a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual. O Art. 6º, III da referida lei estatui que compete à câmara pública instaurada a sugestão ao Procurador-Geral do Estado, “... quando for o caso...”, a adoção da arbitragem das controvérsias não solucionadas por conciliação ou mediação. O aludido dispositivo, veiculando uma aplicação escalonada dos meios consensuais de resolução dos conflitos, admite hipóteses em que, após avaliação técnica, será aconselhável à advocacia pública a utilização da arbitragem. Trata-se de um esquema que promove a boa administração – um direito fundamental – à medida que

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 20.

¹⁸⁵ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2010. p. 65.

maximiza a possibilidade de solução menos onerosa à administração mediante análise de vantagens.¹⁸⁶

Defende-se, portanto, a utilização da vantajosidade como critério balizador da escolha quanto ao uso, ou não, do processo arbitral. Todavia, há um ponto que merece ser ressaltado: vantajosidade, embora possa colaborar com o interesse público, com ele não se confunde. A rigor, numa perspectiva personalizada interesse público, em que a promoção de direitos fundamentais pauta o conteúdo de tal princípio, a análise de vantagem submeter-se-á a tal interesse. Não é por outra razão que, muito embora LLC eleja a busca pela vantagem um dos objetivos da licitação, também indica que os certames licitatórios destinam-se à promoção à “... promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, estando sujeita aos princípios que regem a Administração Pública. Não pode, assim, a vantajosidade ser utilizada como forma de obter meios que favoreçam o interesse de administração, em detrimento do interesse público ao suprimir direitos do particular.

¹⁸⁶ Cf. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

3 ARBITRAGEM ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA

Realizando uma retrospectiva, até este ponto, o trabalho apresentou o contexto paradigmático em que se concebeu a possibilidade da Administração Pública abrir-se para a resolução extrajudicial de seus conflitos, em que, como visto insere-se a arbitragem. Após, partindo da existência de marco legal que franqueia à Administração Pública a utilização da arbitragem, apresentou-se elementos e o caráter de tal processo de resolução de controvérsias – inclusive lidando com seu caráter jurisdicional –, trabalhando com as vicissitudes e nuances que assumem quando envolvem o Estado.

Este capítulo, por sua vez, ocupar-se-á de uma questão que foi levantada, ainda que de modo indicativo e meramente informativo, no primeiro capítulo. A saber, trata-se da possibilidade de se vislumbrar a utilização da arbitragem como uma política pública. A referência contida naquele capítulo inicial se justificou pois se estava a tratar do interesse público comprometido com a proteção e promoção de direitos fundamentais. Em tal contexto, apresentou-se políticas públicas como veículos dessa pretensão comprometida com os direitos fundamentais e com a ordem de valores deles subjacentes.

A análise mais verticalizada trazida por este capítulo focar-se-á especificamente na arbitragem, tratando da sua relação com a garantia fundamental de acesso à justiça. A empreitada, assim, busca conjugar a noção já apresentada de arbitragem com a chamada garantia fundamental de acesso à justiça, verificando como essa relação pode indicar a existência de uma política pública quando se tem a participação do Estado. Em tal jaez, o estudo levará em conta tanto a efetiva participação da Administração Pública como parte em um conflito levado ao juízo arbitral, quanto à realização de arbitragem no seio do Estado, mediante câmaras públicas de arbitragem.

O que se propõe é um estudo jurídico de política pública, contextualizado dentro daquela ordem constitucional compromissada com a proteção e promoção de direitos fundamentais, que foi analisada ao se tratar do paradigma da Administração consensual. Nada obstante, não se pode perder de vista que o estudo das políticas públicas é um campo do conhecimento oriundo da área da ciência política, de modo que, sob pena de se cair em reducionismos intelectualmente desonestos, assume-se que este trabalho busca fazer apenas um recorte jurídico – ainda que dialogando com a ciência política – de análise das políticas públicas. Sabe-se que, historicamente, o estudo das políticas públicas no âmbito de países latino-americanos foi marcado por um reducionismo de tais políticas a uma perspectiva

legalista¹⁸⁷ e não é o que aqui se pretende. De modo diverso, busca-se um estudo jurídico, mas não reduzido à noção de legalidade em sentido estrito. Ainda que seja um estudo sob a perspectiva do direito de uma política pública específica, conjugar-se-á a análise jurídica com as construções advindas da ciência política. Com efeito, em adequação ao objeto de estudo, mesmo em relação à perspectiva jurídica, tem-se auxílio em um referencial funcionalista, sensível ao aspecto teleológico – de busca de finalidades – presente na política pública.

Desse modo, com a intenção de conectar todos os pontos aludidos, este capítulo: apresenta a noção de política pública, correlacionando-a com o direito e indicando como o estudo deste último sob uma perspectiva funcionalista é adequado para uma compreensão jurídica daquela primeira (item 3.1); realiza uma análise do conteúdo da garantia de acesso à justiça, distinguindo-o do direito de acesso ao Poder Judiciário (item 3.2); demonstra, a partir dos temas trabalhados nos itens anteriores do capítulo, como a arbitragem envolvendo a Administração Pública pode afigurar como uma política pública de acesso extrajudicial à justiça (item 3.3).

3.1 Políticas públicas e direito

Para avaliar se a arbitragem pode ser tomada como uma política pública, o primeiro passo é delinear o que são essas políticas, identificando quais são seus elementos. Conforme já mencionado, neste capítulo tem-se um estudo jurídico das políticas públicas, de modo que, para a empreitada proposta, indica-se uma perspectiva adequada ao estudo jurídico das políticas públicas colhida na obra de Norberto Bobbio, que alarga as fronteiras da teoria do direito ao aspecto funcional do ordenamento jurídico, dialogando com as instituições e sistemas que compõem a vida social e informam politicamente o agir do Estado.

Ainda, por se reconhecer que o estudo jurídico das políticas públicas não implica em abrir mão da interdisciplinaridade e esboçar uma análise legalista, também é objetivo o estudo dos elementos constituintes e caracterizadores das políticas públicas – perpassando inclusive por conceitos –, o que reclamará, de um lado, indicar pontos de aproximação e contato com o direito, porém, por outro lado, distinguir tais políticas do direito.

¹⁸⁷ Cf. SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006. p. 19-42. p. 21.

3.1.1 O que são políticas públicas?

O estudo das políticas públicas surge, nos Estados Unidos da América, nas décadas de 1950 e 1960,¹⁸⁸ como uma disciplina de estudo da Ciência Política, a partir de uma proposta analítica que partia da ideia de que, em democracias que gozam de certa estabilidade, o modo como o governo age poderia ser objeto de estudo científico.¹⁸⁹ Foram pioneiros e expoentes dessa intenção científica Harold Dwight Lasswell, Herbert Simon, Charles Lindblom e David Easton. Porém não é desse ramo de investigação que este capítulo se refere. Já a partir dessa gênese narrada, é necessário distinguir, com o auxílio do método retórico analítico, duas coisas distintas que, sem o cuidado necessário, podem ser tomadas como idênticas, vez que compartilham o vocábulo “políticas públicas”.

A teoria retórica desenvolvida por João Maurício Adeodato a partir de construções prévias de Ottmar Ballweg, em uma perspectiva linguística, concebe que o conhecimento se dá mediante planos retóricos justapostos.¹⁹⁰ O primeiro plano – chamado material ou existencial – corresponde ao que chamamos de *realidade*, em que os sujeitos identificam os *objetos* e *fenômenos*, que são passíveis de estudo e discussão, pelos sujeitos, justamente em um segundo plano retórico: prático/estratégico. O segundo plano, por se referir ao primeiro como um objeto seu, estabelece com aquele uma relação de metalinguagem,¹⁹¹ pois linguagem falando de linguagem. Há ainda um terceiro plano (analítico) – que seria uma metalinguagem de segundo grau – porém o esclarecimento que se pretende fazer quanto à multivocidade da expressão “políticas públicas” dispensa adentrar neste terceiro plano.

Com efeito, política pública é um termo que pode se referir tanto ao campo de estudo do agir do Estado (plano prático da retórica), que surgiu na América do Norte, quanto também se referir àquele próprio agir do Estado enquanto objeto (plano material da retórica). No caso, levando em conta o problema colocado neste capítulo – arbitragem enquanto política pública –, trata-se de política pública na acepção da atividade do Poder Público, ela em si, e não às construções teóricas que têm como objeto essa ação estatal.

Desse esclarecimento inicial já é possível extrair um elemento central na noção de política pública: trata-se de um agir. Política pública diz respeito a uma atividade do Estado

¹⁸⁸ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 247.

¹⁸⁹ Cf. SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p.20-45, jul./dez. 2006. p. 23-24.

¹⁹⁰ Cf. ADEODATO, João Maurício. Retórica analítica como metódica jurídica. **Argumenta UENP**, Jacarezinho, v. 18, p.11-29. 2013.

¹⁹¹ Cf. ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011. p. 93-99.

voltada a um determinado fim, em uma perspectiva de governo que não é inerte, mas que se dirige a algum escopo. Esse aspecto teleológico da política pública é outro elemento importante e remonta ao dirigismo estatal do Estado social e do Estado de bem estar social, nascedouros dessa noção de política pública enquanto atividade voltada a um fim.¹⁹² Tem-se, portanto, que a política pública se refere a uma atividade estatal voltada a uma finalidade. Quanto a essa questão finalística das políticas públicas:

É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. A finalidade última de tal dinâmica – consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas – constitui elemento orientador geral das inúmeras ações que compõem determinada política.¹⁹³

Fábio Konder Comparato destaca que, de fato, a noção de política é ligada ao exercício de uma atividade direcionada a alguma finalidade, de modo organizar atos e normas tendentes ao alcance do objetivo.¹⁹⁴ No caso específico das políticas públicas, essa finalidade a ser buscada dialogará com algum problema observável na sociedade, mais uma vez uma perspectiva de um Estado que intervém promovendo algum interesse coletivamente relevante. Sobre essa característica estratégica e instrumental de se atacar um problema:

Disso pode-se concluir que o principal foco analítico da política pública está na identificação do tipo de problema que a política pública visa corrigir, na chegada desse problema ao sistema político (*politics*) e à sociedade política (*polity*), e nas instituições/ regras que irão modelar a decisão e a implementação da política pública.¹⁹⁵

Como o estudo das políticas surgiu nos EUA, é comum que o jargão técnico referente nesse âmbito envolva termos em inglês. Cabe esclarecimento a esse respeito, o que também contribui com a pretensão de se compreender o que são políticas públicas. Por certo, é particularmente relevante diferenciar os vocábulos *politics*, *polity* e *policy*, vez que, por no português todos receberem como tradução a palavra “política”, são comumente confundidos. “*Politics*” diz respeito ao processo político que resulta na eleição de objetivos, mediante uma dialética de conflito e consenso entre diversas visões coexistentes na sociedade civil, sendo

¹⁹² Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2000. p. 245.

¹⁹³ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In.: **Políticas públicas**. 2006. p. 29.

¹⁹⁴ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 138, p.39-48, abr./jun. 1998. p. 45.

¹⁹⁵ SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. 2006. p.40.

aquele jogo político que acontece no âmbito dos espaços públicos de debates, incluindo o próprio Poder Legislativo. Já a alcunha “*polity*”, por seu turno, se refere à ordem político-administrativa do Estado, determinada pelo ordenamento jurídico, ou seja, o desenho institucional. Por fim, é a expressão “*policy*” que, efetivamente, cocerne aos programas políticos que, usando a estrutura institucional (*polity*), implementam materialmente os objetivos pautados pelo debate político (*politics*).¹⁹⁶ Portanto, as políticas públicas, *public policies*, representam a articulação em programas que, atacando problemas, materializam os objetivos políticos de determinada sociedade.

Merece nota que há críticas a essa concepção de políticas públicas enquanto agir voltado à resolução de um problema socialmente relevante. Tais críticas fundamentam-se em uma defesa no sentido de que as políticas públicas deveriam ser identificadas dando centralidade a uma suposta essência da política, que seria o embate de ideias, de modo que a atividade tratar-se-ia de mero exaurimento técnico da discussão.¹⁹⁷ Nada obstante, tal crítica é minoritária e veicula um excesso de atenção à formulação da política pública, em detrimento da implementação e da avaliação dessas políticas, fases tão importantes quanto o agendamento e deliberação. E, em todas essas fases do ciclo da política pública – agendamento, formulação, implementação e avaliação –, sempre estará sob foco o caráter instrumental da atividade, pois é a percepção de um problema que instiga inclusive o embate das ideias, rumo à busca por uma solução.

A respeito desse ciclo mencionado, trata-se de um modelo heurístico de análise da trajetória de uma política pública, o *policy cycle*.¹⁹⁸ A indicação e definição das etapas do ciclo variam de teórico para teórico, todavia, em todos os casos, a intenção é mapear e destrinchar o percurso entre o reconhecimento de um problema e a sua solução, perpassando, inclusive, pela discussão quanto às possibilidades de resolução, eleição de uma forma de atacar a questão, implementação da medida escolhida e, após, avaliação de resultados e correção.¹⁹⁹

Nesta altura, após identificar nas políticas públicas um caráter geral de atividade que busca a resolução de um problema, cabe visitar algumas propostas de conceitos a fim de extrair outros elementos que orbitam a noção, de modo análogo ao que se fez com a

¹⁹⁶ Cf. FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e políticas públicas**, Brasília, n. 21, p.211-259, jun. 2000. p. 216-217.

¹⁹⁷ Cf. SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. 2006. p. 25.

¹⁹⁸ Cf. FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e políticas públicas**. 2000. p. 226.

¹⁹⁹ Cf. EGU. **The policy cycle**. Disponível em: <<https://www.egu.eu/policy/basics/cycle/>>. Acessado em: 09 jun. 2019.

arbitragem no capítulo anterior. Em tal âmbito, o conceito mais conhecido – mesmo em razão do pioneirismo – é o desenvolvido por Harold Dwight Lasswell, segundo o qual a política pública guia-se na busca de achar critérios que justifiquem a intervenção estatal, em uma perspectiva distributiva voltada a responder quem deve ganhar o que, bem como o porquê disso e qual diferença essa distribuição causa.²⁰⁰

O conceito de Lasswell, como se pode ver, fica adstrito à deliberação, focando no debate de escolha de ações e critérios. Tendo em conta as considerações feitas acima, será mais completo um conceito que incorpora o caráter de atividade da política pública alinhado ao seu aspecto teleológico voltado à resolução de um problema. Nesse sentido, Laurence Lynn e Stephanie Gould, já algum tempo após Lasswell, visualizavam as políticas públicas como um conjunto organizado de ações rumo a uma modificação real, pontual e específica.²⁰¹

No Brasil e mais recentemente, Enrique Saravia, após realizar uma revisão de literatura, apresentando o estado da arte da discussão quanto às políticas públicas, sugere o seguinte conceito:

Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. (...) Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.²⁰²

Em tal conceito, mais completo que os anteriores, lançado-se mão do que o próprio autor alcinhou perspectiva operacional, tem-se ressaltado aspecto interventivo das políticas públicas, voltado a uma efetiva alteração da realidade, mediante comissão e omissão. Com efeito, essa organização de ações – com a determinação de toda logística atinente – rumo a um determinado objetivo de intervenção e obtenção de resultados é o escopo da política pública. A mesma lógica perpassa a construção de Maria Paula Dallari Bucci:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas

²⁰⁰ Cf. LASSWELL, Harold Dwight *apud* SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. 2006. p. 24.

²⁰¹ Cf. LYNN, Laurence; GOULD, Stephanie. **Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis**. Santa Monica: Goodyear, 1980.

²⁰² SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In.: **Políticas públicas**. 2006. p. 28.

públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.²⁰³

Desse conceito de Bucci, para além da presença do carácter instrumental e teleológico das políticas públicas, extrai-se um aspecto subjetivo que não esteve presente nos conceitos anteriores, qual seja, os programas são governamentais. Quanto a esse ponto, mesmo naquele nascedouro de uma concepção de política pública enquanto campo de estudo – surgida nos EUA e referida no começo deste item –, o objeto de análise já era o agir governamental. Brainard Guy Peters, escrevendo sobre as políticas públicas dos EUA, em 1986, aduziu que tais políticas se referiam à soma das atividades dos governos, seja diretamente, seja indiretamente regulando a atuação privada.²⁰⁴ Celina Maria de Souza fala em “... colocar o governo em ação... ”.²⁰⁵

De fato, uma política pública sempre se manifesta no bojo de alguma das atividades da Administração Pública, podendo ser no âmbito de fomento, de serviço público ou mesmo de poder de polícia. Então, em assim sendo, é no âmbito de um governo – que, nos sucessivos ciclos de revezamento do poder nas democracias, ocupa funções centrais na estrutura administrativa do Estado – que se realizarão as políticas públicas, ainda que a questão do agendamento e da determinação de objetivos tenham que preceder e suceder tais governos, em um compromisso com de Estado e não apenas de Governo.

Todavia em relação a esse ponto – política pública enquanto programa governamental –, resgatando o que foi trabalhado no primeiro capítulo ao se dissertar quanto ao paradigma da Administração Pública consensual, tem-se que ressaltar que fato de que as políticas públicas se desenvolvem a partir da atividade administrativa não implica em exclusão do particular e/ou em monopólio na escolha dos meios e objetivos das ações pelo Estado. Por certo, uma univocidade por parte do governo nas fases do ciclo das políticas públicas representaria um agir antidemocrático, contrário àquela noção de administração-de-si-para-si. A participação democrática permeia todo o transcurso da política pública, do agendamento à avaliação, seja por meios formais, ou mesmo informais mediante pressões políticas organizadas ou difusas.

Muito embora o surgimento da noção de políticas públicas diga respeito ao dirigismo estatal dos anos 1950 e 1960, quando se trata do contexto da Administração consensual, em vez de uma relação de subordinação em relação ao administrado, o papel da

²⁰³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2000. p. 241.

²⁰⁴ Cf. PETERS, Brainard Guy *apud* SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. 2006. p. 24.

²⁰⁵ SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. 2006. p. 26.

Administração Pública será de “... coordenação das ações privadas e estatais sob a orientação do Estado.”²⁰⁶ De fato, é possível que políticas públicas, coordenadas pelo Estado, contem com a participação de particulares/administrados em todas as etapas do ciclo. É nessa lógica, por exemplo, que se têm as parcerias público-privadas, as concessionárias e permissionárias de serviço público, as organizações da sociedade civil de interesse público, agentes fomentados pelo Estado etc. O fenômeno da administração policêntrica – mencionado no primeiro capítulo como um desdobramento da constitucionalização do Direito Administrativo – e a superação da noção de monopólio da persecução do interesse público pelo Estado são elementos que apontam para o fato de que, muito embora a política pública seja uma ação governamental, não se pressupõe necessariamente que ela será marcada pelo protagonismo, ou mesmo pela exclusividade, da Administração Pública.

Ainda, após o aposto acima, retornando à pretensão de explorar a noção do que são políticas públicas, Theodor Lowi propôs uma conhecida classificação das políticas públicas. A tipologia de Lowi estabelece que existem políticas distributivas, políticas redistributivas, políticas regulatórias e políticas constitutivas.²⁰⁷ Políticas distributivas são aquelas que distribuem vantagens pontuais, alcançando um público-alvo mais limitado e bastante específico em escala pequena, de modo que atingem o consenso social com maior tranquilidade. De modo diverso, as políticas redistributivas promovem o deslocamento mais significativo de recursos e benefícios, geralmente redistribuindo recursos de um recorte de classe a outro e, por isso, tem mais dificuldade em receber consenso. Já as políticas regulatórias, por sua vez, dialogam com o poder de polícia e são veiculadas por meio de documentos normativos que trazem regras, proibições e limitações de modo que seu efeito não é percebível imediatamente, dependendo do modo como a regulação impacta na realidade social. Por fim, as políticas constitutivas, são ligadas à estrutura dos processos políticos e da própria atuação administrativa, pautando, inclusive, o modo como podem surgir e operar os demais tipos de política pública mencionados acima.²⁰⁸

Em todo caso, há elementos que sempre estarão presentes na política pública. A saber, uma política pública reclama a presença de: medidas concretas voltadas a fins específicos; deliberação quanto à alocação de recursos; um contexto de quadro geral de ação

²⁰⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2000. p. 247.

²⁰⁷ Cf. SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. 2006. p. 28.

²⁰⁸ Cf. FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e políticas públicas**. 2000. p. 223-224.

em que ela se insere, um planejamento de Estado; público(s)-alvo a ser atendido(s); objetivos previamente definidos, voltados à resolução de uma questão, definidos democraticamente.²⁰⁹

Assim, percebe-se, em conclusão, que as políticas públicas tratam-se de programas de atividade governamental com caráter eminentemente instrumental e teleológico. Desse binômio instrumento/finalidade, extrai-se que a lógica que pauta a política pública é a de ajuste entre meios e fins. Esse ajuste entre meios e fins compreende as diversas etapas do chamado ciclo da política pública. Ainda, no contexto da Administração consensual, embora a política pública esteja no âmbito da atividade estatal, a Administração Pública pode ficar, por vezes, unicamente no papel de coordenação dos agentes, abrindo espaço para a participação dos administrados, seja informado as decisões que permeiam o ciclo e/ou atuando na execução em si da política pública.

3.1.2 Perspectiva funcional do direito vem em auxílio

Tendo em vista que as políticas públicas operam segundo uma lógica de meios e fins, intervindo com intuito de transformação na realidade, é possível surgir um estranhamento quanto à adequação – ou mesmo quanto à possibilidade – de se desenvolver um estudo jurídico das políticas públicas. Isso porque, corriqueiramente, enxerga-se o direito como um modo de manutenção e coesão social, moldando condutas e funcionando pela lógica do silogismo da sanção, “se-então”, e não pelo esquema instrumental “meios e fins”. Portanto, antes de adentrar, no item seguinte, nos pontos de contato entre as políticas públicas e o direito, necessário indicar um modelo teórico que aponte para a viabilidade de se analisar políticas públicas sob um prisma jurídico.

Em razão dessa distinção entre a lógica do “se-então” e dos “meios/fins”, instaurou-se uma dificuldade de se conceber uma teoria do direito que absorvesse e lidasse justamente com o aspecto de atividade finalística da política. A compreensão do direito sempre esteve calcada na centralidade da noção de obrigação, dedicando-se à formação e à competência para instauração de obrigações, bem como às eventuais consequências em caso de descumprimento dessas mesmas obrigações.²¹⁰ De fato, historicamente, “... aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocupam muito mais em saber ‘como o direito é feito’

²⁰⁹ Cf. THOENIG, Jean-Claude *apud* SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In.: **Políticas públicas**. 2006. p. 32.

²¹⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 1.

do que ‘para que o direito serve’.”²¹¹ Ou seja, há uma prevalência de investigações e construções teóricas em relação à estrutura do direito, em detrimento do estudo de sua função, que é a pesquisa que questiona pelos objetivos e finalidades do ordenamento.

Ademais, compondo esse quadro de dificuldade de um estudo funcional do direito, houve diversos esforços de “limpar” o estudo jurídico dos ruídos da política. Quanto a isso, talvez o mais proeminente esforço tenha sido o de Hans Kelsen que, sob a influência do cientificismo do positivismo lógico do círculo de Viena, tentou desenvolver uma “teoria pura do direito”. Sobre esse esforço kelseniano, Norberto Bobbio anota que, muito embora exista hoje certo “furor” contra a postura antileológica em Kelsen, o austríaco teorizou daquele modo porque sabia que a busca/pergunta pelo(s) objetivo(s) do direito era a porta de entrada para as mais diversas ideologias.

A valer, Kelsen queria resguardar sua pesquisa teórica de ideologias, o que foi útil para salvaguardar o estudo dos diversos ruídos de ideologia que impregnavam conceitos clássicos jurídicos, que eram tidos neutros.²¹² Com efeito, Kelsen sabia que o direito não é puro, mas, influenciado pela noção de neutralidade de Max Weber, tentou criar um método puro, conforme ele mesmo assumiu ao declarar que construiu um projeto de teoria pura do direito e não uma teoria do direito puro.²¹³ Esse intuito de evitar uma penetração da política no direito, inclusive com fins de alterar a realidade social, ganhou novas forças, inclusive no Brasil, à medida que experiências como o nazifascismo exemplificaram o risco da captura do direito pela política.²¹⁴

Todavia, com o advento do Estado social e do Estado de bem-estar, em um contexto em que a Administração Pública passa assumir diversos compromissos de efetivas alterações na sociedade, o estudo estritamente estrutural do direito e calcado na ideia de obrigação é insuficiente para dar conta da atuação do Estado, com fulcro na lei, promovendo mudanças sociais, conforme aponta Genaro Rubén Carrió.²¹⁵ De fato, reconhecendo-se os compromissos impostos a um Estado promotor de direitos, não se concebe mais uma Administração Pública inerte, mas sim se vê a necessidade de intervenção estatal que, calcada naquela ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais – como referido no primeiro capítulo – assume uma posição dirigente. O dirigismo, por sua vez, traz necessariamente, o

²¹¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. 2007. p. 53.

²¹² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. 2007. p. 54.

²¹³ Cf. KELSEN, Hans. **¿Qué es la teoría Pura del Derecho?**. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002. p. 30.

²¹⁴ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2000. p. 242-243.

²¹⁵ Cf. CARRIÓ, Genaro Rubén *apud* BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. 2007. p. 3.

questionamento pela finalidade e objetivos – “dirigir-se a que?” –, que se estende à leitura dos textos normativos, mesmo porque a atuação da Administração deverá ser calcada no ordenamento.

Assim, para lidar com a finalidade, que, em um paradigma de Estado de direito, estará presente no ordenamento, necessária uma teoria funcionalista do direito, ou seja, que leva em conta o questionamento pelas funções do direito. Nesse sentido, Norberto Bobbio, após já ter se consolidado nos estudos em teoria do direito com estudos de estrutura – como, por exemplo, nas obras “Teoria da norma jurídica” e “Teoria do ordenamento jurídico” –, sendo considerado, inclusive, um dos mais autorizados intérpretes do positivismo, esboçou uma fase funcionalista em seu pensamento. Nessa fase, Bobbio se ocupou da chamada função promocional do direito, partindo precisamente da inquietação no sentido de que, no Estado assistencial – de quem o atual Estado democrático de direito é herdeiro no compromisso com a promoção de direitos –, assistiu-se o surgimento de diversas leis de incentivo, que se voltavam à promoção determinados comportamentos desejados.²¹⁶

Bobbio ressaltava que, para análise funcional, duas categorias são dotadas de enorme importância, quais sejam, conservação e mudança, estando esta última mais ligada à função promocional.²¹⁷ À primeira vista, identifica-se o direito mais como um instrumento de conservação do que de mudança. Do ordenamento jurídico saem comandos que estruturam diversas instituições que, reconhecidamente, são responsáveis pela manutenção da estabilidade social, como, por exemplo, os próprios poderes do Estado e os diversos órgãos que exercem poder de polícia. Com efeito, em uma sociologia jurídica crítica, Boaventura de Sousa Santos assinala que a modernidade a pós-modernidade estão marcadas por uma constante tensão entre regulação e emancipação e, quanto à regulação, anota que “... *es el conjunto de normas, instituciones y prácticas que garantiza la estabilidad de las expectativas*”.²¹⁸ As referidas normas, que trazem estabilidade, são encontradas no justamente no ordenamento, quem tem, indiscutivelmente, uma função reguladora.

Esse papel do direito de estabilizar as expectativas foi também explorado na sociologia funcionalista de Niklas Luhmann. Para o sociólogo, o direito tem a função de selecionar de condutas – elege e protege algumas, ao passo que proíbe e rechaça outras, inclusive mediante sanções –, ajudando a reduzir a complexidade da vida social na sociedade

²¹⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. 2007. p. 54.

²¹⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. 2007. p. 19.

²¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Derecho y emancipación**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

plural que tende à incomunicação.²¹⁹ De fato, em uma sociedade pós-moderna, são inúmeras as possibilidades de condutas, de modo que selecionar algumas delas é garantir uma redução de complexidade, gerando relativa segurança que serve, em tese, à coesão e estabilidade social entre indivíduos que não mais compartilham necessariamente os mesmos valores. Por certo, pode-se ilustrar com o exemplo de um sujeito ter a tranquilidade – oriunda exatamente de uma expectativa – de que pode sair na rua sem que a maioria dos demais indivíduos tente obstruí-lo, matá-lo, furtá-lo etc., justamente porque o direito rechaça tais condutas, podendo combatê-las com a violência, inclusive.

Assim, o direito se comporta como um mecanismo generalizador, ou seja, como uma congruente *generalisierung* de expectativas normativas.²²⁰ Luhmann entendia que o direito constitui uma estrutura do sistema social que produz congruência, reduzindo complexidade ao dizer “sim” a determinadas condutas, de modo a, por consequência, dizer “não” há várias outras, pois um sim é a soma de não. “Sim” a uma liberdade é “não” às possíveis condutas que venham embará-la. O direito assim o faz com resguardo, em última instância, do uso da força física – “primado da força física”, alude Luhmann –, sancionando possibilidades de conduta que não poderiam ser generalizadas sem colocar a vida social em risco.

As teorias sociológicas do direito, de modo diverso das teorias do direito focadas unicamente na estrutura, questionam pelo papel desempenhado pelo direito na sociedade. Nada obstante, em ambos os casos – Sousa Santos e Luhmann –, identifica-se o direito como um instrumento de regulação ligado à manutenção de uma situação, cristalizando expectativas. Ocorre que, como foi possível notar, as políticas públicas têm, por vezes, o escopo não de manter determinada situação, mas, pelo contrário, alterar a realidade resolvendo algum problema específico. Inclusive, rememore-se que é o surgimento do Estado intervencionista que reclama por um modelo teórico sensível à atividade promocional.

E, de fato, é quanto a essa questão que Bobbio critica Luhmann, asseverando que, embora a sociologia funcionalista do alemão seja sofisticada, incorre em erro à medida que rastreia no direito uma única função, qual seja, precisamente a função de selecionar e estabilizar expectativas normativas.²²¹ Para Bobbio, o direito não tem apenas uma função – para ele, isso seria reducionismo –, mas sim uma pluralidade delas. Em tal âmbito, a função promocional é uma das funções do direito, encorajando não uma manutenção de um

²¹⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução Gustavo Bayer. Tomo 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

²²⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. 2007. p. 112.

²²¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. 2007. p. 112.

determinado estado de coisas, mas, pelo contrário, alterando-o para adequá-lo a algum objetivo. A esse respeito, a possibilidade do direito veicular medidas que visam modificações:

Considerando agora as medidas de desencorajamento e as de encorajamento de um ponto de vista funcional, o essencial a se destacar é que as primeiras são utilizadas predominantemente com o objetivo da conservação social e as segundas, com o objetivo da mudança.²²²

Portanto, uma teoria funcionalista adequada ao estudo jurídico das políticas públicas é essa que concebe que os textos normativos do ordenamento podem conduzir a uma alteração na realidade, de modo que o direito assume uma função promocional para além da mera regulação de condutas. Todavia, ponto sensível que merece ser esclarecido é que mesmo a repressão estará a serviço de uma finalidade – como visto no item anterior, existem políticas regulatórias –, que poderá ser buscada mediante uma política pública. A valer, a função – no sentido de finalidade –, está presente tanto na conservação/repressão (como em Luhmann) quanto na mudança/promoção (como em Bobbio).

A rigor, de fato o caminho não é separar absolutamente conservação de mudança, mas sim ter a compreensão de que em ambos os casos o direito assumirá uma postura de intervir na realidade com algum fim, inclusive mediante alguma atividade. Até mesmo em uma política pública de *conservação* – como aquelas de segurança pública que visam resguardar o exercício de direitos contra indevidas investidas – observar-se-á caráter finalístico, que, curiosa e ironicamente, sob certo ponto de vista, implica em uma *mudança*: afastar a ameaça existente em potencial. Noutros termos, não é separar e diferenciar os objetos – textos normativos e respectivas políticas –, mas sim alterar a forma de conceber ambos, reconhecendo que o direito assume diversas funções e finalidades. Aliás, existem fins intermediários e fins últimos e a análise funcional admite níveis de modo que “... para qual um fim, uma vez alcançado torna-se meio para realização de outro fim, e assim por diante, até se fixar em um fim proposto ou aceito como último.”²²³ Uma atividade de conservação poderá ter um fim último de mudança e vice e versa. Como atender essas finalidades? Por meio de atividades, ou seja, políticas públicas.

Obviamente que, para estudar o fenômeno funcional do direito, fica mais fácil a visualização caso se foque no aspecto promocional, ou seja, na função de mudança. Isso porque, em tais casos, a finalidade aparece de modo mais nítido, colocando em evidência

²²² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. 2007. p. 19.

²²³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. 2007. p. 105-106.

aquele esquema de ajustar meios e fins. No caso da conservação, cai-se no protagonismo historicamente dado à lógica do “se-então”, em que a sanção fica em evidência e não a finalidade subjacente. De fato, como exemplo, enxerga-se com maior facilidade a função finalística do analisando-se políticas públicas constitucionalizadas, como o Sistema Único de Saúde (SUS) Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, do que na leitura de uma regra do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que impõe sanção para evitar acidentes de trânsito.

O importante é reconhecer que o direito veicula finalidades em suas normas, podendo ser perfeitamente estudado sob uma perspectiva funcionalista. Abrem-se, assim, horizontes para uma teoria do direito para além do sistema de regra e sanção. Em tal perspectiva Norberto Bobbio, didaticamente demonstrando que a funcionalidade é subjacente tanto em comandos de desencorajamento, quanto naqueles de encorajamento:

Para atingir o próprio fim, um ordenamento repressivo efetua operações de três tipos e graus, uma vez que existem três modos típicos de impedir uma ação não desejada: torná-la *impossível*, torná-la *difícil* e torná-la *desvantajosa*. De modo simétrico, pode-se afirmar que um ordenamento promocional busca atingir o próprio fim pelas três operações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada *necessária*, *fácil* e *vantajosa*.²²⁴ (itálico no original)

Dessa construção, importa ressaltar que o direito pode sim ser encarado a partir das finalidades que estão inseridas em si, não reduzindo o seu estudo à lógica de comandos (norma primária em Kelsen) e consequências sancionais em para o caso de descumprimento de tais comandos (norma secundária em Kelsen). A valer, o ordenamento jurídico também veicula objetivos, visando uma alteração da realidade, ao estimular atividades. Trata-se de identificar, no direito, uma lógica de “fazer A para alcançar B” para além de “se A, então consequência B”. Tal abertura para uma concepção funcionalista do direito é imprescindível para análise da relação entre direito e políticas públicas – tema do item a seguir –, pois tais programas de ação governamental buscam alterar a realidade para alcançar algum objetivo socialmente relevante.

²²⁴ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. 2007. p. 15.

3.1.3 Relação entre políticas públicas e direito

Após apresentar o que são políticas públicas e indicar que, em razão de seu aspecto teleológico e instrumental, demandam uma análise jurídica de caráter funcional, tem-se que efetivamente traçar a interconexão entre políticas públicas e direito, identificando pontos de tangência. Isso porque, muito embora em um paradigma de Estado democrático de direito toda a atuação da Administração Pública esteja vinculada à juridicidade no sentido amplo tratado no primeiro capítulo, inexistente uma identidade absoluta entre um programa de ação governamental e o ordenamento jurídico.

Em perspectiva histórica, em quando do surgimento das políticas públicas no âmbito do dirigismo do Estado de bem-estar, tais políticas eram compreendidas em posição paralela em relação ao ordenamento jurídico.²²⁵ Muito embora os programas sociais tivessem um compromisso com os direitos sociais, concebiam-se que a presença de tais direitos no ordenamento possuía caráter muito mais programático do que efetivamente normativo. Assim, as políticas públicas eram compreendidas como afeitas à atividade política e separadas do direito e da atividade jurídica. Assimilava-se que o ponto de contato entre políticas públicas e direito restringia-se a um caráter semântico/retórico, típico de uma concepção programática do direito, que enxerga nas normas mandados de otimização e não uma efetiva normatividade.

Por certo, em um modelo constitucionalizado de Administração Pública, nos moldes já trabalhados nesta dissertação, não há que se conceber essa relação de separação/paralelismo entre direito e políticas públicas, devendo-se estabelecer-se uma relação com diversas tangências. Isso porque, em *primeiro lugar*, se as políticas públicas dizem respeito a uma atividade do Estado e este último estará vinculado ao ordenamento jurídico, por certo o direito influenciará nos programas de ação. Em *segundo lugar* – questão que é, a rigor, um desdobramento da questão anterior –, associando a premissa de que a política pública possui um caráter finalístico à premissa de que, no Estado constitucional, a finalidade do agir estatal terá um compromisso com a ordem de valores subjacente dos direitos fundamentais, extrai-se que a promoção e proteção desses direitos deverá informar os programas governamentais de ação.

Foi propriamente por causa desse segundo ponto que se indicou a análise funcionalista como aquela adequada à compreensão jurídica das políticas públicas. De fato, por um lado se concebe que o ordenamento jurídico pode estabelecer objetivos que implicam em mudanças na realidade (funcionalismo) e, de outra parte, tem-se que as políticas públicas

²²⁵ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2000. p. 262.

são meios de alcançar objetivos. Conjugando-se de tais construções tem-se que, no Estado democrático de direito, o ordenamento jurídico balizará os objetivos que deverão ser alcançados pelas políticas públicas. Políticas públicas são, portanto, um instrumento do Estado democrático de direito para veiculação de sua axiologia constitucional decorrente da centralidade da dignidade da pessoa humana, que reclama a proteção e promoção de direitos fundamentais. Nesse sentido, identificando as políticas públicas como um veículo funcional do poder político constitucionalizado, uma vez que realizam materialmente a lei:

As políticas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à idéia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas.²²⁶

Em igual perspectiva, correlacionando a influência da constitucionalização do direito ao aspecto instrumental e teleológico – portanto, funcional, por envolver meios e fins – das políticas públicas, Ana Paula de Barcellos, didaticamente, indica como o compromisso constitucional com os direitos fundamentais indica a qual finalidade essas políticas voltar-se-ão. Veja-se:

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor; (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos.²²⁷

Questão que merece nota é a referência que Barcellos faz à limitação dos recursos. Tal observação serve para apontar que, embora haja uma relação entre direito e políticas públicas, inexistente, conforme já referido, identidade entre ambas as coisas. A saber, o direito, enquanto um “dever-ser”, tem como forte característica a deontologia, ou seja, a

²²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2000. p. 252.

²²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

normatividade. Muito embora essa deontologia, em razão do caráter funcional do direito se irradie para as políticas públicas, no âmbito de tais programas a normatividade encontra limites no que diz respeito aos recursos. Os direitos fundamentais estão dotados de normatividade, porém as condições de sua implementação – especialmente no caso de direitos prestacionais objeto de políticas públicas – não se sujeitam à lógica da normatividade.²²⁸ Não há lei que crie dinheiro. Nada obstante, considerando os recursos disponíveis, sobre eles recai a normatividade, como bem aponta Barcellos ao tratar da primazia dos direitos fundamentais.

Quando Maria Paula Dallari Bucci indica políticas públicas como uma evolução da lei em sentido formal, isso não implica em reconhecer que as políticas públicas são leis em si, mas sim uma manifestação em consonância com a finalidade insculpida em lei. O ordenamento, de fato, traz as finalidades das políticas públicas, todavia enquanto estas últimas são atividades/programas, o direito segue como instituição social que informa tais atividades. De fato, por isso o estudo das políticas públicas se aproveita do aparato teórico do neoinstitucionalismo, incluindo o institucionalismo jurídico, como forma de, em um estudo de ciência política, rastrear as fontes dos conteúdos das políticas públicas.²²⁹ As políticas públicas realizam o direito, sem com ele se confundir, sendo, portando, uma decorrência dele. Nesse giro:

As políticas públicas permitem um trabalho mais prospectivo do que retrospectivo no direito, o que é interessante, uma vez que a teoria geral do direito, desenvolvida nos moldes da predominância do direito privado, tem seu foco no momento da aplicação da lei, especialmente no dizer o direito pelos tribunais.²³⁰

Como já referido, obviamente a política pública não pode ser reduzida às disposições jurídicas que dispõem a seu respeito. Tal operação seria reduzir toda a interdisciplinaridade que envolve as políticas públicas a um legalismo. Com efeito, considerando o ciclo das políticas públicas apresentado – agendamento, formulação, implementação e avaliação –, seus conteúdos, ainda que voltados ao fim jurídico politicamente relevante, serão informados por questões que escapam ao direito.

²²⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2000. p. 247.

²²⁹ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009.

²³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Fórum Administrativo**. 2009. p. 25.

Tanto é assim, que, salvo algumas exceções,²³¹ a lei não desenha a política pública, deixando espaço para atuação das autoridades administrativas e gestores. Aplicável aqui a lógica do interesse público personalizado – tratado no primeiro capítulo –, segundo a qual o administrador poderá exercer juízos de oportunidade e conveniência, como o próprio ordenamento lhe franqueia, desde que mantido o compromisso com a ordem de valores que emana da Constituição. Assim como o ato administrativo, a política pública é uma atividade e, portanto não é direito, muito embora esteja conectada com ele.²³²

Feita essa distinção entre direito e políticas públicas, cumpre ainda indicar pontos importantes de contato entre os dois. Quanto a essa questão, Diogo Rosenthal Coutinho indica que, em relação às políticas públicas, o direito: traz objetivos, respondendo a questão “qual a finalidade?” (*dimensão material*); fornece estruturas institucionais para implementação, repartindo atribuições e competências, respondendo às questões “quem faz o que? Com quais competências?” (*dimensão estruturante*); oferece instrumentos e veículos para implementação, respondendo à questão “quais são os meios jurídicos adequados para alcançar os objetivos?” (*dimensão instrumental*); garante vocalização, franqueando a participação da sociedade civil mediante *accoutability* e direito de mobilização, respondendo às questões “quem são os interessados? Como lhes dar voz para controle social” (*dimensão participativa*).²³³

Conclui-se, assim, que, muito embora a origem da concepção de políticas públicas no dirigismo estatal estivesse vinculada ao direito apenas de modo semântico em relação à programaticidade das normas de direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, essa relação passa a ser mais próxima. As políticas públicas, enquanto atividades que são, não se confundem com o ordenamento, nada obstante, observando-se este último sob a perspectiva funcional, nota-se que ele informa diversos conteúdos dos programas de ação estatal, especialmente no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos fundamentais.

²³¹ O Sistema Único de Saúde é um exemplo já referido acima como exemplo de política pública desenhada na CFRB/1988.

²³² Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Fórum Administrativo**. 2009. p. 32-33.

²³³ Cf. COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). **Política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: UNESP. (No prelo).

3.2 Acesso à justiça

Estabelecida uma compreensão das políticas públicas, foi possível, após, correlacionar tais programas de ação com o direito, desenvolvendo-se uma análise jurídica das políticas públicas. Notou-se que a política pública, enquanto atividade, serve à promoção dos objetivos contidos em um ordenamento jurídico – reconhecendo-se o aspecto promocional do direito – e, no âmbito do Estado democrático de direito, tais objetivos estarão compromissados em primeiro lugar com os direitos fundamentais.

Portanto, a partir desse encadeamento, tem-se que uma investigação que problematiza a arbitragem enquanto uma política pública deverá analisar a aptidão de tal modo de resolução de conflitos para a realização de algum direito ou garantia fundamental. Nesse sentido, aponta-se a garantia fundamental de acesso à justiça, porém, antes de discutir especificamente como a arbitragem se relaciona com tal garantia, necessário um estudo prévio em relação a ela. Justifica-se essa atenção, dentre outras razões, pela multivocidade e enorme carga semântica que traz a palavra justiça. No mesmo sentido, para se chegar à arbitragem, é necessário antes lidar com um a noção criada pelo senso comum teórico dos juristas, que cria uma relação de identidade entre acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário.

É em relação a esses desafios que este item presta-se à realização de um acordo semântico quanto à palavra justiça, para fins de comunicação menos ruidosa ao se referir à arbitragem como política pública de acesso à justiça. Após, passa-se a delinear um conteúdo para a chamada garantia fundamental de acesso à justiça.

3.2.1 Um acordo semântico quanto ao vocábulo “justiça”

A justiça situa-se, filosoficamente, no ramo de estudos da ética – muito embora tenha contato e seja trabalhada por outros ramos da filosofia, como a metafísica e política, por exemplo, o que aumenta a multivocidade da palavra –, sendo uma decorrência do questionamento pelo certo a se fazer, especialmente quanto ao modo de distribuir ônus e bônus. Apenas desse *locus* em que se situa a justiça, já se extrai a dificuldade de realização de acordos semânticos quanto ao seu sentido, pois, historicamente, coexistiram e/ou se sucederam diversas concepções sobre o justo e, numa sociedade plural e fragmentada como a contemporânea, a quantidade de ideias sobre justiça aumenta.

Felix Oppenheim demonstra que essa pluralidade de concepções de justiça se dá porque a noção do certo a se fazer é uma ideia normativa – portanto, no plano do dever-ser – e

não descritiva, afirmando que “A Justiça, de seu lado, é um conceito normativo e expressões como estas: ‘esta ação ou esta norma ou esta instituição é justa’ ou ‘é de justiça instituir-se leis fiscais igualitárias’ representam juízos normativos e não afirmações descritivas.”²³⁴ Em razão da não verificação da justiça do plano do ser, os sujeitos podem, normativamente, criar e compartilhar visões próprias do justo. É por isso que Oppenheim aconselha reputar a justiça apenas como uma noção ética fundamental, sem se adentrar na determinação de seu conteúdo.²³⁵

Para reflexão quanto ao problema da justiça, aproveita-se retomar a forma como o problema foi colocado em uma acepção amplamente difundida. A saber, no livro cinco de *Ética a Nicômaco*, Aristóteles, refletindo uma noção de justiça como uma virtude – com aspectos na prática – traz a noção de que a justiça diz respeito a dar a cada um que lhe é devido. É mesma lógica subjacente na concepção romana clássica de Ulpiano, pensando no direito aplicado como uma arte, no sentido de a justiça como ofício de *suum cuique tribuere*, ou seja, dar a cada um o que é seu.²³⁶ Também presente esse raciocínio no texto bíblico, quando Paulo de Tarso ensina aos cristãos romanos: “Pagai a todos o que lhe é devido; a quem tributo, tributo; a quem imposto, imposto; a quem respeito, respeito; a quem honra, honra.”²³⁷ Essa perspectiva tem ampla penetração e, em parte, isso se justifica porque o ocidente historicamente se construiu exatamente sobre os pilares da filosofia grega, do direito romano é da religião judaico-cristã.

Nesse esquema de dar a cada um que lhe é devido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior identifica um aspecto formal e um aspecto material da justiça – que ele também tem como uma noção ética fundamental.²³⁸ O *aspecto formal* é precisamente distribuir a cada qual segundo o que lhe é devido. O *aspecto material*, por seu turno, é representado em um questionamento que decorre exatamente da estrutura delineada no aspecto formal, qual seja, “o que é devido a cada um?”. As propostas de soluções para preenchimento do aspecto material de justiça são os chamados critérios de justiça.

Existem várias teorias da justiça que propõem critérios materiais diversos. Michael J. Sandel, em suas conferências sobre filosofia moral, em que o problema da justiça é

²³⁴ OPPENHEIM, Felix. Justiça. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. Tradução Carmen Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 660-666. p. 661.

²³⁵ Cf. OPPENHEIM, Felix. Justiça. In: **Dicionário de política**. 1998. p. 661

²³⁶ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 352-353.

²³⁷ **Bíblia**. Tradução João Ferreira Almeida. 2. ed. rev. atual. no Brasil. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. p. 763.

²³⁸ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 2003. p. 352-353.

uma questão colocada, indica que os três grandes critérios de justiça bastante presentes nas atuais discussões éticas. Sandel menciona o utilitarismo, o liberalismo – em sua forma libertária e liberal-igualitária – e noção de justiça como uma virtude:

Uma delas diz que a justiça significa maximizar a utilidade ou o bem-estar – a máxima felicidade para o maior número de pessoas. A segunda diz que a justiça significa respeitar a liberdade de escolha – tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um livre mercado (visão libertária) quanto às escolhas hipotéticas que as pessoas deveriam fazer na posição original de equanimidade (visão igualitária liberal). A terceira diz que a justiça envolve cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum.²³⁹

Também lidando com essa questão dos critérios materiais de justiça, Chaïm Perelman, aponta que a resposta à pergunta sobre o que é devido a que, pode ser respondida: dando a cada um a mesma coisa que se dá a todos; dar a cada um de acordo seus méritos; dar a cada um segundo as suas ações; dar a cada um de acordo com suas necessidades; dar a cada um aquilo que a lei diz que deverá ser dado.²⁴⁰ Assim, o teórico polonês conclui que a noção formal de justiça é conciliável com diversos critérios materiais, que podem variar de cultura para cultura, ou mesmo a partir de diferenças ideológicas e/ou filosóficas.²⁴¹

Percebe-se que Perelman separa direito e justiça, concebendo uma relação contingencial entre ambos. De fato, há autores que identificam uma relação necessária entre justiça e direito, enquanto outros rechaçam essa ideia. O termo em latim que deu origem à palavra justiça, *justitia*, relaciona-se diretamente com a expressão, também latina, para direito, qual seja, *jus*. Tal proximidade etimológica denuncia uma relação, ao menos retórica, bastante antiga que é indicada em vários termos em português relacionados ao direito (jurídico, juiz, jurista, jurisdição etc.).²⁴²

De um lado, têm-se construções no sentido de que se trataria de uma contradição performativa caso existisse um direito que se pretendesse injusto, o que apontaria para a relação necessária entre direito e justiça. Exemplificando Ferraz Júnior, argumenta que a justiça que confere ao direito um significado no sentido de razão de existir:

²³⁹ SANDEL, Michael J.. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 321.

²⁴⁰ Cf. PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 9.

²⁴¹ Cf. PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 32.

²⁴² Cf. DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 78.

Diz-se, assim, que o direito deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo. Ou seja, a perda ou a ausência do sentido de justiça é, por assim dizer, o máximo denominador comum de todas as formas de perturbação existencial, pois o homem, ou a sociedade, cujo senso de justiça foi destruído, não resiste mais às circunstâncias e perde, de resto, o sentido do dever-se do comportamento.²⁴³

Por outro lado, perspectivas realistas e céticas, em suas mais variadas vertentes – como no positivismo de Kelsen-Hart, no realismo norte-americano, ou mesmo no realismo escandinavo de Olivecrona-Ross –, rejeita essa relação necessária, de modo semelhante àquela perspectiva positivista quanto à relação entre direito e moral, que foi indicada no primeiro capítulo desta dissertação. Tem-se representada essa perspectiva na anedota realista que diz “justiça é apenas o nome do prédio”. Assim, um direito contingencialmente injusto, não deixaria de ser direito, vez que elementos como autoridade (Joseph Raz), ou validade (Hans Kelsen) é que seriam determinantes.

Todavia, da forma como foi colocado o problema da justiça, separando em uma lógica estrutural, *aspecto formal*, do critério de justiça, *aspecto material*, é possível chegar a um acordo semântico que conclui por uma noção operável para fins desta dissertação. De fato, no tocante à garantia de acesso à justiça, entender-se-á como possibilidade de se recorrer aos meios com aptidão para dizer o que é devido a cada um, aproximando-se do aspecto formal de justiça. Nada obstante, não há descompromisso com o aspecto material, pois se entende que será devido aquilo que estiver em consonância com o ordenamento jurídico constitucionalizado. Assim, sem adentrar profundamente nos critérios de justiça, acesso à justiça, neste texto, será acesso a um meio adequado de dizer o direito, mas não em uma operação meramente exegetica, antes, contudo, compromissada com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.

3.2.2 *Garantia fundamental de acesso à justiça*

Estando acordada a acepção de justiça que se tem neste trabalho, passa-se a tratar da garantia fundamental de acesso à justiça. De saída, já se pode perceber que o acesso à justiça pressupõe acesso a meios de se dizer o direito, entregando a cada sujeito de direito aquilo que lhe é devido juridicamente. A noção de um acesso à justiça como uma garantia fundamental decorre da percepção de que a garantia meramente nominal, em texto, de

²⁴³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2003. p. 352.

direitos, não realiza efetivamente os valores constitucionais, sendo necessário garantir mecanismos de fazer valer tais direitos, combatendo, inclusive sua violação.

Essa inquietação, no sentido de realização material de direitos, tem a mesma lógica que permeia as políticas públicas. Todavia, enquanto as políticas públicas são atividades organizadas em programas de ação, dentro da discricionariedade do Estado a ser usada para a promoção de direitos, o acesso à justiça já é, em si, uma garantia fundamental. Enquanto as formas que tomarão as políticas públicas, com exceção daquelas que já vêm desenhadas na CFRB, estejam sujeitas à discricionariedade administrativa – discricionariedade a serviço dos direitos fundamentais, rememore-se –, o acesso à justiça não se sujeita a essa contingência, senão quando, obviamente, objeto de uma política pública específica.

Em relação a esse papel de garantia fundamental, que é assecuratório de direitos fundamentais, do acesso à justiça, Maria Tereza Aina Sadek constrói uma aproximação entre acesso à justiça é o direito à igualdade. A compreensão de igualdade vai mudando ao longo da história, em uma dinâmica que, em cada lugar e tempo, determinadas desigualdades antes aceitas passam a ser consideradas inadmissíveis, traços que são assimilados por aquelas culturas refletindo no direito positivo.²⁴⁴ Essa mudança de concepção vai sendo incorporada no direito positivo, como resposta aos processos políticos, nada obstante, o mero reconhecimento em texto não garante a alteração do *satus quo*, sendo necessário a garantia de meios de efetivação dos direitos. É nesse sentido que se reconhece o acesso à justiça como forma de diminuir a tensão entre ser e dever-ser:

...o reconhecimento formal de direitos, contudo, não implica diretamente na sua efetivação. Daí a tal apontada distância entre legalidade e a realidade. O fato, porém, das relações concretas não espelharem a igualdade prevista em lei, não diminui o valor da legalidade (...) As instituições que compõem o sistema de justiça identifica-se com a condição real de transformação a igualdade jurídica e dos preceitos formais em algo material concreto.²⁴⁵

Quanto à noção de acesso à justiça em si, ela também sofreu alterações o longo do tempo. Antes de uma concepção sofisticada em torno da ideia de acesso à justiça, desenvolveu-se na Inglaterra o chamado *right of petition*, que, na idade moderna, foi

²⁴⁴ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, Roberto (Org.). **Justiça, cidadania e democracia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p. 147-156. p. 150-151.

²⁴⁵ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: **Justiça, cidadania e democracia**. 2006. p. 151.

consolidado no *Bill of Rights* de 1689, franqueando aos súditos o peticionamento ao rei.²⁴⁶ Já no contexto do liberalismo iluminista, o direito de petição alcançou outros estados nacionais, mas em um modelo no qual o Estado, em inércia, operava pela lógica fisiocrata do *laissez-faire* respondendo somente aqueles que tinham condições de provocá-lo; quantos aqueles que não podiam, eram reputados responsáveis por sua própria sorte.²⁴⁷ Correlacionando com aquela perspectiva de associar acesso à justiça à igualdade, tem-se que o acesso à justiça ao tempo do liberalismo político refletia a igualdade formal do pensamento iluminista pré-isonômico.

Com a superveniência de direitos sociais e do *welfare state*, há uma passagem no sentido de mais que meramente *declarar* direitos – no estilo das declarações liberais –, torná-los *acessíveis*, à medida que se reconhecem deveres sociais dos governos, das comunidades e dos indivíduos.²⁴⁸ Portanto, necessário o caráter assecuratório do acesso à justiça para a passagem do modelo de declaração, para o modelo de acesso aos direitos:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.²⁴⁹

Quanto ao conteúdo do acesso à justiça, de modo semelhante ao que ocorre com diversos outros direitos e garantias fundamentais, há certa dificuldade em delimitar seu conteúdo com precisão. Todavia há dois escopos básicos em tal garantia, que são desdobramentos exatamente da isonomia, quais sejam, é necessário que o sistema seja acessível a todos e que os resultados sejam individual e socialmente justos.²⁵⁰ Compondo ainda o alcance da noção de acesso à justiça, tem-se ainda: o direito de se peticionar junto aos poderes públicos; a prestação de assistência jurídica integral gratuita para aquelas pessoas que não tem condições financeiras – o que é um desdobramento da isonomia –, que alcança também atuação extrajudicial, com a prestação de assessoria e consultoria.²⁵¹ Ainda, acesso à justiça pressupõe, ao menos, três etapas conectadas entre si, quais sejam: a possibilidade de

²⁴⁶ Cf. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 215.

²⁴⁷ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 10.

²⁴⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 11.

²⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 11-12.

²⁵⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 8.

²⁵¹ Cf. BÜSCHEL, Inês do Amaral. O acesso ao direito e à justiça. In: LIVIANU, Roberto (Org.). **Justiça, cidadania e democracia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p. 129-136. p. 132.

ingresso; os procedimentos adequados de apreciação da questão posta; e, ao fim, a saída com a resposta quanto a quem é devido o que.²⁵²

O ordenamento jurídico brasileiro, em sua conjectura constitucional atual de Estado democrático de direito, reflete essa concepção de que o acesso à justiça é garantia de efetividade de direitos. Não por outra razão, acesso à justiça é uma garantia fundamental e, assim, cláusula pétrea, estando inscrita no Art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, inciso XXXV e inciso LXXIV. A saber, tem-se tanto a garantia do histórico direito de petição, bem como a garantia de que nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação pelo Poder Judiciário e direito à prestação, pelo Estado, de assistência jurídica integral e gratuita às pessoas sem recursos para tal.

Nessa altura, cabem esclarecimentos quanto ao real alcance da garantia de acesso à justiça. Isso porque, em certa medida até mesmo pela redação do texto constitucional, que faz referência expressa ao Poder Judiciário, por equívoco, corriqueiramente identifica-se o acesso à justiça com o acesso Poder Judiciário. Partindo-se de uma noção de que só é possível justiça por meio do Poder Judiciário, forma-se um senso comum teórico de juristas, no sentido proposto Luís Alberto Warat,²⁵³ que reforça vícios intelectuais aceitos e repetidos de modo irrefletido. Tal noção não encontra resguardo numa concepção ampla de acesso à justiça, que se exige em um Estado democrático de direito.

Mesmo sem adentrar – como já havia sido adiantado – especificamente em critérios de justiça, sabe-se que o ordenamento jurídico possibilita aos sujeitos de direito diversas formas para buscarem “dar a cada um segundo o que lhe é devido”. Qualquer meio que, não vedado pelo ordenamento, for apto à proteção e promoção de direitos, poderá compor a garantia de acesso à justiça. Estão excluídos, por certo, somente meios que forem ilegais – como a *vendetta* e autotutela fora de hipóteses legais, por exemplo –, porque em um Estado democrático não importa somente os fins, mas as formas, sendo por esse motivo que se têm normas procedimentais e processuais com caráter material, como no caso do contraditório e da ampla defesa.

Não é por outra razão que, ao tratar do direito de petição, o texto constitucional prevê a possibilidade de se peticionar aos poderes públicos para combate de ilegalidades ou abusos de poder (Art. 5º, XXXIV, “a”), não adstringindo tal direito ao Poder Judiciário. No mesmo sentido, a própria garantia constitucional de um *devido processo legal* na seara

²⁵² Cf. SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p.55-66, mar./abr. 2014. p. 57.

²⁵³ Cf. WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao estudo do direito I**: Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. p. 15.

administrativa (Art. 5º, incisos LIV e LV) aponta para a possibilidade de se buscar justiça fora do Poder Judiciário. E não há que se falar que o texto constitucional restringe o acesso à justiça somente ao âmbito do poder público – ainda que fora do Poder Judiciário – pois a CFRB, após a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, passou a prever a arbitragem em conflitos coletivos de trabalho (Art. 114, parágrafo 2º). Ou, por acaso, seria congruente concluir que um Estado democrático, em sua constituição, possibilitasse aos indivíduos e às coletividades discutirem direitos em âmbitos que não colocassem em risco esses mesmos direitos? Por certo não, de modo que é mais acertado concluir que a garantia de acesso à justiça é mais ampla que o acesso ao Judiciário.

O acesso a qualquer canal, estatal ou não, que estiver encarregado de reconhecer direitos poderá compor o conteúdo do acesso à justiça.²⁵⁴ Ainda nesse âmbito, comentando justamente a previsão constitucional referente ao acesso à justiça, Maria Tereza Aina Sadek ressalta essa noção ampla de tal garantia:

Esse mandamento constitucional implica a possibilidade de que todos, sem distinção, possam recorrer à justiça, e tem como consequência atuar no sentido de construir uma sociedade mais igualitária e republicana.

O direito de acesso à justiça não significa apenas recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais. Como consta do texto constitucional, são vários os mecanismos e instituições que podem atuar na busca da solução pacífica de conflitos e do reconhecimento de direitos.²⁵⁵

Na mesma perspectiva ampla de acesso à justiça:

A expressão “acesso à justiça” é de difícil definição. Existem dois posicionamentos dominantes quanto ao seu significado: o mais simplista deles percebe o “acesso” apenas como admissão aos mecanismos de julgamento do Estado; já uma segunda corrente, cuja percepção será adotada neste estudo, defende que o “acesso à justiça” extrapola a mera admissão formal aos tribunais (...) argumenta-se que é imperioso, para a efetivação do referido direito, que seja viabilizado o acesso a uma “ordem jurídica justa.”²⁵⁶

Mauro Cappelletti e Bryant Garth apontam que, para atacar dificuldades que obstam o acesso à justiça, em três momentos históricos, distintos e sucessivos, houve foco em

²⁵⁴ Cf. SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: **Justiça, cidadania e democracia**. 2006. p. 151.

²⁵⁵ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. 2014. p. 57.

²⁵⁶ FREIRE, Moema Dutra. Administração alternativa de conflitos: perspectivas para a ampliação do acesso à justiça e a prevenção à avaliação. In: SLAKMON, Catherine *et al.* (Org.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 113-129. p. 115.

um problema específico, de modo que se formaram esforços conjugados de enfrentamento focado em algum desses problemas.²⁵⁷ Os autores alcunham esses momentos de “ondas de acesso à justiça”. Ressalta-se que o terceiro momento – sucedendo a primeira onda, que dizia respeito à assistência judiciária, e a segunda, concernente à representação jurídica de direitos difusos – se refere diretamente a uma compreensão mais ampla do problema do acesso à justiça, distinguindo-se das ondas anteriores por centrar “... sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processo e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas...”²⁵⁸ para além do contexto judicial. Importante ressaltar que, segundo Cappelletti e Garth, embora sucessivos historicamente, as articulações das ondas somam-se, de modo que uma não implica necessariamente um abandono da anterior, como em uma visão progressista do positivismo sociológico.

Portanto, tem-se que o direito de acesso à justiça tem um sentido amplo, dialogando com todas as formas que, de algum modo, têm aptidão para fazer valer os direitos postos à apreciação. Como visto, o próprio texto constitucional permite uma interpretação ampla do conteúdo da garantia de acesso à justiça, sendo por essa razão que não é um contrassenso falar em *acesso extrajudicial à justiça*, como, inclusive, está presente no título desta dissertação.

3.3 Arbitragem como acesso extrajudicial à justiça

A partir dos elementos colhidos nos itens anteriores, cumpre agora dissertar a respeito de como a arbitragem pode ser considerada uma política pública. A saber, ao se tratar acima das políticas públicas, vislumbrou-se que, no âmbito do Estado democrático de direito, tais programas de ação têm seus objetivos pautados pelo compromisso com a promoção de direitos e garantias fundamentais. De outra parte, colheu-se o caráter de garantia fundamental, constitucionalmente estabelecida, do acesso à justiça. Resta, então, a união dos dois pontos, analisando de que modo a arbitragem, especialmente no âmbito da Administração Pública, pode contribuir ao acesso à justiça.

²⁵⁷ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 31.

²⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 67-68.

3.3.1 Reconhecendo um problema

Com o surgimento do constitucionalismo social e, posteriormente, com o advento do Estado de bem-estar, assistiu-se uma ampliação dos direitos protegidos pelo ordenamento. Não apenas isso, dado o caráter prestacional dos novos direitos – notadamente os direitos sociais –, não mais se esperava do Estado apenas a inércia no sentido de limitar-se ao respeito das liberdades individuais e, apenas quando provocado, emprestar a sua força para fazer valer os direitos individuais de um indivíduo face outros. A saber, o poder público também passa a ser demandado como responsável pela promoção dos direitos declarados.

O Estado democrático de direito é herdeiro desse quadro inaugurado em seus antecessores, tendo que lidar ainda com o fato de que, com a concepção de constitucionalização da estrutura pública, bem como do ordenamento jurídico como um todo, abre-se margem para constante questionamento e realização de controle de validade das diversas atuações. Tanto as reivindicações dos direitos prestacionais, quanto as discussões de validade com base na constituição conduzem a uma expressiva judicialização. Com efeito, tem-se assistido um aumento da litigância, em razão da judicialização das mais diversas questões, vez que, em um paradigma de Estado de direito são muitas as reivindicações dos sujeitos, não podendo o Poder Judiciário escusar-se quanto à sua apreciação.

Em países como o Brasil, que têm uma herança colonial, tendo sido reputado, outrora, um país de terceiro mundo, depois, chamado de subdesenvolvido e, após, de Estado emergente/em desenvolvimento, por vezes, fica claro o divórcio entre *ser* e *dever ser*. O fato é que o ordenamento jurídico declara diversos direitos e garantias, nada obstante, dificuldades históricas de implementação dos mesmos fazem com que tais previsões estejam distantes da realidade da população, que, por seu turno, recorre ao Poder Judiciário para fazer valer seus direitos.

A título de exemplo quanto ao impacto de como uma perspectiva constitucionalizada das coisas enseja judicialização, em um recorte dos dez anos subsequentes à promulgação da CFRB, ou seja, de 1989 a 1999, enquanto a população brasileira aumentou no percentual de 15%, o número de ações contra a União e a administração pública federal, no STF, aumentou em 360%.²⁵⁹ Verifica-se, por tal discrepância, que não há como estabelecer uma relação entre o aumento da população e o acréscimo do número de ações, concluindo-se que foi a litigância que aumentou. O quadro ganha contornos críticos levando em conta que,

²⁵⁹ Cf. ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição política constitucional. In: SADEK, Maria Tereza Aina (Org.). **Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Scielo Books, 2010. p. 13-65. p. 19.

até 2010 – tempo do levantamento –, desde 1995, a proporção dos processos julgados em relação aos processos distribuídos era de apenas 50%.²⁶⁰

Com efeito, não é outra a função do acesso à justiça, senão o uso dos meios adequados para o alcance dos direitos que se tem. Não se questiona que o abismo que existe, muitas vezes, entre as práticas observadas na realidade e as prescrições constitucionais conduz à necessidade de se provocar o Poder Judiciário, para se fazer valer a constituição. Ocorre que o quadro de excessiva litigância traz algumas questões que, em vez de promover o acesso à justiça, antes, fragilizam tal garantia constitucional. Isso porque o acesso ao Poder Judiciário não é uniforme, existindo pessoas que usam muito de sua estrutura, enquanto outros não têm acesso, ou têm um acesso embaraçado em razão do volume de processos em trâmite.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emite, anualmente, um relatório chamado “Justiça em Números”, que sempre tem como ano-base para análise o ano anterior. O mais recente relatório, o “Justiça em Números 2018: ano-base 2017” traz que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação,²⁶¹ ao passo que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) estimou a população brasileira em 2017 207,7 milhões.²⁶² Se feita uma média aritmética, tem-se que, aproximadamente, apenas 38% da população possui ao menos um processo judicial em trâmite. Ocorre que se ater à média aritmética seria esconder o real quadro. O Brasil vive, a rigor, um contexto em que algumas pessoas litigam excessivamente – não havendo que se falar em baixa litigância – e outras não têm acesso ao Poder Judiciário. Se o percentual de 38% já parecia baixo, tem-se que, na verdade, a quantidade de brasileiros com efetivo acesso ao Poder Judiciário é menor.

Nesse ponto, Administração Pública, direta e indireta, sempre ocupa a lista de maiores litigantes, respondendo por um volume expressivo dos processos em trâmite. No último levantamento realizado pelo STJ, em 2012, dos 100 maiores litigantes em primeiro grau e nos juizados especiais, a Administração da esfera federal e estadual, respondiam por 39,26% dos processos.²⁶³ No mesmo sentido, o estudo “O uso da justiça e o litígio no Brasil”, realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros em 2015 e que teve Maria Tereza Sadek como coordenadora, analisou os tribunais de justiça de 11 unidades da federação e também apontou a Administração Pública como uma grande litigante, sendo que liderou o

²⁶⁰ Cf. ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição política constitucional. In: **Reforma do Judiciário**. 2010. p. 13-65. p. 19.

²⁶¹ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018. p. 72.

²⁶² Cf. BRASIL. **População brasileira passa de 207,7 milhões em 2017**. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/populacao-brasileira-passa-de-207-7-milhoes-em-2017>>. Acessado em: 30 jun. 2019.

²⁶³ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes 2012**. Brasília: CNJ, 2012.

número de ações em primeiro grau em 7 dos estados.²⁶⁴ O mais recente relatório do CNJ, referente ao ano de 2017, corrobora a conclusão de que é massiva a presença da Fazenda Pública em juízo. A saber, por exemplo, na Justiça Estadual – que, por sua competência residual, é o juízo que recebe a gama mais ampla de matérias, podendo abrigar diversas demandas que não envolvam a presença de entes e entidades de direito público –, matérias de direito tributário estão entre os cinco temas mais recorrentes e, em grau recursal, questões de direito administrativo figuram também entre as cinco temáticas mais recorrentes.²⁶⁵

Da distribuição desigual de litígios extrai-se que o acesso à justiça não se encontra equilibrado no Brasil. A “... porta de entrada atrai um tipo de litigante e desencoraja ou se fecha para a grande massa de indivíduos incapazes de manejar instrumentos de efetivação de seus direitos, produzindo um paradoxo: demandas demais e demandas de menos.”²⁶⁶

Tal situação encerra uma distribuição desigual do ônus, vez que, conforme indicam Stephen Holmes e Cass Sunstein, “... *rights costs money*”.²⁶⁷ Holmes e Sunstein, desmistificando aquela noção de que somente direitos prestacionais onerariam as contas públicas, apontam o *cost of remedies*, indicando que cada direito tem uma medida assecuratória correspondente, que, em regra envolve o Poder Judiciário e, por conseguinte, custos. Assim, considerando que a estrutura do Judiciário é financiada com o dinheiro público, há um contrassenso em todos o financiarem, muito embora alguns não tenham acesso a ele, ou tenham um acesso prejudicado pelo uso excessivo por outros litigantes. Todos pagam, mas nem todos usufruem: “... *after all, collectively provided resources are often, for no good reason, channeled to secure the rights of some citizens rather than the rights of others.*”²⁶⁸ Estando a Administração Pública no topo das listas de maiores litigantes, a questão do divórcio financiamento cotejada ao uso fica ainda mais clara, vez que ela mesma é também financiada.

Tal situação de desequilíbrio traz outras consequências. Por certo, Marc Galanter trabalha com a questão usando as categorias “litigantes eventuais” e “litigantes habituais”, sendo que estes últimos têm vantagem à medida que: têm maior experiência com o direito, podendo planejar melhor o litígio; podem fazer economia de escala, vez que possuem vários casos semelhantes; podem desenvolver, com maior facilidade, mediante seus advogados, uma

²⁶⁴ Cf. AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. Brasília: AMB, 2015.

²⁶⁵ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes 2012**. 2012. p. 181-182.

²⁶⁶ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. 2014. p. 56.

²⁶⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton And Company, 1999. p. 15.

²⁶⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes**. 1999. p. 19.

relação informal de proximidade com a instância decisora; podem testar estratégias, vez que possuem um volume considerável de demandas semelhantes.²⁶⁹ Restará desbalanceada a garantia de acesso à justiça quando litigante eventual e litigante habitual ocuparem polos opostos em uma demanda. Ademais, considerando os recursos limitados do Poder Judiciário – incluindo recursos humanos –, litigantes habituais os consumirão em maior proporção, se não pela complexidade das demandas, pelo seu volume. Assim, o quadro certo de morosidade que se instala também é consequência de tal desequilíbrio e é suportado por aqueles que, mesmo requerendo pouco da estrutura, verão suas demandas tramitarem mais lentamente.

Especificamente quanto à Administração Pública, tem-se ainda, em uma análise calcada da teoria dos jogos, que diversas prerrogativas podem incentivar sua excessiva litigância. No âmbito do processo civil, as despesas dos atos processuais praticados pela Fazenda Pública são pagas pelo vencido (Art. 91 do CPC) e ela está isenta do recolhimento do preparo recursal (Art. 1.007, parágrafo primeiro, do CPC). A dispensa do recolhimento do preparo recursal pode, aliás, ser uma das explicações para o quadro trazido pelo relatório do CNJ referente ao ano de 2017 e referido acima, no sentido de que, muito embora matérias de direito administrativo não figurem entre os cinco temas mais presentes em primeiro grau, constam na lista de questões mais presentes em segundo grau.²⁷⁰ A distribuição dos riscos e custos dos custos e riscos no processo/*game* é chave para entender o comportamento das partes/*players*. Quanto a essa questão:

Em teoria econômica, associam-se riscos a eventuais perdas financeiras ou às possibilidades de se atingir ou não determinado nível de remuneração a partir do investimento realizado. Assim sendo, decisões acerca da alocação de recursos são tomadas em função de avaliações do binômio risco-retorno, o que significa que opções que envolvam maior grau de risco somente podem se revelar aceitáveis se proporcionarem maiores taxas de retornos.²⁷¹

No plano teórico, sob uma ótica coletiva, há um ponto ótimo – um nível de “soma não zero” – em que, levando em conta o número de demandas propostas, inclusive pela Administração Pública, “... o benefício marginal auferido pela sociedade em decorrência do ajuizamento de um processo adicional é igual ao custo marginal de tramitação da ação, o que

²⁶⁹ Cf. GALANTER, Marc *apud* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 25.

²⁷⁰ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes 2012**. 2012. p. 181-182.

²⁷¹ TENENBLAT, Fabio. **A ausência de racionalidade da Administração Federal na utilização do Poder Judiciário**. 2017. 161 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. p. 44.

propicia uma alocação eficiente de recursos.”²⁷² Esse ponto de equilíbrio, em que há benefício para todos – ou, ao menos, benefício para uns sem prejuízo para outros –, encontrar-se-á desequilibrado/distante se um *player* tem incentivos para litigar excessivamente, incluindo em vezes em que só o faz porque não corre riscos, ainda que tenha poucas chances de êxito.

Outro ponto que merece atenção é o fato de que corriqueiramente tem-se um enorme volume de demandas – incluindo a Administração Pública, mas não só – que têm conteúdo semelhante, que, por vezes independe de maior dilação probatória, repousando a controvérsia na aplicação de dispositivos legais. No Brasil existe uma subutilização de formas coletivas de resolução de conflitos, permitindo-se o dispêndio desnecessário de recursos do Poder Judiciário. Há uma irracionalidade no uso da estrutura judiciária à medida que “... demandas idênticas são apreciadas como ações individuais e não como litígio de natureza coletiva.”,²⁷³ situação que pode, inclusive, gerar insegurança jurídica à medida que a questão é posta à apreciação de juízos diversos. Analistas apontam o acúmulo de processo – que, por seu turno, provoca lentidão – tem a ver com esse abarrotamento do Poder Judiciário com matérias repetidas, que poderiam ser solucionadas coletivamente.²⁷⁴ Mauro Cappelletti e Bryant Garth já apontavam que a morosidade é um dos obstáculos ao acesso à justiça, argumentando que a delonga de processos implica em um aumento de custos com os mesmos, inclusive em razão de índices de inflação e encargos de mora que vão se acumulando.²⁷⁵

Com efeito, em levantamento realizado pelo IBOPE, em quatro capitais brasileiras, às vésperas da reforma constitucional do Poder Judiciário, em 2004, apontou que a população visualizava tal poder como moroso, indicando uma percepção difundida do problema.²⁷⁶ Pesquisa realizada pelo IPEA, em 2011, igualmente apontou que a população brasileira, em relação ao critério “rapidez”, avalia o Poder Judiciário entre mal e regular.²⁷⁷ Como referido no tópico anterior, o acesso à justiça não pressupõe apenas a entrada, ou seja, a colocação da questão à apreciação, mas também a saída, sendo a razoável duração do processo garantia constitucional.

Verifica-se, assim, que a excessiva litigância perturba a garantia de acesso à justiça, gerando disparidade no uso da estrutura judicial. Especificamente quanto à

²⁷² TENENBLAT, Fabio. **A ausência de racionalidade da Administração Federal na utilização do Poder Judiciário**. 2017. p. 44.

²⁷³ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. 2014. p. 51.

²⁷⁴ Cf. SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. 2014. p. 51.

²⁷⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 20.

²⁷⁶ Cf. IBOPE. Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística. **Imagem do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: IBOPE, 2004.

²⁷⁷ Cf. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Sistema de Indicadores de Percepção Social: justiça**. Brasília: IPEA, 2011. p. 7.

Administração Pública, tem-se que sua presença habitual poder afetar o acesso à justiça em razão de eventuais benefícios que um litigante habitual está sujeito a auferir.

Ademais, o volume das demandas – por vezes em matérias repetitivas –, consome recursos do Poder Judiciário, o que provoca lentidão, afetando mesmo os processos em que não é parte. Há, inclusive, percepção social nesse sentido, como visto. Em termos de políticas públicas, o problema que pode vir seu objeto de um programa de ação – inaugurando o ciclo – entra em agenda exatamente à medida que vai sendo notado por indivíduos e grupos. Ainda que, em um primeiro momento, a percepção possa ser isolada, há a possibilidade de sobrevir mobilização, lançando-se luz sobre a questão, até que ganhe notoriedade – virando objeto de pressão – a ponto da convicção sobre o problema social levá-lo a ser tratado por uma política pública.²⁷⁸

3.3.2 Arbitragem como uma alternativa

Como visto no segundo capítulo deste trabalho, a arbitragem é um processo apto à resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, sendo, ainda, uma forma de exercício de jurisdição. Assim, a partir de uma convenção das partes litigantes, o processo arbitral pode perfeitamente – respeitados os seus limites subjetivos e objetivos –, figurar como um equivalente funcional em relação ao Poder Judiciário. Avançando nessa perspectiva, correlacionando às análises anteriormente apresentadas, cumpre demonstrar como essa substituição pode figurar como uma política pública de acesso à justiça.

Um possível estranhamento inicial – que pode gerar, por consequência, questionamentos – quanto à ideia da arbitragem como uma política pública pode decorrer do fato de que, como já indicado, as políticas públicas são programas governamentais de ação, ao passo que a ideia de um terceiro imparcial, seja no caso de árbitros *ad hoc* ou mesmo de arbitragem institucional, reclama a atuação privada. Como seria, portanto, a arbitragem no âmbito da Administração Pública uma política pública, se a resolução do conflito decorre da atividade de particular(es)?

A resposta a essa objeção pode ocorrer em duas frentes. A *primeira das respostas* passa pelo fato de que, embora possa ser intuitivamente formado assim o questionamento, ele é insensível às possibilidades da arbitragem. Conforme já mencionado em outros momentos deste trabalho, existem câmaras públicas de arbitragem – que, em regra, exercem uma

²⁷⁸ Cf. FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e políticas públicas**. 2000. p. 227.

arbitragem administrativa distinta daquela preconizada na Lei 9.307/1996 –, de modo que, ainda que a resolução do conflito dá-se no âmbito da Administração Pública, ainda que fora do Poder Judiciário. Tais câmaras surgem em razão da percepção de que, tendo em conta a sobrecarga do Poder Judiciário, bem como o alto nível de litigância do Estado, é necessário investir em alternativas.

Nesse sentido, as câmaras de arbitragem instauradas no âmbito das advocacias públicas dos entes, como, por exemplo, no espectro federal, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) e, no Estado de Goiás, a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA). Ainda, abrigando conflitos que não envolvem necessariamente a Administração Pública como parte, tem-se o exemplo da Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos, no âmbito de agências reguladoras – Aneel, Anatel e ANP –, que usa heterocomposição no seio do Estado para resolver controvérsias sobre compartilhamento de infraestrutura, entre concessionárias e/ou permissionárias dos serviços sujeitos ao controle dessas agências. Tem-se, assim, Administração exercendo a atividade de árbitro, visando “dar a cada um o que é devido”, de modo célere em procedimento alternativo ao do Poder Judiciário, numa perspectiva consensual, em que as partes optam por se submeterem à arbitragem.

A *segunda resposta* possível à objeção levantada diz respeito mesmo àqueles casos em que o árbitro/a corte arbitral são particulares. Trata-se da compreensão já apresentada ao se tratar das políticas públicas (item 3.1.1), segundo a qual, em um Estado democrático de direito, sob paradigmas consensuais, a implementação de políticas públicas pode envolver agentes não estatais. Tal esclarecimento é fácil de ser visualizado, por exemplo, no caso da prestação de serviços públicos por concessionários e permissionários. Igualmente, quando o Estado exerce a sua atividade de fomento, é corriqueiro que se desenvolva políticas públicas promocionais – no sentido bobbio, apresentado no item 3.1.2, de encorajamento –, que envolvem os particulares rumo à realização de um fim de interesse público, como acontece em políticas de incentivo à cultura.

Com efeito, a Administração Pública sempre permanecerá na coordenação das políticas públicas, realizando os objetivos trazidos pelo ordenamento jurídico, ainda que a execução fique a cargo de terceiros. Como referido no primeiro capítulo, inexistente monopólio na persecução do interesse público. Deslocar determinada atividade ao âmbito privado pode ser, perfeitamente, uma forma de política pública, um rearranjo racional que, naquela perspectiva funcionalista, visa atender a algum dos objetivos do ordenamento jurídico. Aliás, em seu “Da estrutura à função”, Norberto Bobbio, para explicar o que é uma cadeia funcional

no ordenamento – uma finalidade sendo intermediária em relação à outra –, usa como exemplo justamente como a resolução de conflitos é uma função do direito, que reclama outras finalidades intermediárias para ser alcançada.²⁷⁹

No caso, quando a Administração Pública pactua cláusula ou compromisso arbitral, o que se tem, a um só tempo, é: o Estado elegendo uma via de solução de conflitos que pode ser mais vantajosa ao interesse público – conforme tratado no item 2.3.5 – e com menos chances de fissuras na relação material a ser discutida; e um litigante habitual responsável por grande parte do volume das demandas em trâmite no Poder Judiciário – muitas delas com conteúdo repetitivo – deslocando uma parcela de suas lides à resolução em jurisdição arbitral. Um exemplo de como a arbitragem pode impactar positivamente a Administração Pública é justamente quanto aos conflitos referentes a contratos administrativos ainda em execução, nesses casos, em que a continuidade do ajustado reclama uma solução rápida, a celeridade do procedimento arbitral é extremamente útil.

Vislumbra-se, assim, um rearranjo no modo que o Estado exerce sua garantia de acesso à justiça, maximizando essa garantia para si e podendo desafogar a estrutura judiciária, maximizando o acesso à justiça em favor dos administrados. Uso da arbitragem fica sendo, portanto, ele em si, uma forma de acesso à extrajudicial à justiça, bem como uma forma de maximizar a qualidade do acesso judicial à justiça.

Sendo entrevistada quanto à excessiva litigância da Administração Pública e à garantia de acesso à justiça, a cientista política Maria Teresa Aina Sadek salientou que, em questões administrativas, o Estado deveria trabalhar um modo de evitar que essas questões fossem massivamente judicializadas, caso contrário “Se nada mudar, o Estado continuará a servir ao próprio Estado, sem deixar espaço para o Judiciário atender às demandas dos cidadãos.”²⁸⁰ Usando a arbitragem como alternativa para seus conflitos, ou mesmo ofertando câmaras públicas de arbitragem em matérias relacionadas aos serviços públicos, o Estado não se pauta exclusivamente por interesses financeiros, mas tutela uma garantia fundamental em uma ordem constitucionalizada. A Administração tem agir ponderando como a “... redução de seu acervo processual, que abreviaria o tempo médio de conclusão das ações judiciais no Brasil, contribuindo para o aumento da efetividade do Poder Judiciário.”²⁸¹

²⁷⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. 2007. p. 106.

²⁸⁰ SADEK, Maria Teresa Aina *apud* FELIX, Rosana. Estado congestionada o Judiciário no país. Quem perde é o cidadão. Gazeta do Povo, Curitiba, out. 2017. Disponível em:

<<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/estadocongestionada-o-judiciario-no-pais-quem-perde-e-o-cidadaoobkyvzcziylmckd5cnu9zuqz13/#ancora-1>>. Acessado em: 06 jun. 2019.

²⁸¹ TENENBLAT, Fabio. **A ausência de racionalidade da Administração Federal na utilização do Poder Judiciário**. 2017. p. 50.

Sobre a arbitragem como meio (aspecto instrumental) de promoção de acesso à justiça (aspecto teleológico), Cappelletti e Garth que a terceira onda de acesso à justiça, diferente das anteriores que estavam focadas em representação no Judiciário, abre-se para a extrajudicialidade.²⁸² Como proposta ao acúmulo de processos no Poder Judiciário e à lentidão, os autores, nesse contexto de acesso amplo à justiça, mencionam justamente a arbitragem como uma forma de compor a solução do problema, a partir de suas características, quais sejam, “...procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso (...) um processo relativamente rápido ...”.²⁸³ A AMB, ao fim do estudo – referido no item 3.3.1 – quanto ao uso do litígio no Brasil, destacou a necessidade políticas públicas de acesso à justiça e pontuou que se tem que “IV. fomentar a implementação de medidas preventivas e de projetos de soluções alternativas de conflitos.”²⁸⁴ No mesmo anglo:

Saliente-se, uma vez mais, que acesso à justiça e sua democratização não significam apenas o alargamento, os caminhos e a saída pelas portas do Poder Judiciário. (...) O Poder Judiciário não possui o monopólio da efetivação dos direitos e da resolução de conflitos. Não é a única porta de acesso à justiça. Outros espaços têm se constituído para a garantia de direitos e para a solução de controvérsias. Dentre essas (...) a arbitragem.²⁸⁵

Resgatando aqueles pontos de contato entre políticas públicas e direito (item 3.1.3), a arbitragem preenche: a *dimensão objetiva*, vez que se tem o objetivo/a finalidade clara de se estimular formas consensuais de solução de conflitos, realizando a pacificação social, e maximizar o acesso à justiça; a *dimensão institucional*, pois o próprio ordenamento dá competências ao juízo arbitral, bem como, por autorização legal, entes e entidades criam cortes públicas arbitrais; a *dimensão instrumental*, pois a própria Lei 9.307/1996 dá mecanismos para se exigir cumprimento da convenção arbitral, bem como o CPC garante executividade às sentenças arbitrais e, no caso de câmaras administrativas, existem leis e documentos normativos igualmente organizado-as e trazendo sanções administrativas que dão força às decisões; a *dimensão participativa*, à medida que vocaliza uma demanda por formas extrajudiciais de resolução de conflitos e redução no acúmulo processual no Poder Judiciário, por meio de um caminho jurisdicional que se adentra justamente a partir do consenso.

²⁸² Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 67.

²⁸³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 82.

²⁸⁴ AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. 2015. p. 93.

²⁸⁵ SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. 2014. p. 65.

A participação da Administração Pública na arbitragem – seja como parte, ou como árbitro – reputa-se como uma política pública de promoção à garantia de acesso à justiça. Percebendo-se um problema, a Administração abriu-se à arbitragem, inclusive sobrevivendo alteração na Lei da Arbitragem pela lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, a fim de consignar de modo expresse a possibilidade de o Estado ser parte na arbitragem. No mesmo sentido, visando criar alternativa em uma via jurisdicional alternativa – que é apta para “dar a cada um o que lhe é devido”, dentro de suas competências legais –, instauram-se câmaras públicas de arbitragem.

Vislumbram-se marcadamente presentes características de políticas públicas no uso da arbitragem pelo Estado. Há uma movimentação, por iniciativa governamental, de realizar atividade voltada à resolução de problemas específicos e socialmente notados, com a promoção de uma finalidade protegida pelo ordenamento. Conjugando-se legislação e atividades – ora dos particulares, ora do próprio Estado –, tem-se a tentativa de promover o acesso à justiça numa concepção ampla o que, sob uma perspectiva funcionalista do direito, permite afirmar que se está promovendo objetivos do ordenamento.

4 ANÁLISE DE CASOS

Este trabalho propôs-se a investigar o fenômeno da arbitragem no âmbito da Administração Pública, sendo neste sentido que se explorou o contexto – paradigma consensual – que o possibilitou, bem como se apresentou as características e elementos da arbitragem já pontuando como se comportam em quando da presença do Estado. Também se dedicou à apresentação de tópico novo nessa temática, qual seja a arbitragem envolvendo a Administração Pública como política pública de acesso à justiça.

Nesse trilhar, levou-se a cabo uma pesquisa exploratória qualitativa, de abordagem bibliográfica, investigando os textos de lei, livros e produção científica, levantando o estado da arte. Para além, avançou-se na conjugação dos temas abordados, como, por exemplo, ao se tratar da vantajosidade como um critério a ser analisado pela Administração Pública, ou mesmo na já referida concepção da arbitragem como política pública. A pesquisa exploratória, de fato, tem esse condão de apresentar anglos, levantar questões, mas também propor novos tópicos em um debate teórico. O que corrobora com o método retórico já referido, à medida que se faz uma análise crítico-propositiva, a partir dos níveis estratégico (metodológico) e analítico (metódico).²⁸⁶

Sabe-se, porém, que as pesquisas qualitativas exploratórias, no que diz respeito aos dados com os quais lida, podem lançar mão de outros instrumentos para além das pesquisas bibliográficas. Por certo, é possível usar de estudos de caso como uma ferramenta da pesquisa. A pesquisa qualitativa se presta a analisar qualidades de fenômenos, dedicando-se à sua análise a partir de uma base conceitual-teórica.²⁸⁷ Assim, a análise de casos permite essa conjugação e potencializa as possibilidades de conhecer o fenômeno.

Tem-se que o uso da arbitragem pela Administração Pública ainda não é um fenômeno amplamente difundido. A saber, somente após a Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015 alterar a Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, prevendo de modo expreso a possibilidade, é que têm aumentado, nas arbitragens institucionais, o número de processos envolvendo o Estado. Realizando uma análise histórica do estudo “Arbitragem em números e valores”, desenvolvido por Selma Maria Ferreira Lemes, o relatório referente aos anos de 2010 a 2013 – portanto, anterior à alteração da Lei da Arbitragem – não tinha

²⁸⁶ Cf. ADEODATO, João Maurício. Retórica analítica como metódica jurídica. **Argumenta UENP**, Jacarezinho, v. 18, p.11-29, 2013.

²⁸⁷ Cf. DENZIN, Norman; LINCOLN, Yvonna. **Handbook of Qualitative Research**. 3. ed. Califórnia: Sage Publications, 2005.

qualquer referência ao uso da Arbitragem pela Administração Pública.²⁸⁸ Por sua vez, o relatório que alcança o ano de 2016 traz 20 novos casos envolvendo a Administração Pública – direta ou indireta – em cinco das seis câmaras arbitrais privadas que foram objeto do estudo, totalizando 9,03% do total de arbitragens processadas pelas seis câmaras no ano.²⁸⁹ Já segundo outro estudo referente a 2017 e analisando 15 instituições nacionais e 1 estrangeira, constatou-se 94 procedimentos envolvendo o Estado, distribuídos em 10 câmaras distintas.²⁹⁰

Vê-se, portanto, que o fenômeno é recente e atual, de modo que uma pesquisa qualitativa que lança mão de estudo de caso é adequada para seu estudo. De fato, Roberto Yin indica o acerto de se usar do estudo de casos em que se “... colocam questões do tipo ‘como’ (...) quando o pesquisador tem pouco controle sobre os eventos e quando o foco se encontra em fenômenos contemporâneos inseridos em algum contexto da vida real.”,²⁹¹ aconselhando o uso de tal forma de investigação justamente o campo das ciências sociais e em questões que envolvem a Administração Pública.²⁹² É o caso, em que não é possível realizar o controle de eventos comportamentais e realizar experimentos/simulações, restando o estudo de caso um caminho qualitativo que dá continuidade às reflexos dos capítulos anteriores.

Assim, este capítulo analisa o fenômeno da arbitragem a partir de dois casos que trazem elementos referentes às matérias já tratadas. Primeiramente, tem-se o Procedimento Arbitral CCBC nº 78/2016/SEC7, em que se observará um processo arbitral institucional realizado em uma câmara privada em que a União – ente público, que compõe a Administração direta – é parte. Após, para também contemplar as câmaras públicas, far-se-á uma análise quanto à atuação da Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos – pertencente ao âmbito da Aneel, Anatel e ANP, integrantes da Administração indireta –, visualizando a Administração como terceiro imparcial.

²⁸⁸ Cf. LEMES, Selma Maria Ferreira. **Análise da Pesquisa Arbitragem em Números de 2010 a 2013**. Disponível

em:<<http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20da%20Pesquisa%20Arbitragem%20em%20N%C3%BAmeros%20-2010-2013.pdf>> Acessado em 01 jun. 2019.

²⁸⁹ Cf. LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem em Números e Valores: Período de 2010 (jan./dez) a 2016 (jan./dez.)**. Disponível em:

<http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20Pesquisa%20Arbitragens%20Ns%20%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf> Acessado em 01 jun. 2019.

²⁹⁰ Cf. CARVALHO, Eliana; GRION, Stephan Renado (Org.). **Anuário da arbitragem no Brasil 2017**. Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. São Paulo: CESA. 2017.

²⁹¹ YIN, Roberto K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Tradução Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001. p. 19.

²⁹² Cf. YIN, Roberto K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Tradução Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001. p. 19.

4.1 União na arbitragem: Procedimento Arbitral CCBC nº 78/2016/SEC7

Antes de adentrar especificamente na análise do processo arbitral selecionado para estudo, cabe trazer notas metodológicas iniciais quanto à razão de sua escolha. Para coleta dos dados em um estudo de caso, pode-se utilizar de diversas fontes distintas – de registros em arquivos à observação direta do fenômeno, por exemplo – ²⁹³ e, no caso de procedimentos reduzidos a termo, a escolha pela fonte documental é mais ajustada. Nesse sentido, um dos pontos fortes da análise documental é justamente a possibilidade de se realizar uma ampla cobertura de eventos no tempo.²⁹⁴

Ocorre que, no que tange às câmaras de arbitragem, inclusive em razão de historicamente, no Brasil, terem se dedicado a questões de direito comercial, a cultura do sigilo e da discrição ainda é bastante difundida. Sabe-se que, no caso da Administração Pública, conforme indicado no item 2.3.4 deste trabalho, o procedimento arbitral tem que respeitar a publicidade (Art. 2º, parágrafo 3º, da Lei 9.307/1996). Todavia não há um comando específico quanto à forma com que se deve dar publicidade, nem em relação a quais partes do procedimento arbitral devem ser publicadas, tampouco sobre a responsabilidade da publicação, se do árbitro/da câmara ou da Administração.

Quanto a tal questão – apresentando, inclusive, um diagnóstico –, a título de ilustração, das 10 instituições que participaram de um estudo em relação à arbitragem em 2017 e tinham em trâmite processos envolvendo o Estado,²⁹⁵ nenhuma delas publica os atos dos mesmos. Com efeito, sequer há um trato uniforme nos mais diversos regulamentos quanto à publicidade. A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP traz que cabe à Administração solicitar a publicidade, indicando poderá mitigar tal medida a depender do caso.²⁹⁶ A Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil, que, inclusive, em 2017 só tinha dois processos em trâmite e ambos envolvendo a Administração Pública,²⁹⁷ possui um

²⁹³ Cf. YIN, Roberto K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2001. p. 105.

²⁹⁴ Cf. YIN, Roberto K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2001. p. 108.

²⁹⁵ Cf. CARVALHO, Eliana; GRION, Stephan Renado (Org.). **Anuário da arbitragem no Brasil 2017**. Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. São Paulo: CESA. 2017.

²⁹⁶ Cf. CIESP. Regulamento de arbitragem. São Paulo. 2012. Disponível em:

<<http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>>. Acessado em: 7 jun. 2019.

²⁹⁷ Cf. CARVALHO, Eliana; GRION, Stephan Renado (Org.). **Anuário da arbitragem no Brasil 2017**. Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. São Paulo: CESA. 2017.

regulamento silente quanto à publicidade.²⁹⁸ A ARBITAC, por sua vez, prevê que, nos casos em que o Estado for parte, *poderá* divulgar a sentença arbitral.²⁹⁹

Mesmo o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CBCC), câmara em que tramitou o processo que abaixo se analisará, não publica os atos dos procedimentos arbitrais sob sua condução. Nada obstante, a Advocacia-Geral da União, em seu sítio na rede mundial de computadores, disponibilizou o inteiro teor do Procedimento Arbitral CCBC nº 78/2016/SEC7.³⁰⁰ Desse modo, como há cobertura completa do procedimento até a sua sentença parcial de mérito, tem-se aquela referida possibilidade de ampla cobertura. Assim, tem-se acesso da convenção arbitral à solução de mérito pela corte arbitral, permitindo dialogar com os capítulos anteriores desta dissertação. Ademais, é incomum a participação da União em procedimentos arbitrais, ponto que, aliado ao fato de que se trata de controvérsia já sentenciada, reforça a escolha do caso, pois objetos raros são indicados ao estudo de caso.³⁰¹

Voltando-se, agora, especificamente ao caso, tem-se que são partes no processo arbitral, enquanto requerentes, Libra terminais S.A. - em recuperação judicial e Libra terminais santos S.A. - em recuperação judicial, que, a rigor, compõem o mesmo grupo econômico e, para simplificar, serão aqui referidas simplesmente como “Libra”. Ocupando o polo oposto, enquanto requeridas, tem-se a União Federal e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), que é uma sociedade de economia mista responsável pela administração e fiscalização do Porto de Santos. No caso, o interesse da União decorre do fato de que possui a titularidade dos portos públicos, competindo-lhe a sua exploração, seja diretamente, ou por meio de autorização, concessão ou permissão. Em consequência de tal interesse, a União fica sendo a pessoa competente para firmar compromisso arbitral, conforme dispor o Art. 8º, parágrafo segundo do Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

Quanto ao objeto da controvérsia, esclarece-se que não é a questão de maior interesse para este trabalho – importando mais a análise das questões relacionadas à arbitragem –, todavia necessário situar o conflito, mesmo porque a arbitragem tem limites

²⁹⁸ Cf. Câmara Portuguesa de comércio no Brasil. **Regulamento do Centro de mediação e arbitragem da Câmara Portuguesa de comércio no Brasil**. São Paulo. 2009. Disponível em: <<http://www.camaraportuguesa.com.br/arbitragem/default.asp?pag=regulamento>>. Acessado em: 7 jun. 2019.

²⁹⁹ Cf. ARBITAC. **Regulamento arbitragem ordinária**. Curitiba. 2015. Disponível em: <http://arbitac.com.br/wp-content/uploads/regulamento_arbitragem-ordinaria1.pdf>. Acessado em: 5 jun. 2019.

³⁰⁰ Cf. BRASIL. Advocacia-Geral da União. Arbitragem: **Procedimento Arbitral** nº78/2016-CAM-CCBC/SEC7. 2018. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/643200>. Acessado em: 10 mai. 2019.

³⁰¹ Cf. YIN, Roberto K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2001. p. 63.

objetivos. No caso, o conflito dá-se em razão de controvérsias na execução de contratos de arrendamento de dois terminais portuários. As requerentes aduziam que tinham direito a reequilíbrio econômico-financeiro, bem como exigiam indenização por construção em cais público realizada por si e, em razão dessas supostas inadimplências da Codesp – questões como concorrência desleal, discrepâncias da área arrendada, profundidade de cais, dentre outras – alegava, em seu favor e para justificar pagamentos pelo arrendamento não realizados, a *exceptio non adimpleti*. De outra parte, as teses da União e da Codesp eram justamente no sentido oposto, vez que alegavam que as requeridas é quem estavam inadimplentes há tempos, em razão de pagamentos a menor, e que era devida a manutenção da equação econômico-financeira.

Extrai-se, portanto, que as discussões são eminentemente patrimoniais, relacionadas à (in)execução de contrato de arrendamento. Por certo que o interesse público está presente na situação, afinal é de titularidade da União a exploração dos portos e dos transportes entre portos (Art. 21, XII, alíneas “d” e “f”, da CFRB), bem como o serviço portuário é socialmente relevante. Nada obstante, como versado no segundo capítulo desta dissertação ao se tratar do aspecto objetivo da arbitragem, não há óbices à utilização da arbitragem para o trato das questões patrimoniais subjacentes a matérias de interesse público. Foi nesse sentido que se apresentou como vetor adequado para a escolha pela arbitragem, ou não, a vantajosidade. Ademais, no caso dos contratos de arrendamento dos portos, há o Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015, que prevê, expressamente, o uso da arbitragem em casos de inadimplemento contratual.

Avançando e partindo para a convenção arbitral, nesse ponto o caso traz diversas questões que dialogam com o que vem sendo trabalhado nesta pesquisa. Primeiramente, tem-se que a convenção arbitral foi realizada mediante compromisso arbitral e não mediante cláusula compromissória. Essa é uma das explicações para, no curso do processo arbitral, não ter sido questionada a arbitralidade objetiva em nenhum momento. Com efeito, em estudo feito sobre sentenças arbitrais em casos envolvendo o Estado, Ricardo Yamamoto aponta que é recorrente que as sentenças tenham que decidir sobre objeções da Administração Pública quanto à arbitralidade objetiva.³⁰² Pelo contrário, no caso em apreço, as partes requerentes e requeridas, conforme se extrai do compromisso arbitral, estavam consonantes e convencidas da escolha pela via arbitral, sendo um exemplo do aspecto de consensualidade da arbitragem.

³⁰² Cf. YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública**: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos. 2018. 202 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de mestrado em direito dos negócios, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. p. 136.

Nesse aspecto – ajuste de desígnios –, é possível correlacionar elementos do compromisso arbitral com a análise conflitológica realizada no capítulo dois deste trabalho. De fato, apesar de, como visto, defenderem teses diametralmente opostas e, assim, ocuparem polos adversos, requerentes e requeridos reconheceram interesses em comum no uso da arbitragem. A análise de teoria dos jogos trazida anteriormente explicava essa possibilidade, em que os *players* do conflito passam atuar não dando centralidade ao polo, mas sim ao interesse, podendo, nessa perspectiva, ainda que em litigância, achar interesses em comum. Tais interesses podem ser perseguidos na lógica de jogos de “soma não zero”, ou seja, uma postura cooperativa em que uma das partes ganha sem que a outra perca, ou, ainda, ambas ganham. Nesse sentido, cabe transcrever trechos do compromisso que indicam que as partes estavam assumindo postura consensual/cooperativa:

... 2- CONSIDERANDO que a CODESP, com assistência da União, e a Libra 35, há mais de 10 anos, vêm litigando nas esferas administrativa e judicial acerca da execução do Contrato PRES nº 32/98, em ações que têm por objeto alegações de inadimplemento de parte a parte (...)

5 - CONSIDERANDO não ter havido, em qualquer das demandas em curso tendo por partes, de um lado a LIBRA 35 e, de outro, a CODESP, produção de prova técnica destinada a aferir os alegados inadimplementos de parte a parte e de seus efeitos econômicos, tampouco decisão final, ou mesmo julgamento de mérito em segundo grau de jurisdição (...)

8 - CONSIDERANDO o relatório produzido pela ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU, por solicitação da SEP, nos termos do inciso I do §4º do art. 9º do Decreto nº 8.465/2015, que estimou o prazo para a conclusão de todos os litígios, pela via judicial, em superior a oito anos, tendo por base a complexidade das discussões e a possibilidade de interposição de recursos; bem como o relatório produzido pela CODESP, por solicitação da SEP, para ingresso no processo nº 0030217-82.26.0562 no termo de compromisso arbitral (...)

10 - CONSIDERANDO que a arbitragem permitirá a reunião de demandas que versem sobre matérias conexas até o momento sob julgamento de juízos diversos, propiciando julgamento único e consistente (...)

11 - CONSIDERANDO que o mérito dos litígios inclui questões técnicas, de caráter não-jurídico, próprias do setor portuário e de infraestrutura, tendo inclusive as Partes (Codesp, União e Libra) requerido nos processos judiciais a oportuna produção de prova pericial...

Nota-se que o compromisso veicula compreensão no sentido de que a questão será mais bem decidida em juízo arbitral, seja por questão de celeridade, por uniformidade na decisão de diversos pontos, ou mesmo pelo caráter técnico das questões. É um caso *sui generis*, pois não houve uma deliberação prévia entre arbitragem e Poder Judiciário, mas sim

uma opção anterior pelo processo judicial e um convencimento posterior de que seria mais adequada a via arbitral. Vislumbra-se o caráter consensual da arbitragem que já vem sendo referido desde o primeiro capítulo.

Por certo, não se desconhece que a inserção desses e outros fundamentos no compromisso arbitral – o que não é exigência legal – é também uma forma dele não ser facilmente questionado por órgãos de controle interno e externo. Aliás, depois de instaurada a arbitragem o Ministério Público Federal, argumentando relevante interesse público, principalmente pelo valor econômico envolvido no processo, informou a CAM-CCBC, que estava averiguando possíveis irregularidades.

Do compromisso arbitral, como visto, extrai-se que requerentes e requeridas litigavam no Poder Judiciário em diversas demandas distintas. Quanto a esse ponto, novamente é pertinente tornar a questões levantadas na parte teórica desta pesquisa, a saber, o caráter de acesso à justiça da arbitragem envolvendo a Administração Pública. De fato, no terceiro capítulo indicou-se como o uso da arbitragem pelo Estado poderia significar acesso à justiça para si – vez que um meio adequado de resolução de controvérsias – e para as demais pessoas, à medida que um grande litigante retira parte de suas demandas do Poder Judiciário, liberando-o para decidir outras questões. Na situação sob análise, extrai-se do compromisso arbitral que as partes requereriam, com fundamento na escolha da arbitragem, 13 processos judiciais.³⁰³ Nem todas as quatro partes estavam em todas as demandas, mas todas envolviam ao menos dois dos quatro e repousavam sobre a mesma relação jurídica material.

Dos processos judiciais que discutiam a questão deslocada à arbitragem – existiam procedimentos comuns, mandado de segurança, execução e embargos à execução –, existiam demandas do ano de 2002, que ainda tramitavam em primeiro grau, assim como a maioria do acervo. Como visto no trecho transcrito do compromisso arbitral, de acordo com estudos técnicos da Advocacia-Geral da União, a previsão para a definição da questão era de oito anos. Nota-se, assim, que as partes agiram buscando maximizar seu acesso à justiça – inclusive quanto ao anseio de produzir determinadas provas –, ao mesmo tempo em que retiraram da Justiça Estadual e da Justiça Federal, 13 processos judiciais complexos, que versavam sobre matéria portuária bastante específica. O Decreto nº 8.465/2015 recomenda a utilização da arbitragem em demandas cuja exista uma demora para a solução definitiva do

³⁰³ Os processos referidos no termo são aqueles sob os números: 0006201-39.2002.4.03.6104; 0002355-14.2002.4.03.6104; 0008979-79.2002.4.03.6164; 0005951-69.2003.4.03.6104; 0005952-54.2003.4.03.6104; 0008341-12.2003.4.03.6104; 0019750-15.2004.8.26.0562; 0007901-11.2006.4.03.6104; 0014006-67.2007.4.03.6104; 9218125-35.2007.8.26.0000; 0004199-96.2008.4.03.6104; 0004578-90.2009.4.03.6104.

litígio, de modo que se crie um risco à prestação do serviço portuário, ou se iniba investimentos proprietários neles (Art. 9º, parágrafo segundo, inciso II).

Outro ponto do caso em questão que dialoga com o teorizado diz respeito ao interesse manifestado em se manter a relação jurídica material, com a continuidade dos serviços. Tanto no segundo capítulo, ao versar-se sobre a relação entre arbitragem e conflito, quanto no terceiro, quando se apontava a arbitragem na Administração Pública como uma forma adequada de acesso à justiça, indicou-se que caminhos alternativos ao Poder Judiciário podem permitir que uma controvérsia seja discutida com menos fissura entre as partes. De fato, no item 3.3.2 ilustrou-se com exemplo dos contratos administrativos em execução essa intenção de continuidade que, por certo, vem acompanhada por um anseio de resolução mais célere do conflito. A esse respeito, o compromisso arbitral indica que as partes tinham o intento de manter não só a exploração dos terminais arrendados, mas também a realização de melhorias em sua exploração. Veja-se o que traz o referido documento:

18 - CONSIDERANDO que as Partes desejam garantir, mediante definição de condições específicas, que a instauração da arbitragem, nos termos deste instrumento, permita a continuidade da operação dos Terminais e a realização de investimentos propostos pelo Grupo Libra na modernização e otimização dos Terminais, mediante a renovação dos respectivos contratos de arrendamento, na forma do Termo Aditivo assinado pelas Partes nesta data, permitindo, desde logo, efetuar os referidos investimentos no montante a ser estabelecido em termo aditivo ao Contrato PRES nº 32/98, conforme Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental - EVTEA (“EVTEA”);

Voltando-se aos eventos e incidentes no processo arbitral propriamente dito, uma questão que vale notar diz respeito à escolha dos árbitros. Em primeiro lugar, quanto à escolha da câmara em si, tem-se que, à Administração Pública, conforme a Lei da Arbitragem, a escolha pode se dar tanto pela arbitragem *ad hoc*, como pela institucional. No caso específico de se tratar de matéria portuária, o Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015 exige ainda que a instituição tenha sede no Brasil, esteja constituída há pelo menos três anos, tenha funcionamento regular como instituição arbitral e possua, reconhecidamente, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais (Art. 4º, parágrafo segundo). O mesmo determina ainda que em caso de questões cujo valor econômico seja superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), tem-se que ter, no mínimo, três árbitros, sendo ao menos um deles bacharel em direito. Nesse sentido, verifica-se que os requisitos legais foram atendidos no Procedimento Arbitral CCBC nº 78/2016/SEC7, que não foi

escolhida segundo formas de contratação com a administração pública – licitação ou contratação direta, por exemplo –, corroborando com o versado neste trabalho no item 2.3.3.

Ponto interessante é que, muito embora no compromisso arbitral as partes tenham ressaltado o caráter eminentemente técnico da discussão – que, de fato, está presente – todos os três árbitros escolhidos eram advogados. Isso atende ao Decreto nº 8.465/2015, que exige a presença de ao menos um bacharel em direito, sendo tal exigência um desdobramento da preocupação de que a arbitragem no âmbito da Administração Pública seja sempre de direito e nunca de equidade, conforme também exige a própria Lei nº 9.307/1996. Mas, quanto à ausência de árbitros que tenham expertise técnica para além da questão jurídica – como em matéria de engenharia, por exemplo –, rememora-se o versado no item 2.1.1 deste trabalho, quando, ao falar dos elementos que caracterizam a arbitragem, fez-se referência que a questão do árbitro com expertise técnica na matéria controvertida, embora tradicionalmente recomendada pela literatura, era elemento contingencial, de modo diverso da confiança e escolha mútua das partes, que era exigência legal. E, de fato, quanto à confiança, extrai-se dos autos do procedimento que ambos os polos – ambos compostos por duas partes –, em relação à lista de árbitros apresentada pela CAM-CCBC, exerceram seu direito de rejeição, cada qual, de três árbitros (três para cada polo e não para cada parte). O tribunal arbitral só foi constituído em 28 de julho de 2017, após a escolha definitiva dos árbitros.

Ainda quanto ao procedimento, refletindo aquela noção de “Toque de Midas” do direito público, houve peticionamento incidental da União requerendo a prerrogativa de notificação pessoal de todos os atos. Trata-se de prerrogativa presente sistemática das ações judiciais, com prevista expressamente no Código de Processo Civil. No caso, o Decreto nº 8.465/2015 também determina que as comunicações dirigidas aos membros da Advocacia-Geral da União sejam realizadas pessoalmente (Art. 10, parágrafo primeiro). Por outro lado, mesmo se tratado da Administração Pública, seguiu-se o regulamento da CAM-CCBC, sem que fosse concedido prazo em dobro para as manifestações da União Federal. Em outro ponto, também quanto ao transcurso do procedimento, houve prazo para produção de provas, com reunião de instrução em que se possibilitou a oitiva de testemunhas chamadas “técnicas” e “fáticas”, bem como houve tomada de depoimento pessoal e sustentação oral pelos advogados.

Adentrando na sentença arbitral parcial de mérito, tem-se que, em síntese, o tribunal arbitral julgou improcedentes os pedidos das requerentes quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro, bem como deixou de acolher o argumento de que a Codesp tenha incorrido em inadimplemento e julgou pela ausência indenização dessa mesma requerida em

relação às requerentes. Lado outro, quanto aos pedidos da Codesp, rejeitou-se a necessidade das requerentes prestarem caução, nada obstante reconheceu-se que estas estavam inadimplindo parcialmente o contrato de arrendamento ao repassar valores a menor. Em consequência do inadimplemento das requerentes, determinou-se o pagamento das diferenças, com encargos de mora e multas contratuais – em razão de aditivo contratual, os árbitros determinaram o pagamento de uma das multas contratuais em percentual menor do que o pleiteado pela Codesp –, muito embora tenha sido rejeitado o pedido da Codesp de indenização lucros cessantes e danos emergentes. No tocante à União, foi acolhido seu pleito de manutenção da equação econômico-financeira dos ajustes, bem como para que a requerente arcasse com suas obrigações contratuais.

Quanto aos custos, foi julgado procedente o pedido da Codesp no sentido das requerentes arcarem com os valores provisórios e definitivos da arbitragem, nada obstante a corte tenha postergado a apuração de tais valores à prolação da sentença definitiva. De fato, a determinação de que a parte vencida arque com os custos do procedimento consta do compromisso arbitral e decorre no art. 3º, inciso VIII do Decreto nº 8.465/2015, muito embora cada parte seja responsável pela remuneração de seus causídicos e eventuais profissionais que tenham prestado assistência técnica, independentemente da sucumbência.

Para além dessa síntese do decidido, ressaltam-se algumas características do documento. Primeiramente, verifica-se que se trata de sentença extensa, contando com duzentos e cinco páginas, o que é congruente com o fato de que reúne matérias que, antes, vinham sendo julgadas em trezes demandas judiciais distintas. Nesse sentido, a técnica redacional do documento apresenta resumos da controvérsia, do procedimento e dos pleitos, para, após, ir atacando ponto a ponto, indicando as decisões específicas já na fundamentação, como se dispositivos parciais. Por fim, o dispositivo geral da sentença, retoma cada pedido, de cada uma das quatro partes, emitindo um juízo sintético – compilando os dispositivos parciais –, quando a cada pedido das partes e não de modo geral. Com efeito, considerando o volume de processo em curso no Poder Judiciário, seria impraticável uma decisão de tamanha extensão e detalhamento, no prazo que foi utilizado pela corte arbitral. Relembre-se que estudo técnico da Advocacia-Geral da União estimava o prazo de oito anos, para além daquele de mais de uma década que já havia transcorrido, para o deslinde da questão na via judicial.

A saber, tem-se que o compromisso fixara o prazo de 24 meses, a contar da chamada eficácia – início do procedimento arbitral na CAM-CCBC – para a prolação de sentença definitiva. O referido prazo reflete a exigência do Art. 8º, inciso IV, do Decreto nº 8.465/2015. Em razão da marcha das negociações e de acordos entre as partes, este termo

inicial foi fixado em 04 de setembro de 2017, ao passo que sentença parcial, decidindo sobre toda a questão principal de mérito, foi prolatada em 7 de janeiro de 2019. A sentença é reputada parcial, porque embora tenha reconhecido a inadimplência da requerente e sua obrigação de pagar à Codesp, não houve liquidação, ponto remanescente que, como visto, tem que ser tratado até setembro de 2019, juntamente com a alocação final dos custos da arbitragem. Com efeito, existe na literatura a previsão de sentenças arbitrais parciais,³⁰⁴ que seguem a lógica da teoria dos capítulos da sentença do processo civil.

Assim, verifica-se que, mediante a análise do Procedimento Arbitral CCBC nº 78/2016/SEC7 foi possível verificar o desdobramento aplicado de vários dos conceitos e categorias trabalhados nesta dissertação. De fato, no caso, da observação dos dados documentais verifica-se que o fenômeno da arbitragem no âmbito da Administração Pública de fato envolve peculiaridades que permeiam todo o procedimento. Foi possível ainda vislumbrar o aspecto consensual da arbitragem, bem como a efetiva possibilidade das partes litigantes assumirem uma postura de cooperação com alinhamento de interesses, em detrimento de foco na posição de parte no conflito. Notou-se ainda possibilidade do procedimento arbitral garantir acesso à justiça, enquanto um meio adequado de “dar a cada um o que é devido”, tanto às partes do conflito em si, quanto àquelas pessoas que demandam no Poder Judiciário, vez que a jurisdição extrajudicial pode atrair para si questões complexas que se desdobram em diversas demandas judiciais esparsas, fornecendo ainda respostas céleres.

4.2 Estado como árbitro: Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos

Após analisar um processo arbitral que tramitou em câmara privada, tendo como parte a Administração Pública, busca-se, agora, tratar da experiência de uma câmara pública de resolução de conflitos, em que o Estado – mediante agências reguladoras, ou seja, por meio da Administração indireta –, atua como terceiro imparcial da heterocomposição. Enquanto no procedimento anteriormente avaliado, tinha-se questão eminentemente específica, tratando-se de um caso raro, agora se tem uma questão recorrente/repetitiva, de modo que a análise pode se estender em um recorte de tempo.

A saber, a Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos é uma instância decisora criada pela Resolução Conjunta nº 2 Aneel, Anatel e ANP, de 27 de março de 2001, que, no

³⁰⁴ Cf. PETERS, Philipp; KOLLER, Christian *apud* SANCHEZ, Guilherme Cardoso. **Sentenças parciais no processo arbitral**. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 50.

âmbito de três agências reguladoras – Aneel, Anatel e ANP – destina-se à resolução conflitos, referentes ao compartilhamento de infraestrutura, entre concessionárias e permissionárias dos serviços regulados por essas autarquias. Ou seja, tem-se uma heterocomposição extrajudicial de conflitos, podendo as partes poderão ser da Administração Pública, direta ou indireta, ou mesmo particulares.

A abordagem, nesse caso, muito embora esteja dentro do estudo de caso, tem certo caráter híbrido, pois conta com elementos de levantamento. A saber, ao debruçar-se sobre questões como “quem?”, “o que?” e “quantos?”, faz-se um levantamento qualitativo de dados, par além da questão do “como?”, que é a central no estudo de caso.³⁰⁵ Também aqui se tem como fonte de dados documentos, a saber, os despachos decisórios emitidos pela aludida comissão. Nesse aspecto, considerando que um dos pontos fracos da pesquisa documental é o fato de que pode existir uma seletividade tendenciosa,³⁰⁶ informa-se a título de protocolo de pesquisa que, para auxiliar na compreensão da atuação da câmara, foi realizado um recorte temporal das decisões da câmara conjunta para a realização do levantamento, qual seja, analisou-se o decidido no segundo semestre de 2018 – de 01 de julho de 2018 a 31 de dezembro de 2018.

Para a reunião dos diversos documentos, a fim de se criar um “... banco de dados para o estudo de caso ...”,³⁰⁷ realizou-se pedido de acesso às decisões da comissão conjunta, mediante pedido de informação processado nos termos da Lei de Acesso à informação, Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, sob o número de protocolo 01390002117201881, no portal *e-SIC*, Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão. Nesse sentido, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, por meio da Anatel, agência que lhe é vinculada, apresentou resposta no sentido de que os extratos das decisões são publicados no Diário Oficial da União, conforme Art. 37, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 2/2001. Também informou, o órgão, que as decisões podiam ser consultadas pelo portal Sistema Eletrônico de Informação (SEI) da Anatel. Assim, realizou-se o acesso do referido portal, realizando-se busca pelos despachos decisórios no período indicado, qual seja, de 01 de julho de 2018 a 31 de dezembro de 2018.

Antes de relatar dados do levantamento, para situar a questão, tem-se que, quanto ao compartilhamento de infraestrutura, por determinação legal, empresas concessionárias e ou permissionárias dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo têm que realizar

³⁰⁵ Cf. YIN, Roberto K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2001. p. 24.

³⁰⁶ Cf. YIN, Roberto K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2001. p. 108.

³⁰⁷ Cf. YIN, Roberto K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2001. p. 107.

entre si, mediante a remuneração devida, o compartilhamento de suas estruturas. Para tal realizam-se contratos quanto às condições, incluindo preço. Nada obstante, são bastante recorrentes as controvérsias justamente quanto aos preços. O exemplo mais abundante diz respeito ao preço que empresas de telecomunicações devem pagar para uso da estrutura das empresas que exploram a energia elétrica. A questão torna-se mais sensível e presente, a título ilustrativo, à medida que, em razão da tecnologia de fibra óptica, cada vez mais o ramo de telecomunicações demanda o uso das estruturas elétricas. De fato, seria impraticável e antieconômico que cada ramo dispusesse de sua própria estrutura.

No que diz respeito ao compartilhamento entre o setor de energia elétrica e telecomunicações, sobreveio a Resolução conjunta nº 4 de 2014, que estabeleceu o valor de R\$ 3,19 (três reais e dezenove centavos) como preço de referência do ponto de fixação, em poste, a ser pago pelas empresas de telecomunicações às de energia elétrica. A referida resolução, em seu Art.1º, parágrafo segundo, chega até a indicar que o referido valor poderá ser utilizado pela Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos para julgar as controvérsias.

Todavia, existem debates quanto ao marco inicial para a cobrança de tal preço, de modo que as controvérsias entre empresas de energia elétrica e de telecomunicações seguem existindo, inclusive fundamentando-se cláusulas contratuais que determinam preços, e antecedem a publicação de resolução. As discussões perpassam o fato de que concessionárias e permissionárias que exploram telecomunicações, costumam alegar violação de isonomia no caso de distinguirem-se contratos antigos de contratos novos. Exatamente nesse sentido, por exemplo, a empresa BB Telecom Serviços Limitada entrou com mandado de segurança – protocolado sob o nº 1008028-61.2017.4.01.3400 da 13ª Vara da Sessão Judiciária do Distrito Federal –, requerendo a Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos apreciasse seu pleito administrativo, em face da Companhia Energética de Minas Gerais, quanto ao preço.

Tratando especificamente do que se levantou a partir dos despachos decisórios, tem-se que, no referido período de recorte, a comissão exarou 33 despachos decisórios. Verifica-se que, a matéria decidida é eminentemente repetitiva, adstrita ao preço pago pelo ponto de compartilhamento. Considerando a recorrência da questão, observou-se que as decisões seguem um padrão, não narrando fatos da controvérsia – o que descumprir o Art. 34 da Resolução Conjunta nº 2/2001 –, contendo geralmente um dispositivo dividido em incisos. Dos 33 despachos analisados, apenas 9 têm mais de uma lauda e são aquelas decisões que, ao não conhecerem do mérito do pedido, fundamentam tal conclusão em duas laudas. Na grande maioria dos despachos decisórios, não há qualquer referência a dispositivos legais, sendo que apenas 3 citam os artigos 51 e 52 da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro 1999, que trata justamente

da extinção de processos administrativos federais em razão da perda de objeto. Do universo analisado, apenas uma decisão presta-se exclusivamente à correção material. Das decisões que conhecem do mérito, basicamente deliberam sobre a manutenção ou não do preço contratado pelas empresas de energia elétrica e telecomunicações e, em alguns casos, determinam a realização de novos contratos.

Ocorre que, da análise da Resolução Conjunta nº 2/2001 e da própria atuação da Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos que o que se tem é uma deliberação administrativa. Não por outra razão os despachos decisórios ao deixarem de conhecer pedidos por perda de objeto, fazem alusão à lei que regula o processo administrativo federal, Lei nº 9.784 de 29 de janeiro 1999. A própria Resolução Conjunta nº 2/2001, ao versar sobre impedimentos e suspeições dos membros da comissão conjunta, em seu Art. 15, faz referência à lei do processo administrativo federal. Nesse sentido, as decisões da comissão não possuem o caráter de título executivo extrajudicial, como no caso das sentenças previstas pela Lei 9.307/1996. O que existe, como prevê o Art. 36 da Resolução Conjunta nº 02/2001, é um efeito vinculante, *inter partes*, das decisões da Comissão e, em caso de descumprimento, a sujeição às sanções administrativas.

Considerando que no ordenamento jurídico brasileiro inexistente jurisdição administrativa, por certo a arbitragem realizada pela Comissão Conjunta de Resolução de conflitos não tem as mesmas características daquela que se guiar pela Lei da Arbitragem. Nada obstante, é possível falar em uma espécie de *arbitragem administrativa* de conflitos, como a própria Anatel faz em seu portal na rede mundial de computadores, ao se referir à comissão.³⁰⁸ Há um método de resolução de conflitos, entre partes capazes, dizendo respeito a direitos patrimoniais disponíveis, cabendo o poder de decisão a um terceiro imparcial escolhido pelas partes, que escolhem a via administrativa antes da judicial. Existem outros exemplos de arbitragem administrativa. Nesse sentido, ilustra-se a questão com a Câmara de Conciliação e Arbitragem Da Administração Federal – CCAF, no âmbito da Advocacia-Geral da União, que, muito embora se auto intitule instituição arbitral, não opera nos moldes da Lei da Arbitragem.

O procedimento da comissão, apesar de não veicular jurisdição, traz elementos que o aproximam do processo arbitral jurisdicional e o diferenciam do cotidiano dos processos administrativos. A título de exemplo, têm-se os árbitros, terceiros imparciais, podendo resolver conflitos entre particulares e não necessariamente entre Administração e

³⁰⁸ Cf. BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução de Conflitos**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/setorregulado/resolucao-de-conflitos>> Acessado em: 08 jun. 2019.

administrado. Atente-se para o fato de que a fase de instrução conta, inclusive, com a existência de audiências em que será possível a sustentação oral. Vale notar ainda que a perspectiva escalonada, em relação aos métodos autocompositivos e heterocompositivos também está presente, à medida que a Resolução nº 02/2002 condiciona a instauração do procedimento à tentativa de conciliação, bem como estimula a composição em diversas etapas do procedimento.

Assim, ainda que não se trate de arbitragem nos moldes da Lei nº 9.307/1996, tem-se na heterocomposição extrajudicial praticada pela Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos a prestação de um serviço público de acesso à justiça. A saber, o Poder Judiciário, conta com muitos processos que discutem a questão.³⁰⁹ A questão da aplicação Resolução Conjunta nº 4/2015, quanto ao preço, especialmente aumentou o número de demandas.³¹⁰ Na perspectiva funcionalista do direito, enxerga-se expresso o objetivo de que a arbitragem administrativa da Comissão Conjunta seja uma forma de evitar a judicialização de conflitos, conforme se extrai no art. 11 da Resolução Conjunta nº 2/2001.

Como observado a partir do levantamento realizado nos despachos decisórios, as matérias discutidas na Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos é questão repetitiva. Todavia, se judicializada, a resolução da controvérsia pode demorar vários anos para ser dirimida definitivamente. A título de ilustração, uma demanda entre Empresa Brasileira de telecomunicações S.A. Embratel e a Irmandade de Santa Casa de Misericórdia da Cidade de Vassouras, em que se discutia justamente o compartilhamento de infraestrutura entre concessionárias de serviço público, durou dez anos entre o protocolo da demanda na Justiça Estadual do Rio de Janeiro e o julgamento definitivo no STJ do Recurso Especial nº 1.309.158/RJ.³¹¹

O prazo que a Resolução Conjunta nº 02/2001 estabelece para que o conflito seja resolvido é de vinte dias a contar da distribuição do processo (Art. 21, parágrafo 2º). Considerando o recorte realizado – despachos decisórios do segundo semestre de 2018 –, o

³⁰⁹ Cf. BANDOS, Melissa Franchini Cavalcanti. **Análise dos conflitos, das negociações e dos contratos gerados pelo compartilhamento de infra-estrutura entre empresas reguladas pelas agências Aneel, Anatel e ANP**. 2008. 179 f. Tese (Doutorado) - Curso de Administração, Programa de Pós-graduação em Administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 58.

³¹⁰ Cf. OLIVEIRA FILHO, Umberto Lucas de. **Compartilhamento de infraestrutura: alguns pontos importantes da resolução normativa Aneel 797/17**. Migalhas, Ribeirão Preto, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271423,21048Compartilhamento+de+infraestrutura+alguns+ pontos+importantes+da>>. Acessado em: 02 abr. 2019.

³¹¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1309158/RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 26 de setembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico STJ**. Brasília, 20 out. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640277&n um_registro=201200071708&data=20171020&formato=PDF>. Acessado em: 20 mai. 2019.

referido prazo não esta sendo cumprido, tendo em vista que a maioria as decisões dizia respeito a processos de 2015 e 2016. Não por outro motivo, conforme já referido acima, a BB Telecom Serviços Limitada entrou com mandado de segurança, processo nº 1008028-61.2017.4.01.3400, questionando o desrespeito do prazo da Resolução nº 02/2001.

Tabela 1 – Número de processos decididos no segundo semestre de 2018 pela Comissão Conjunta de Resolução de conflitos distribuídos por ano de protocolo

Ano do protocolo do processo na Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos	Quantidade de processos decididos no segundo semestre de 2018
2015	12
2016	13
2017	7
2018	1

Fonte: Elaborada pelo autor

Por certo, o não respeito ao prazo estabelecido pela Resolução Conjunta nº 2/2001 mitiga o potencial da Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos de representar um substituto funcional em relação ao Poder Judiciário. Nada obstante, leva-se em conta que há processos em que o julgamento já diz respeito a pedido de reconsideração. Assim, tem-se que, em termos gerais a duração, ainda que em desacordo com a normativa administrativa, o processo possui um trâmite mais célere que o processo judicial. Ademais, tem-se a possibilidade de concessão de medidas cautelares. Isso ajuda a explicar porque muitas empresas submetem suas questões à Comissão Conjunta, visando alcançar uma decisão que se revestirá de força vinculante ante a possibilidade de aplicação de sanção administrativa por descumprimento.

Assim, o deslocamento das controvérsias a uma instância extrajudicial pode livrar o Judiciário de decidir um volume de processos referentes a uma matéria específica, que passa a ser mais comumente decidida extrajudicialmente. Considerando o prazo relativamente célere, as partes conflitantes conseguem acesso à justiça, com decisão administrativa que diz o que é devido a cada parte. De outra parte, tratando-se, como visto, de conflitos que dizem

respeito a matéria eminentemente repetitiva e técnica, a familiaridade da câmara arbitral administrativa com o tema – que é afeito aos serviços regulados pelas agências das quais provém os árbitros membros da comissão –, possibilita que o trato do conflito seja realizado por terceiro mais familiarizado com a questão. Nos moldes discutidos no capítulo três, tem-se o Poder Judiciário desonerado, podendo alocar esforços em outras matérias, bem como partes conflitantes acessando a justiça extrajudicialmente. Cabe nota ainda que, de modo diverso da realização do acesso à justiça mediante a atuação dos particulares – árbitros *ad hoc* e câmaras privadas de arbitragem –, no caso da Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos, tem-se o próprio Estado executando a política pública.

CONCLUSÃO

A título de conclusão do estudo, cabe revisitar as problemáticas levantadas e análises realizadas nos capítulos deste trabalho, elencando e conjugando os temas a fim de sintetizar como se pode avançar na compreensão do fenômeno da arbitragem envolvendo a Administração Pública. Em uma visão panorâmica, foi possível contextualizar o estado de coisas em que o Estado se abriu para arbitragem a partir da constitucionalização do direito, bem como verificar como tal modo de resolução de conflito, com características jurisdicionais tem que ser adaptado para receber a Administração Pública, de modo a, inclusive, criar uma situação de promoção de acesso extrajudicial à justiça.

Detalhando tais pontos, inicialmente, com o primeiro capítulo, traçou-se como, a partir da chamada constitucionalização do direito, com um arcabouço teórico calcado no pós-positivismo, passou-se a reconhecer que os direitos fundamentais positivados nos textos constitucionais acabam por formar uma ordem de valores que informa a interpretação dos textos infraconstitucionais, servindo-lhes ainda de parâmetro de controle de validade.

O reconhecimento desses valores atinge todos os ramos do direito, em razão de passar-se a conceber um papel estruturante da Constituição em relação ao ordenamento. No que diz respeito ao Direito Administrativo, o reconhecimento de uma ordem de valores constitucional provoca uma expressiva alteração nas ferramentas, princípios e institutos clássicos desse ramo. Isso se dá, conforme pode se verificar, porque a origem do Direito Administrativo remonta a um contexto pretoriano, com forte protagonismo do Estado, decidindo seus próprios conflitos, a partir de uma forte noção de império e supremacia.

Como a constitucionalização implica em uma centralidade dos direitos fundamentais, no âmbito do Direito Administrativo, observa-se uma abertura à participação dos administrados, titulares daqueles direitos, no agendamento, na execução e no controle do agir administrativo. A noção de interesse público passa a estar a serviço dos valores democráticos, de modo que as políticas públicas voltadas à sua realização adotam como finalidade a promoção de direitos. Ainda, abandona-se a ideia de que o Estado seria o único responsável pela persecução do interesse público.

Essa abertura à participação dos particulares, em um contexto em que os administrados também têm “voz”, torna possível um modelo de Administração consensual, em que o Estado não impõe, de modo verticalizado, decisões aos administrados. Como o conjunto de compreensões, práticas e ensinamentos no âmbito do direito, especialmente a

partir das fontes formais, imputam-lhe um caráter dogmático – conforme construções de Tércio Sampaio Ferraz Junior – é possível a formação de paradigmas. Nesse sentido, a constitucionalização do Direito Administrativo conduz um paradigma consensual, que permeia toda a atuação administrativa.

Foi possível observar que esse paradigma consensual, justamente em razão do caráter geral que têm os modelos em sistemas dogmáticos, acaba por resvalar também no modo como a Administração Pública lida com seus conflitos. Assim, encontrando nos métodos consensuais de solução de conflitos a possibilidade de uma resolução de controvérsias de forma cooperativa, com maior participação do administrado – o que pode conferir maior legitimidade à eventual solução – há, portanto, uma abertura para utilização de tais métodos no âmbito administrativo, dentre os quais, a arbitragem.

Após, uma vez situado o paradigma da Administração consensual, até chegar-se à arbitragem, o capítulo segundo desta dissertação dedicou-se propriamente de tal método de resolução de conflitos. Para avançar nas questões específicas envolvendo a Administração Pública, identificou-se antes os elementos da arbitragem. A partir do levantamento bibliográfico, revisitando o estado da arte da discussão e a Lei 9.307/1996, compreendeu-se que a arbitragem é uma forma de resolução de conflito de interesses entre indivíduos, mediante consenso na escolha de um terceiro, ou grupo de terceiros, para formulação de decisão que ponha fim ao conflito mediante decisão com efeitos de sentença.

Tem-se ainda, conforme demonstrado, que a Arbitragem reveste-se de um caráter processual à medida que, em seu âmbito, desenvolve-se um contraditório entre as partes, em uma relação jurídico-processual entre si e entre o árbitro, que, por seu turno, exerce jurisdição. Com efeito, se verifica na arbitragem um encadeamento de atos em que as partes participam exercendo direitos e deveres oriundos de seus vínculos processuais que, pactuados, recebem força de lei.

Foi possível ainda, com o auxílio da teoria dos jogos, realizar uma análise conflitológica de modo a perceber como a arbitragem relaciona-se com o conflito. A saber, pelo seu caráter consensual, trata-se de método apto a dirimir controvérsias com mais propensão de preservar as relações jurídico-materiais envolvidas, em relação ao Poder Judiciário, tendo o condão de dar às partes conflitantes a noção de que têm maior participação na escolha dos caminhos que se prestarão a resolver a disputa. De modo diverso, por se tratar de heterocomposição, ainda que as partes participem mais da solução a ser dada, ainda se tem menor consensualidade do que nos modos autocomposição. É assim, que se indicou a aplicação conjugada dos métodos de modo escalonado.

Um ponto central nesta análise de conflito calcada na teoria dos jogos foi compreender que o conflito não precisa ser necessariamente concebido a partir de uma noção unicamente de disputa, com foco nos polos, sendo preferível, quando eventualmente houver interesses comuns entre os conflitantes, focar nesses interesses e adotar posturas cooperativas com o intuito de alcançá-lo. Por certo, há controvérsias que não se tratam de jogos de soma zero, ou seja, é possível que haja um benefício a uma das partes sem que isso necessariamente prejuízo à outra parte. Quando um ganho de um lado não implica em perda correspondente para o outro, cabe buscar comportamento cooperativo neste sentido.

Quanto à jurisdicionalidade da arbitragem, que já vinha sendo referida desde que se tratou da processualidade dela, colheram-se as contribuições tanto da corrente privatista quanto da corrente publicista. Quanto à primeira, ressaltou-se o aspecto de consenso na escolha dos árbitros, o que destoa da noção comum de jurisdição atrelada ao Poder Judiciário. Todavia, a arbitragem reúne os elementos da jurisdição, qual seja, oferece aos litigantes uma sentença imperativa, com aptidão para gerar coisa julgada. Usando da força da Lei 9.307/1996, a arbitragem diz o direito de modo imperativo, criando norma ao caso concreto em decisão definitiva. O ordenamento jurídico organizou a jurisdição, de modo que a arbitragem, quanto à fase cognitiva, assumiu tal caráter jurisdicional. A despeito do caráter contratual da arbitragem quanto à celebração de convenção arbitral – seja por compromisso arbitral ou cláusula compromissória –, não se trata de um contrato em relação ao árbitro. O reconhecimento da função da arbitragem de colocar fim ao conflito e dizer o direito foi um elemento importante na construção deste trabalho no sentido de que a arbitragem, em uma perspectiva funcionalista, promove o acesso à justiça.

Ainda determinando os contornos da arbitragem, perpassando pela Lei nº 9.307/1996, extraiu-se que quando a Administração Pública lança mão de tal processo, observa-se que o mesmo tem que respeitar alguns limites que não estão presentes quando a resolução do conflito envolve apenas particulares. Tem-se o chamado “toque de Midas” do Direito Público. A saber, a arbitragem envolvendo o Estado nunca será por equidade, devendo sempre respeitar a publicidade. Ainda quanto às peculiaridades, tratando do aspecto subjetivo e objetivo da arbitragem foi importante esclarecer que submeter à arbitragem questões patrimoniais disponíveis não é transigir com o interesse público. A disponibilidade dos reflexos patrimoniais de direitos não se confunde com disponibilidade pelo interesse público. Pelo contrário, a disposição sobre questões patrimoniais deve servir justamente à satisfação do interesse público.

Nesse aspecto que se propôs a utilização da vantajosidade – já utilizada no âmbito das licitações e contratos da Administração Pública – para se vislumbrar como a escolha pela via arbitral, ao contrário de lesionar o interesse público, o promove. Com efeito, se o Estado pode contratar envolvendo seu patrimônio, também poderá usar a arbitragem – mediante celebração de convenção arbitral – para discutir controvérsias que envolvam esse mesmo patrimônio. Algumas vezes, os encargos que acompanham uma disputa judicial desaconselham a utilização do Poder Judiciário para a resolução de um conflito, sendo mais adequado utilizar outra via mais célere que, assim como o processo judicial, garante uma solução cogente à disputa.

Após, no terceiro capítulo, partiu-se para um estudo da noção de políticas públicas, perpassando por suas funções no âmbito do Estado democrático de direito, a fim de indicar como a arbitragem pode funcionar como uma política pública de acesso extrajudicial à justiça. Nesse ponto, percebeu-se que as políticas públicas são programas de ação governamental, que têm um *caráter teleológico*, vez que buscam alterar algum ponto da realidade material, e um *caráter instrumental*, justamente por funcionarem como ferramentas para o fim. A lógica de operação das políticas públicas é, portanto, a de ajustar *meios* rumo a *fins*. Após, com o auxílio da análise funcional do direito de Norberto Bobbio, com foco na função promocional, conjugou-se como as políticas públicas prestam-se a realizar os objetivos do ordenamento jurídico, especialmente a promoção dos direitos fundamentais.

Considerando essa relação entre políticas públicas (instrumento) e direitos fundamentais (objetivo), averiguou-se como a garantia fundamental de acesso à justiça, compreendida no trabalho mais pelo aspecto formal referente à possibilidade de se “dar a cada um o que é devido”, pode ser objeto de políticas públicas. Fazendo-se um diagnóstico de como a Administração Pública é uma litigante habitual no Poder Judiciário, tem-se que a excessiva judicialização de questões envolvendo o Estado enfraquecem o acesso à justiça, por abarrotaram a via judicial impedindo-a de analisar outras questões dos demais jurisdicionados que financiam a estrutura. Concluiu-se pela necessidade de identificação de alternativas. A partir daí, delineou-se como a arbitragem, com aquela jurisdicional para pôr fim a controvérsias dizendo o direito, de modo definitivo, no caso concreto, pode ser um equivalente funcional em relação ao Poder Judiciário.

Quando disponibilizada por câmaras públicas de arbitragem, ou mesmo utilizada pelo Estado enquanto parte litigante, a arbitragem tem o condão de levar acesso à justiça às partes do conflito e, ao mesmo tempo, liberar o Poder Judiciário para análise de outras questões. Assim, a arbitragem é, ela em si, uma forma de *acesso extrajudicial à justiça*, de

modo que câmaras públicas, ainda que administrativas, promovem tal garantia. Para além, à medida que tem aptidão para contribuir com a redução do volume de processo judiciais, melhorando as condições de operação do Poder Judiciário – especialmente quando o Estado, um litigante habitual, leva algumas de suas demandas à arbitragem –, a arbitragem é também uma forma de maximização do *acesso judicial à justiça*. Nesse sentido, a partir da perspectiva funcional do direito aliada à instrumentalidade das políticas públicas, que se tem que o uso da arbitragem pela Administração Pública, seja como parte como árbitra, é uma política pública de promoção da garantia fundamental de acesso à justiça.

Por fim, como uma possibilidade de retomar todas as questões foram tratadas separadamente nos primeiros capítulos – ainda que esforço de correlações –, o derradeiro capítulo pôde, a partir de análise de casos, dar seguimento à pesquisa qualitativa exploratória. A saber, pela análise de um procedimento arbitral até uma sentença parcial de mérito – que, a rigor, já decidiu a controvérsia –, foi possível acompanhar as etapas da arbitragem, bem como retomar os elementos tratados no segundo capítulo. Tendo em vista a participação da União, pode-se verificar de modo concreto como a presença da Administração Pública modifica as regras de um processo arbitral. Importante pontuar que o estudo proporcionou ainda a possibilidade de verificar, na prática, partes litigantes assumindo posturas cooperativas focadas nos interesses comuns, assim como o estudo teórico apontava ser possível. Igualmente, pode-se concluir que, de fato, o processo arbitral tem o condão de desafogar o Poder Judiciário, atraindo para si controvérsias complexas e específicas.

Quanto à análise da atuação da Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos, percebeu-se que, na verdade, pela ausência de jurisdição, tal órgão diz respeito, a rigor, a uma corte arbitral administrativa. Os demais elementos da arbitragem estão presentes, como a opção, consensual entre as partes, de uma via apta a por fim ao conflito à medida que um terceiro imparcial diz o direito no caso concreto. Some-se ainda que a decisão vincula as partes, sob pena de sanção administrativa, de modo que se vislumbra como o Estado, mediante tal comissão, efetiva uma política pública de acesso extrajudicial à justiça.

Enquanto na análise do Procedimento Arbitral CCBC nº 78/2016/SEC7, via-se a maximização do acesso à justiça por se deslocar, do Poder Judiciário à arbitragem, questão complexa e bastante específica, no caso das demandas quanto ao compartilhamento de infraestrutura dos postes, verificou-se uma questão que, embora técnica e específica, é corriqueira no âmbito na Aneel e da Anatel. Assim, a Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos à medida que a comissão atrai questões repetitivas – como indicou o levantamento realizado –, retira um volume considerável de demandas da via judicial. Em outro sentido, a

comissão estudada tem o condão de fornecer – no âmbito de autarquias técnicas especializadas na questão controvertida – decisões, inclusive recursais, em prazo que é, em regra, inferior àquele referente ao trâmite de um processo judicial, embora destoante da previsão normativa que regula a própria comissão. Observou-se, portanto, a promoção de acesso extrajudicial à justiça mediante política pública consistente em criar e manter arbitragem administrativa.

Assim, após pesquisa bibliográfica e análise de experiências reais de arbitragem, foi possível concluir que, sob influência da constitucionalização do direito e da eclosão do paradigma de Administração consensual, o uso de tal processo pelo Estado é possível no ordenamento brasileiro, desde que realizadas os devidos ajustes. Em um contexto de Estado consensual, trata-se de prestigiar a participação ao administrado no modo de se resolver controvérsias. Partindo-se de uma compreensão mais ampla de acesso à justiça, conclui-se também que se promove tal garantia franqueando às partes conflitantes, incluindo a Administração Pública, o uso da via arbitral. A um só tempo, a arbitragem auxilia a diminuir o volume dos processos judiciais e ainda proporciona às partes a garantia de acesso à justiça, por ser meio apto a dizer, de modo cogente, o que a cada um o que é devido. É assim que se pode falar em arbitragem envolvendo a Administração Pública – seja como parte, seja como árbitra – como uma política pública de resolução de conflitos e de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2.ed (e-book). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, cap. 5. p. 8-12.

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 4, n. 4, p. 171-187, 1998.

ADEODATO, João Maurício. Retórica analítica como metódica jurídica. **Argumenta UENP**, Jacarezinho, v. 18, p.11-29, 2013.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 217-245.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ANADON, Celine Barreto; FERREIRA, Rafael Fonseca. Contribuições hermenêuticas para o desvelamento de um novo paradigma em direito administrativo. **Revista Seção Judiciária Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p.69-91, ago. 2014.

ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição política constitucional. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Scielo Books, 2010. p. 13-65.

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. Brasília: AMB, 2015.

ARBITAC. **Regulamento arbitragem ordinária**. Curitiba. 2015. Disponível em: <http://arbitac.com.br/wp-content/uploads/regulamento_arbitragem-ordinaria1.pdf> Acessado em: 02 jun. 2019.

AYLLÓN, Tomás Ogáyar y. **El contrato de compromiso y la institución arbitral**. v. 2. Madrid: EDERSA, 1975.

AZEVEDO, André Gomma de. Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem (“med-arb”). In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciene Moessa de (Org.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 259-271.

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciene Moessa de (Org.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 17-38.

BANDOS, Melissa Franchini Cavalcanti. **Análise dos conflitos, das negociações e dos contratos gerados pelo compartilhamento de infra-estrutura entre empresas reguladas pelas agências Aneel, Anatel e ANP**. 2008. 179 f. Tese (Doutorado) - Curso de Administração, Programa de Pós-graduação em Administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

_____. Sociedade de economia mista prestadora de serviço pública: Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. **Temas de direito constitucional**. v. 11. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Bíblia. Tradução João Ferreira Almeida. 2. ed. rev. atual. no Brasil. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Batista. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Arbitragem**: Procedimento Arbitral nº78/2016-CAM-CCBC/SEC7. 2018. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/643200>. Acessado em: 10 mai. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional nº 96, 26 de março de 1992. **Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário**. Iniciativa Hélio Bicudo. Diário do Congresso Nacional, Brasília, nº 58, ano 47, 1 mai. 1992. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01MAI1992.pdf#page=7>> Acessado em 29 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes 2012**. Brasília: CNJ, 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em 09 mai. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Distrito Federal (Rio de Janeiro), 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acessado em 13 mai. 2019.

_____. Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015. **Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário**. Brasília, 8 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm> Acessado em 15 mai. 2019.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acessado em: 10 mai. 2019.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acessado em: 10 mai. 2019.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.** Brasília, 23 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acessado em: 10 mai. 2019.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Brasília, 19 jan. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm> Acessado em: 06 jun. 2019.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acessado em: 09 mai. 2019.

_____. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.** Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm> Acessado em: 06 jun. 2019.

_____. Lei n. 12.815, de 05 de junho de 2013. **Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuário.** Brasília, 05 jun. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm> Acessado em: 25 mai. 2019.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 08 mai. 2019.

_____. **População brasileira passa de 207,7 milhões em 2017**. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/populacao-brasileira-passa-de-207-7-milhoes-em-2017>>. Acessado em: 30 jun. 2019.

_____. Resolução conjunta n. 2, de 27 de março de 2001. Aneel; Anatel; ANP. **Aprova o regulamento conjunto de resolução de conflitos das agências reguladoras dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo**. Brasília, 29 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes-conjuntas/85-resolucao-conjunta-2>> Acessado em 08 jun. 2019.

_____. Resolução conjunta n. 4, de 12 de dezembro de 2014. Aneel; Anatel. **Aprova o preço de referência para o compartilhamento de postes entre distribuidoras de energia elétrica e prestadoras de serviços de telecomunicações, a ser utilizado nos processos de resolução de conflitos, e estabelece regras para uso e ocupação dos Pontos de Fixação**. Brasília, 30 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes-conjuntas/820-resolucaoconjunta-4>> Acessado em 07 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 150830/PA. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 10 de outubro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico STJ**. Brasília, 16 out. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1750277&num_registro=201700249751&data=20181016&formato=PDF>. Acessado em: 09 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1309158/RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 26 de setembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico STJ**. Brasília, 20 out. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640277&num_registro=201200071708&data=20171020&formato=PDF>. Acessado em: 20 mai. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.145/2013. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 14 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acessado em: 01 mai. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009.

BÜSCHEL, Inês do Amaral. O acesso ao direito e à justiça. In: LIVIANU, Roberto (Org.). **Justiça, cidadania e democracia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p. 129-136.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação**. São Paulo: Atlas Jurídico, 2002.

CAM-CCBC. **Resolução Administrativa 15/2016**. São Paulo. 2016. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>>. Acessado em: 10 mai. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista Direito Administrativo**, v. 248, p. 118-126. 2008.

Câmara Portuguesa de comércio no Brasil. **Regulamento do Centro de mediação e arbitragem da Câmara Portuguesa de comércio no Brasil**. São Paulo. 2009. Disponível em: <<http://www.camaraportuguesa.com.br/arbitragem/default.asp?pag=regulamento>>. Acessado em: 7 jun. 2019.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

CARMONA, Jorge Bolaños. Los dilemas em mediación o como crear relaciones beneficiosas. In: PARDO, Guillermo Orozco (Org.). **Tratado de mediación en la resolución de conflictos**. Madrid: Tecnos, 2015. p. 70-88.

CARVALHO, Eliana; GRION, Stephan Renado (Org.). **Anuário da arbitragem no Brasil 2017**. Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. São Paulo: CESA. 2017.

CIESP. **Regulamento de arbitragem**. São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>>. Acessado em: 7 jun. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. **A pirâmide da solução dos conflitos**: uma contribuição da sociedade civil para a reforma do Judiciário. Brasília: Senado Federal, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 138, p.39-48, abr./jun. 1998.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). **Política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: UNESP. (No prelo).

DENZIN, Norman; LINCOLN, Yvonna. **Handbook of Qualitative Research**. 3. ed. California: Sage Publications, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2 ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EGU. European Geosciences Union. **The policy cycle**. Disponível em: <<https://www.egu.eu/policy/basics/cycle/>>. Acessado em: 09 jun. 2019.

FAZZALARI, Elio. **L' arbitrato**. Torino: UTET, 1997.

FELIX, Rosana. Estado congestionado o Judiciário no país. Quem perde é o cidadão. **Gazeta do Povo**, Curitiba, out. 2017. Disponível em:

<<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/estadocongestionado-o-judiciario-no-pais-quem-perde-e-o-cidadao>>. Acessado em: 06 jun. 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2003.

FREIRE, Moema Dutra. Administração alternativa de conflitos: perspectivas para a ampliação do acesso à justiça e a prevenção à avaliação. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpapolo Cruz (Org.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 113-129.

FREITAS, Juarez. **Discricionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e políticas públicas**, Brasília, n. 21, p.211-259, jun. 2000.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307, de 23-9-1996**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GOIÁS. Lei Complementar n. 144, de 24 de julho 2018. **Institui a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA), estabelece medidas para a redução da litigiosidade no âmbito administrativo e perante o Poder Judiciário e promove modificações na Lei Complementar nº 58, de 4 de julho de 2006**. Goiânia, 27 jul. 2018. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=22891> Acessado em: 06 jun. 2019.

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

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 41. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton And Company, 1999.

IBOPE. Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística. **Imagem do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: IBOPE, 2004.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Sistema de Indicadores de Percepção Social: justiça**. Brasília: IPEA, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros. **Revista Brasileira de Advocacia**, n. 1, jan. 2016. No prelo.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Curso de Direito Administrativo (e-book)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KELSEN, Hans. **¿Qué es la teoría Pura del Derecho?**. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2002.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Tradução Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Análise da Pesquisa Arbitragem em Números de 2010 a 2013**. Disponível em:

<<http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20da%20Pesquisa%20Arbitragem%20em%20N%C3%BAmeros%20-2010-2013.pdf>> Acessado em 01 jun. 2019.

_____. **Arbitragem e Sociedade de Economia Mista**. 2004. Parecer jurídico. Disponível em:<<http://selmalemes.adv.br/artigos/Parecer%20Arbitragem%20e%20Sociedade%20Economia%20Mista.pdf>>. Acessado em: 16 abr. 2019.

_____. **Arbitragem em Números e Valores: Período de 2010 (jan./dez) a 2016 (jan./dez.)**. Disponível em:

<http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20Pesquisa%20Arbitragens%20Ns%20%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf> Acessado em 01 jun. 2019.

_____. **Arbitragem na Administração Pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIMA, Cluáudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p.91-104, jul./set. 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução Gustavo Bayer. Tomo 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LYNN, Laurence; GOULD, Stephanie. **Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis**. Santa Monica: Goodyear, 1980.

MALAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial In: **Do Estado na Arbitragem Privada**, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1986, p. 70.

MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1 rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

MÉNARD, René. **Mitologia greco-romana**. Tradução Aldo Della Nina. v. 1. 2. ed. São Paulo: Opus, 1991.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**.v. 15. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. 415 f. Tese (Doutorado) - Curso de doutorado em direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

_____. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, José de Castro. **Da Fazenda Pública em Juízo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

OPPENHEIM, Felix. Justiça. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mònaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 660-666.

PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner *et al.* (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. Tomo II; recurso eletrônico.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. A advocacia pública como função essencial à justiça. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcaoessencial-justica>>. Acessado em: 06 out. 2018.

_____. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131>>. Acessado em: 25 mar. 2019.

QUINTANEIRO, Tania *et al.* **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, Roberto (Org.). **Justiça, cidadania e democracia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p. 147-156.

_____. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p.55-66, mar./abr. 2014.

SANCHEZ, Guilherme Cardoso. **Sentenças parciais no processo arbitral**. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Derecho y emancipación**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 381-405.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006. p. 19-42.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53, p. 21.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUZA, Celina Maria de. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p.20-45, jul./dez. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Senso Incomum. Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito? **Consultor Jurídico**. São Paulo, 28 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>>. Acessado em: 05 nov. 2018.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Teoria geral do direito público**: Institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático. Belo Horizonte: del Rey, 2013. p. 23-50.

TENENBLAT, Fabio. **A ausência de racionalidade da Administração Federal na utilização do Poder Judiciário**. 2017. 161 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83-104.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao estudo do direito I**: Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994

YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública**: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos. 2018. 202 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de mestrado em direito dos negócios, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

YIN, Roberto K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. Tradução Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.