

A EVOLUÇÃO DA ARBITRABILIDADE OBJETIVA NO BRASIL: TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS

ANDRE VASCONCELOS ROQUE*

Resumo: O espaço ocupado pela arbitragem ao longo dos tempos sempre esteve muito relacionado à consolidação e ao papel desempenhado pelos órgãos estatais e pelo Poder Judiciário. Em diversos países, tem sido verificada a gradual expansão da arbitrabilidade objetiva, ou seja, das matérias que podem ser submetidas aos árbitros, para além das clássicas hipóteses de litígios estritamente contratuais. Embora tal fenômeno tenha demorado a atingir o Brasil, após alguns anos de consolidação da atual Lei de Arbitragem e do expresse reconhecimento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, também aqui se começou a observar, de forma gradativa, a ampliação dos limites da arbitrabilidade objetiva. Essa expansão pode ser verificada principalmente em duas matérias sensíveis: controvérsias envolvendo entes estatais e no âmbito do Direito do Trabalho. A evolução da arbitrabilidade objetiva no país cria, assim, condições para que se possa discutir a viabilidade da arbitragem em outras áreas ainda inexploradas, tal como, por exemplo, a arbitragem envolvendo direitos coletivos. As discussões apresentadas nesse estudo podem servir como um ponto de partida para uma análise mais aprofundada, contribuindo, desse modo, para incrementar o acesso à justiça no Brasil, que não necessariamente se realiza através do Poder Judiciário.

Abstract: The space occupied by arbitration through the ages has always been closely related to the consolidation and the role played by state agencies and the Judiciary. In several countries, the gradual expansion of objective arbitrability (matter that may be submitted to arbitrators) has been observed, in addition to the classic cases of strictly contractual disputes. Although this phenomenon has taken long to reach Brazil, after some years of consolidation of the current Arbitration Act and the express recognition of its constitutionality by the Supreme Court, the expansion of the objective arbitrability limits can also be seen here. This expansion can be seen mainly in two sensitive matters:

* Doutorando e mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor de Direito Processual Civil em cursos de pós-graduação. Membro do IBDP, CBAr e IAB. Advogado.

disputes involving state entities and under Labor Law. The evolution of objective arbitrability in Brazil thus creates conditions so that we can discuss the viability of arbitration in other areas still unexplored, such as, for example, arbitration involving collective rights. The discussions presented in this study may serve as a starting point for deeper analysis, contributing thus to increase access to justice in Brazil, which is not necessarily held by the Judiciary.

Palavras-chave: arbitragem; arbitrabilidade objetiva; Administração Pública; Direito do Trabalho; direitos coletivos

Keywords: arbitration; objective arbitrability; Public Administration; Labour Law; collective rights

1. Introdução

Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.307/96 que a arbitragem, mecanismo privado de resolução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos próprios litigantes, impõe sua decisão, será admitida entre pessoas capazes de contratar para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A norma em questão disciplina aquilo que em doutrina se costuma denominar *arbitrabilidade*, delimitando quais litígios podem ser resolvidos por arbitragem¹⁻². Trata-se de limite estabelecido pela lei à autonomia da vontade, a fim de resguardar o interesse público que, eventualmente, poderia estar envolvido em um processo arbitral³.

1 V. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 312; BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 123; LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 187. Na doutrina brasileira, entre outros, v. a obra específica sobre o tema de GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 8.

2 No direito estadunidense, por vezes, utiliza-se o termo arbitrabilidade com um significado muito mais amplo, referindo-se à determinação do campo de aplicação da convenção arbitral, delimitado por vontade das partes e não por uma restrição imposta pela legislação estatal à arbitragem. A doutrina tem anotado que essa utilização mais ampla do termo é capaz de gerar confusões e não se compatibiliza com a prática corrente na arbitragem internacional. V. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold, *cit.*, p. 312; BLACKABY, Nigel *et al.*, *cit.*, p. 123, nota 162; CARBONNEAU, Thomas E.; JANSON, François, *Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability*, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 2, 1994, p. 194.

3 V. LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M., *cit.*, p. 188.

A arbitrabilidade costuma ser analisada pela doutrina em duas dimensões, quais sejam: (i) relativa à pessoa (*ratione personae*), delimitando quem pode ser submetido à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva); e (ii) relativa às matérias (*ratione materiae*) que podem levadas ao conhecimento dos árbitros (arbitrabilidade objetiva)⁴. Assim, se uma convenção de arbitragem é celebrada fora dos limites da arbitrabilidade, o resultado será um negócio jurídico⁵ inválido, seja porque dele participou pelo menos um agente que não tinha capacidade para esse fim (falta de arbitrabilidade subjetiva), seja porque o seu objeto não era admitido pela lei (ausência de arbitrabilidade objetiva).

Em relação à arbitrabilidade na dimensão subjetiva, a lei brasileira determina que somente as pessoas capazes de contratar poderão celebrar uma convenção arbitral. Naturalmente, tratando-se de um negócio jurídico, a doutrina tem entendido que tal exigência refere-se à capacidade de fato ou de exercício, ou seja, à possibilidade de que a pessoa realize, sem o auxílio de terceiros, os atos da vida civil⁶. Não basta, assim, a mera capacidade de direito ou de gozo, entendida esta como aptidão de tornar-se sujeito de direitos e deveres⁷. Há quem sustente inclusive que, como a arbitragem pressupõe a disponibilidade de um direito⁸, a incapacidade de exercício não poderia ser suprida nem mesmo pelo representante ou assistente do incapaz⁹.

4 Sobre a classificação, entre outros, v. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold, cit., p. 312/313; GONÇALVES, Eduardo Damião, cit., p. 9.

5 A doutrina discutiu em inúmeras oportunidades a natureza jurídica da convenção de arbitragem, que já foi considerada uma forma de transação, um contrato com produção de efeitos processuais e, por fim, um negócio jurídico processual. Sobre o tema, de forma geral, v. GUERRERO, Luis Fernando, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10/15.

6 V. CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37. Na realidade, a capacidade que se exige é a capacidade para contratar, aferida no momento da celebração da convenção de arbitragem. Em regra, ela coincide com a capacidade para a prática dos atos da vida civil, mas alguns civilmente capazes, excepcionalmente, podem estar impedidos de firmar contratos, como os sócios da empresa. Nesse sentido, v. CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. 2 ed. Campinas: Millennium, 2009, p. 55; GUERRERO, Luis Fernando, cit., p. 49/50.

7 Embora uma interpretação literal do art. 1º da Lei nº 9.307/96 pudesse afastar a possibilidade de que os chamados entes formais (condomínios edifícios, espólio, massa falida) participassem de arbitragens (já que não possuem personalidade jurídica, não sendo exatamente considerados "pessoas"), a doutrina tem considerado, acertadamente, que não há fundamento para se vedar tal hipótese. Exige-se apenas que os responsáveis pela representação desses entes despersonalizados estejam devidamente autorizados (pelo juiz, nos casos do espólio e da massa falida e pela assembleia, no caso do condomínio). V. CARMONA, Carlos Alberto, cit., p. 37/38; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 15/16.

8 Ainda que se entenda que a simples opção pela via arbitral não pressupõe disposição de direito material, o que nos parece correto, a convenção de arbitragem implica a disposição de um direito eminentemente de natureza processual, qual seja, o de submeter as controvérsias delimitadas pela própria convenção ao Poder Judiciário. V. RICCI, Edoardo Flavio. Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidade dos contratos: uma interpretação do art. 1º da Lei 9.307/96 in *Lei de Arbitragem Brasileira - Oito anos de reflexão*. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131.

9 V. CARMONA, Carlos Alberto, cit., p. 37. Em sentido aparentemente contrário, expondo apenas que "as incapacidades podem ser supridas", GUERRERO, Luis Fernando, cit., p. 50.

As principais discussões sobre arbitrabilidade nos últimos anos têm ocorrido em sua dimensão objetiva¹⁰. O ponto de partida sobre o tema na legislação brasileira está igualmente no art. 1º da Lei nº 9.307/96, que delimita o campo de abrangência da arbitragem aos direitos patrimoniais disponíveis.

Não se observa grande controvérsia em doutrina quanto ao conceito de direitos patrimoniais, que são aqueles que podem ser quantificados em pecúnia¹¹, ou seja, que são suscetíveis de valoração econômica. Assim, não é difícil perceber que os direitos extrapatrimoniais compreendem os direitos da personalidade em geral (direito à vida, à liberdade, à integridade física, ao nome, à honra, à intimidade), ínsitos à essencialidade do ser humano e que não podem ser quantificados em pecúnia¹².

Mais difícil é estabelecer um conceito para direitos disponíveis, que por vezes são tratados como um sinônimo para direitos patrimoniais¹³, ou são considerados como aqueles que podem ser objeto de transação¹⁴, ou são tidos como aqueles que podem ser livremente alienados ou negociados¹⁵, ou como

10 Como já observado inclusive por autores estrangeiros. Nesse sentido, LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M., cit., p. 187/188. Há quem diga, inclusive, que a arbitrabilidade subjetiva, quando não se confunde inteiramente com a noção de capacidade civil, só se torna visível à luz do elemento objetivo da relação jurídica a que se refere. V. GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, p. 62, maio/ago. 2004. Esse parece ser o caso da arbitrabilidade envolvendo interesses de entes estatais no Brasil.

11 V. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 39; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa H.; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, p. 659.

12 Uma vez violado algum desses direitos, entretanto, eventual indenização será suscetível de apreciação pecuniária, afastando-se o obstáculo da patrimonialidade para fins de submissão à arbitragem. Afinal, o que se julga no âmbito da responsabilidade civil por dano moral não é o direito da personalidade em si mesmo, mas a sua violação, aferindo-se a existência do dano e a sua quantificação.

13 V. BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v. 1, p. 55; LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, n. 8, p. 346, abr./jun. 2000.

14 V. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 32/34; SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 26/29 (embora se referindo também, de forma rápida, à possibilidade de alienação dos direitos disponíveis); GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 12, p. 338, abr./jun. 2001. Destaque-se que o art. 1072 do Código de Processo Civil, revogado pela Lei nº 9.306/97, estabelecia a admissibilidade da arbitragem para os direitos em que se admitisse transação.

15 V. GUERRERO, Luis Fernando, cit., p. 44/45 (ênfatizando que esta noção seria mais ampla que o conceito de direitos transacionáveis); MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3/4; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 178.

aqueles direitos que não precisam ser obrigatoriamente exercidos pelo titular¹⁶ ou, por fim, direitos em que não há proibição a que se espontaneamente reconheça não ter razão sem o recurso à jurisdição¹⁷.

Enfim, são inúmeras definições em doutrina para a noção de disponibilidade de um direito, justamente um dos critérios mais utilizados pelas legislações para delimitar as matérias passíveis de arbitragem¹⁸, o que explica a conhecida citação doutrinária de que a arbitrabilidade constitui uma *questão abstrata, delicada, mal delimitada*¹⁹. As hesitações, nesse tema, corroboram a existência de um conjunto considerável de matérias ditas sensíveis ou parcialmente inarbitráveis, em razão da dúvida sobre a possibilidade de sua submissão à justiça privada²⁰. São exemplos de matérias sensíveis as arbitragens envolvendo entes públicos, o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor, o Direito Concorrencial e, por fim, a proteção de direitos coletivos *lato sensu*.

É nesse conjunto específico de matérias sensíveis que se pode falar em evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil, como será demonstrado a seguir.

16 V. CARMONA, Carlos Alberto, *cit.*, p. 38 (embora aludindo também à ideia de que tais direitos podem ser livremente alienados ou negociados, por se encontrarem desembaraçados, e enfatizando que a técnica legislativa vigente é superior à do revogado art. 1072 do Código de Processo Civil); CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. Direitos patrimoniais disponíveis – Conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes in BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.), *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 40 e ss. (embora também enfatizando a noção de que tais direitos podem ser transferidos e apropriados individualmente).

17 V. TALAMINI, Eduardo. Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 5, p. 144/147, abr./jun. 2005.

18 As legislações de vários países adotam como critério de arbitrabilidade objetiva, total ou parcialmente, a disponibilidade do direito em discussão. Exemplos nesse sentido são a Espanha, França, Itália, Suíça, Portugal, Argentina, Paraguai, Uruguai e o próprio Brasil. Nesse sentido, fazendo um apanhado geral na legislação comparada, GONÇALVES, Eduardo Damião, *cit.*, p. 176 e RICCI, Edoardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas in LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.), *Arbitragem - Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 402/404.

19 A citação é de JARROSSON, Charles. La notion d'arbitrabilité. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 0, p. 173, 2003.

20 Existe, ainda, um conjunto específico de matérias absolutamente inarbitráveis, que compreendem os litígios relativos à capacidade e ao estado civil das pessoas; os litígios puramente criminais; os litígios diretamente decorrentes da falência, entre outros. Uma relação bastante abrangente pode ser consultada em GONÇALVES, Eduardo Damião, *cit.*, p. 192/193.

2. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil

O espaço ocupado pela arbitragem ao longo dos tempos sempre esteve muito relacionado à consolidação e ao papel desempenhado pelos órgãos estatais e pelo Poder Judiciário. O fortalecimento e a institucionalização progressiva do Estado reduziram, de início, o campo de abrangência da arbitragem. Na época da Revolução Francesa, porém, quando havia desconfiança do Poder Judiciário, a possibilidade de escolha pela arbitragem chegou a ser contemplada em sede constitucional²¹. Posteriormente, a noção da jurisdição como um dos atributos da soberania estatal prevaleceu, contribuindo para o estreitamento do espaço da arbitragem nos ordenamentos jurídicos.

O século XX acompanhou a crise do chamado *welfare state*, com a diminuição dos espaços ocupados pelo Estado, incremento da atividade privada e da autorregulação de setores da economia e, igualmente, o fortalecimento das arbitragens²². Em diversos países, verificou-se a gradual expansão da arbitrabilidade objetiva, ou seja, das matérias que poderiam ser submetidas aos árbitros, para além das clássicas hipóteses de litígios estritamente contratuais entre duas empresas privadas²³.

Tal fenômeno demorou a atingir o Brasil, fato este explicado pelas deficiências na legislação pátria sobre arbitragem anterior à Lei nº 9.307/96²⁴.

Após alguns anos de consolidação da atual Lei de Arbitragem no Brasil e do expresse reconhecimento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal²⁵, também aqui se começou a observar, de forma gradativa, a ampliação dos limites da arbitrabilidade objetiva, a partir de uma interpretação liberal das normas contidas na Lei nº 9.307/96. Essa expansão, que ainda se encontra em curso até os dias atuais, pode ser verificada principalmente em duas matérias sensíveis: (i) arbitragem envolvendo entes estatais, e; (ii)

21 V. RICCI, Edoardo Flavio. Desnecessária conexão..., cit., p. 407.

22 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 19.

23 V. FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold, cit., p. 337

24 De forma geral, duas alterações promovidas pela vigente Lei de Arbitragem contribuíram decisivamente para o seu desenvolvimento: a) previsão de força vinculativa para a cláusula compromissória, afastando a jurisdição estatal e permitindo a instituição compulsória da arbitragem mesmo em caso de recalcitrância da parte contrária, ao contrário do regime anterior, em que somente o compromisso arbitral vinculava os litigantes; b) equiparação dos efeitos da sentença arbitral à sentença judicial e formação de título executivo judicial independentemente de homologação pelo Poder Judiciário (ressalvadas as sentenças arbitrais estrangeiras), ao contrário do regime disciplinado anteriormente, no qual se exigia, em regra, a homologação judicial dos laudos arbitrais. 25 V. STF, Pleno, SE 5.206-7 AgR Espanha, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ 30.4.2004.

arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho. Esses serão os assuntos abordados com mais vagar nos itens abaixo.

3. Arbitragem e entes estatais

A arbitragem envolvendo interesses do Estado sempre suscitou controvérsia no Brasil. Não se pretende, dados os limites do presente estudo, esgotar todas as posições doutrinárias sobre o assunto²⁶. O objetivo aqui é apenas corroborar a tendência recente de ampliação do campo da arbitrabilidade objetiva no direito pátrio.

Uma concepção absolutamente restritiva em termos de arbitrabilidade objetiva poderia afastar, por completo, a possibilidade de submissão dos interesses públicos aos árbitros. O raciocínio para se chegar a tal conclusão seria simples: a arbitragem somente é admissível para direitos disponíveis e como o interesse do Estado é indisponível, não haveria espaço para tal meio de solução de controvérsias quando estivessem em jogo, direta ou indiretamente, os interesses de entes estatais²⁷.

Nada obstante, trata-se de concepção equivocada. Há várias décadas, o Supremo Tribunal Federal decidiu o célebre “caso Lage”²⁸, no qual se assentou a possibilidade de a União submeter questão suscetível de transação à arbitragem²⁹. A decisão se baseou em dois fundamentos principais, que já haviam sido invocados pelo Tribunal Federal de Recursos por ocasião do julgamento da apelação: (i) a arbitragem sempre foi admitida e consagrada em nosso direito³⁰; (ii) não se podia restringir a autonomia contratual do Estado, que pode prevenir o litígio pelo compromisso arbitral, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insuscetíveis de transação.

26 Um bom apanhado das posições doutrinárias sobre o tema pode ser encontrado em PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ in PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136, nota 5 e em BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida in ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional - Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 269, nota 2.

27 Nesse sentido, entre outros, v. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

28 V. STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14.11.1973, RTJ, v. 88, p. 382 e segs.

29 Um estudo mais detalhado sobre o caso pode ser encontrado em LIMA, Leandro Rigueira Rennó. O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal in GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 126/160.

30 Esta afirmação, evidentemente, não é de grande peso, dada a exígua experiência arbitral no Brasil antes da Lei nº 9.307/96, como destacado por CARMONA, Carlos Alberto, cit., p. 45, nota 34.

Desde a década de 70 do século passado, portanto, já havia o Supremo Tribunal Federal reconhecido a tradicional distinção entre os “atos de império” (em que o Estado atua com supremacia, de forma imperativa sobre os administrados) e os “atos de gestão” (nos quais o Estado atua sem usar de sua supremacia sobre os destinatários, tratando-se de atos tipicamente de direito privado praticados pela Administração Pública). Como o conteúdo dos denominados atos de gestão é tipicamente negocial, igualando-se aos atos praticados por particulares, apenas antecedidos de formalidades administrativas para a sua realização, admite-se inclusive a transação nesse campo de atuação do Estado e, assim, seria possível submeter tais atos à solução arbitral.

Nessa mesma linha de raciocínio, outra interessante distinção oriunda do Direito Administrativo remete à classificação do interesse público em primário e secundário³¹. De acordo com tal diferenciação, o interesse público primário é aquele destinado à satisfação do bem comum da sociedade como um todo, ao passo que o interesse público secundário é o que se refere ao interesse meramente patrimonial da Fazenda Pública. Daí que, muitas vezes, para satisfazer o verdadeiro interesse público (primário), torna-se necessário decidir contra a Administração. Indisponível e insuscetível de arbitragem é apenas o interesse público primário, não já o secundário.

Com uma ou outra peculiaridade, essa é a linha de raciocínio básica encontrada em inúmeros autores que sustentam a admissibilidade da arbitragem envolvendo entes estatais, restrita aos denominados “atos de gestão” ou quando estiver em jogo apenas o interesse patrimonial – secundário, portanto – do Estado³².

O que se afirmou acima vale para o Estado e igualmente as suas autarquias, que também podem submeter à arbitragem litígios sobre questões que não digam respeito ao interesse público primário ou a um ato de império. Assim, apenas a título de exemplo, o Banco Central do Brasil ou o Instituto Nacional do Seguro Social podem submeter aos árbitros uma questão envolvendo prestação de serviços; a Casa da Moeda pode levar à arbitragem causa atinente ao fornecimento de material para a cunhagem de moedas, e assim por diante³³. Dúvidas não podem existir, por mais fortes motivos, quanto às empresas públicas e às sociedades de economia mista, que podem igualmente celebrar

31 A distinção entre interesse público primário e secundário tem origem na conhecida obra de ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 151/152.

32 A distinção entre interesse público primário e secundário tem origem na conhecida obra de ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 151/152.

33 Os exemplos, bastante ilustrativos para visualizar a área de abrangência da arbitragem envolvendo os entes públicos, foram retirados de CARMONA, Carlos Alberto, cit., p. 46.

convenção de arbitragem, até porque elas estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, por força do art. 173, § 1º da Constituição da República.

No entanto, mesmo após o importante precedente do Supremo Tribunal Federal no “caso Lage” e após diversos autores terem manifestado seu entendimento favorável à arbitragem envolvendo entes públicos, a evolução do tema na jurisprudência brasileira continuava incerta. Além do clássico argumento da indisponibilidade, já superado, havia quem sustentasse ser inadmissível submeter questões envolvendo o Poder Público aos árbitros por pelo menos três outros fundamentos: (i) necessidade de prévia autorização legislativa para que os entes estatais pudessem submeter seus litígios à arbitragem; (ii) previsão, no art. 55, § 2º da Lei nº 8.666/93, de norma exigindo a previsão de cláusula de foro de eleição na sede da Administração em todos os contratos celebrados por esta com pessoas físicas ou jurídicas, incompatível com a solução de controvérsias pela via arbitral; (iii) impossibilidade de compatibilizar o sigilo na arbitragem com o princípio da publicidade dos atos administrativos, consagrado em sede constitucional.

O argumento atinente à exigência de prévia autorização legislativa parece lógico e foi consagrado em diversos acórdãos do Tribunal de Contas da União³⁴, bem como em alguns julgados isolados³⁵. Aplica-se à Administração Pública o princípio da legalidade estrita, segundo o qual o administrador somente pode agir dentro dos limites permitidos expressamente pela lei, ao

34 V., por exemplo, Decisão 286/93, rel. Min. Homero Santos, DOU 4.8.1993; Decisão 763/94, rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, DOU 3.1.1995; Decisão 188/95, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, DOU 22.5.1995; Decisão 394/95, rel. Min. Fernando Gonçalves, DOU 28.8.1995; Acórdão 584/03, rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 28.4.2003; Decisão 215/04, rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 22.3.2004; Acórdão 587/03, rel. Min. Adylson Motta, DOU 1.6.2003; Acórdão 631/03, rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça, DOU 13.6.2003; Acórdão 1271/05, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 2.9.2005; Acórdão 537/06, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU 17.3.2006 e Acórdão 1099/06, rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10.7.2006.

35 Exemplo emblemático foram as decisões em primeira instância do caso Copel, no Judiciário do estado do Paraná, no sentido de, ainda em âmbito liminar, ordenar a abstenção da prática de atos relacionados à continuidade do procedimento de arbitragem perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI) e, por ocasião da sentença, declarar a nulidade da convenção de arbitragem, invocando-se como fundamento também a regra do art. 55, § 2º da Lei nº 8.666/93. Após sucessivos recursos e incidentes processuais no Tribunal de Justiça do Paraná, foi concedida liminar em agravo de instrumento, suspendendo-se a eficácia da sentença até julgamento do mérito da apelação interposta pela UEG Araucária Ltda. (TJPR, AI 162874-3, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira, j. 5.8.2004). Em junho de 2006, as partes chegaram a um acordo, sendo extintas todas as ações incidentais e recursos pendentes. V., sobre o caso, os relatos detalhados de DINAMARCO, Julia. Algumas considerações sobre o caso Copel v. UEG in GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos...*, cit., p. 80/104 e de ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 229-234.

contrário dos particulares, que podem atuar nos limites não vedados pelo legislador. A Administração, portanto, apenas poderia celebrar convenção de arbitragem se autorizada de forma prévia e específica para esse fim³⁶.

Esse raciocínio, todavia, perde a sua força em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista, na medida em que tais entes estão constitucionalmente submetidos ao regime das empresas privadas, decorrendo daí a autorização para que disponham de seu direito de submeter eventuais controvérsias ao Judiciário. Mesmo em relação ao Estado e às autarquias, tal fundamento também não deve subsistir, seja pela previsão de autorização (ainda que genérica) no próprio art. 1º da Lei de Arbitragem, que não restringiu, do ponto de vista da arbitrabilidade subjetiva, as pessoas que podem celebrar convenção de arbitragem³⁷, seja pela incidência dos princípios da moralidade administrativa, da boa-fé objetiva e da proteção à confiança legítima do administrado, que não pode ser prejudicado pelo comportamento contraditório do Estado³⁸. Trata-se, em última análise, de projeção da proibição ao *venire contra factum proprium*³⁹.

Além disso, como bem ilustrado pela doutrina administrativista contemporânea, é preciso revisitar o princípio da legalidade estrita, originalmente concebido como uma limitação em torno do ato administrativo unilateral para proteger a atuação do particular contra o Estado. Na hipótese de uma convenção de arbitragem, sua aplicação literal se mostra inadequada, porque ela não tem origem em ato unilateral do administrador, mas na autonomia da vontade. Assim, a legalidade deve ser interpretada aqui como

36 Essa é, em síntese, a tese sustentada no parecer de BARROSO, Luis Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez in *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. II, p. 610 e 615-626.

37 V., sobre o ponto, admitindo como autorização legislativa a previsão do art. 1º caput da Lei nº 9.307/96, KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público in PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem...*, cit., p. 81/82 e ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 12, p. 82, jan./mar. 2007.

38 Nesse sentido, CARMONA, Carlos Alberto, cit., p. 50/51; SOUZA JR., Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado in PANTOJA, Teresa Cristina G. (Coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 144/145.

39 Cumpre ressaltar, a propósito, que é frequente a invocação dos argumentos da boa-fé e da vedação ao comportamento contraditório para justificar a submissão do Estado às arbitragens no plano internacional, quando o ente estatal se arrepende da celebração da convenção de arbitragem e passa a suscitar, sem justo motivo, a sua imunidade de jurisdição. Nesse sentido, entre outros, FOUCHARD, Philippe. Os desafios da arbitragem internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 1, jan./mar. 2004, p. 71; MALINTOPPI, Loreta. La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de estado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, maio/ago. 2004, p. 187.

vinculação da Administração à juridicidade constitucional, de tal modo que seus atos devem guardar conformidade com a ordem estabelecida pela Constituição.

Dentro dessa ordem, a exigência legalista de autorização legislativa específica deve ceder aos imperativos da eficiência administrativa. O princípio da eficiência, que também está contemplado no art. 37 da Lei Maior, impõe que se flexibilizem os meios (o que acarreta a admissibilidade da solução pela via arbitral) como contrapartida de um aumento dos controles dos resultados obtidos pela Administração. Vale dizer: se a via arbitral consiste em alternativa mais célere e menos custosa que o recurso ao Judiciário, a análise de custo-benefício aponta para a sua admissibilidade⁴⁰. Nessa linha de raciocínio, conclui-se que o poder de celebrar uma convenção de arbitragem é implícito ao poder de contratar, em atendimento ao princípio administrativo da eficiência⁴¹. Afinal, não faria sentido que os direitos fossem considerados disponíveis para efeitos de serem ajustados mediante um contrato e, de outro lado, entender que são indisponíveis para que eventuais controvérsias sejam submetidas à arbitragem.

A evolução no conceito de legalidade estrita nada mais é que uma decorrência das transformações por que vem passando o Direito Administrativo nos dias de hoje⁴². O recuo nas atividades intervencionistas do Estado e a crescente interdependência entre os interesses público e privado ocasionam, a um só tempo, a privatização do público e a publicização do privado. A privatização do público acarreta a relativização dos mitos da legalidade estrita ou da absoluta indisponibilidade dos interesses estatais, em desprezo total à tutela dos administrados. A publicização do privado impõe o fortalecimento dos direitos fundamentais do indivíduo, tanto nas

40 V., sobre o ponto, SOUZA JR., Lauro da Gama e, cit., p. 138/143.

41 Nesses termos, BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, n. 241, p. 173/174, jul./set. 2005 e ZIMMERMANN, Dennys, cit., p. 88/91. Em sentido análogo, sustentando que a previsão de convenção de arbitragem decorre de uma avaliação do administrador público tendo por balizas os princípios da economicidade, da razoabilidade, da motivação e principalmente da continuidade do serviço público, GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 26, nov./dez. 2003, p. 72/73 e MENEZELLO, Maria D'Assunção C. O conciliador/mediador e o árbitro dos contratos administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 12, dez. 1997, p. 829.

42 Nesse mesmo sentido, destacando a evolução modernizadora no Direito Administrativo, v. MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública in LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 257/258.

suas relações com o Estado (dimensão vertical), como com outros particulares (dimensão horizontal)⁴³.

É preciso admitir, de todo modo, que o argumento da exigência de autorização legislativa específica pode conduzir a controvérsias, o que explica a previsão expressa, em cada vez mais diplomas normativos, de autorizações específicas para a celebração de convenções de arbitragem, nem que seja para, no mínimo, afastar possíveis objeções advindas do Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, além da previsão genérica no art. 1º da Lei de Arbitragem, atualmente se encontram normas específicas nesse mesmo sentido nos art. 93, XV da Lei nº 9.492/97 (contratos de concessão firmados pela Anatel); art. 43, X da Lei nº 9.478/97 (contratos de concessão firmados pela ANP); art. 11, III da Lei nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas - PPPs); art. 4º, §§ 5º a 7º da Lei nº 10.848/04 (comercialização de energia elétrica) e art. 23-A da Lei nº 8.987/95 (normais gerais para a concessão e a permissão de serviços públicos em geral), acrescentado pela Lei nº 11.196/05, entre outros exemplos⁴⁴.

O segundo fundamento por vezes invocado para afastar o cabimento da solução pela via arbitral de litígios envolvendo entes estatais se refere ao art. 55, § 2º da Lei nº 8.666/93, que exige a previsão, nos contratos celebrados pela Administração Pública, de cláusula de eleição de foro na sede da própria Administração⁴⁵.

A incompatibilidade dessa norma com a arbitragem, porém, é apenas aparente. Nesse sentido, lembre-se que a arbitragem, mesmo entre particulares, não dispensa completamente o recurso ao Poder Judiciário, seja como instrumento de apoio (como a hipótese da ação destinada à execução específica da cláusula compromissória “vazia”, nos termos do art. 1ª da Lei nº 9.307/96), de revisão (hipótese da ação disciplinada no art. 33 da Lei nº 9.307/96) ou, ainda, de execução da sentença a ser proferida pelos árbitros (art. 475-N, IV do Código de Processo Civil). Em todas essas situações, haverá espaço

43 Sobre a dimensão horizontal dos direitos fundamentais, entre muitos outros, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, *passim* e SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, *passim*.

44 Outro exemplo ilustrativo da tendência recente em se contemplar autorizações legislativas expressas para a arbitragem envolvendo o interesse de entes públicos é a Lei Estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, promulgada no âmbito do estado de Minas Gerais, dispondo sobre a adoção da arbitragem pelos entes estatais inseridos nesta unidade federativa.

45 Este fundamento também chegou a ser acolhido na sentença proferida em primeira instância no célebre caso Copel, anteriormente referido e, ainda, no caso Guggenheim, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ, AI 2003.002.07839, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Ademir Pimentel, DOERJ 21.1.2004). Demonstrando certa hesitação quanto à arbitrabilidade de litígios em que estejam envolvidos interesses estatais diante da norma em comento, BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Arbitragem nos contratos administrativos... cit.*, p. 271/273.

para a convivência harmoniosa entre a cláusula de eleição de foro e a convenção de arbitragem⁴⁶. O processo arbitral será processado segundo os termos estipulados na convenção, ao passo que qualquer ação judicial deverá ser ajuizada no foro da sede da Administração, nos termos da norma em questão.

Além disso, a Lei de Licitações não impôs que todas as demandas decorrentes de contratos firmados com a Administração sejam submetidas ao Poder Judiciário⁴⁷. Se as partes não celebrarem convenção de arbitragem, a cláusula de eleição de foro irá operar de forma plena, para toda e qualquer controvérsia advinda do aludido contrato. Caso, no entanto, as partes tenham ajustado que eventuais litígios sejam submetidos a árbitros, então a cláusula de eleição de foro somente irá vigorar para as hipóteses em que ainda couber o recurso ao Poder Judiciário.

Convém destacar, a propósito, que a exigência do art. 55, § 2º da Lei nº 8.666/93 refere-se ao *foro*, tratando-se de termo técnico específico para designar a competência de órgãos da jurisdição pública. Os árbitros, obviamente, não se encontram inseridos na organização judiciária estatal. Uma convenção de arbitragem, na realidade, não estabelece a competência dos árbitros para controvérsia alguma, mas sua jurisdição privada⁴⁸. Conclui-se, assim, que a regra em questão não representa óbice à arbitragem envolvendo o Estado.

Por fim, o terceiro fundamento que costuma ser suscitado como obstáculo para a submissão de controvérsias envolvendo o Estado diz respeito ao sigilo na arbitragem e à sua incompatibilidade com os princípios da transparência e da publicidade dos atos administrativos⁴⁹. Trata-se, porém, de um falso dilema. A lei brasileira, assim como a grande maioria das legislações

46 V. CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro *in* LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.), cit., p. 46. Uma demonstração inequívoca disso se encontra na Lei nº 8.987/95, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.196/05, na medida em que convivem, no mesmo diploma legislativo, as previsões legais de que o contrato de concessão preveja cláusula de eleição de foro (art. 23, XV) e convenção de arbitragem (art. 23-A), reforçando a possibilidade de harmonização entre tais disposições. A propósito, há precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reconhecendo a compatibilidade da cláusula de eleição de foro com a convenção de arbitragem. V. TJRJ, AC 2003.001.16786, 8ª Câmara Cível, rel. Des. Adriano Celso Guimarães, j. 9.3.2004, reproduzido e com comentários de Lauro da Gama e Souza Junior na *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, p. 246/250, jun./set. 2005.

47 V. CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo...*, cit., p. 48.

48 V. VALENÇA FILHO, Clávio. Validade e eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária *in* LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.), cit., p. 439/441 e ARMELIN, Donald. Medida cautelar incidental. Arbitragem em curso no exterior. Competência da justiça brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 3, p. 217, set./dez. 2004.

49 Esse foi outro fundamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento do caso Guggenheim, já referido anteriormente.

estrangeiras⁵⁰, é silente quanto à confidencialidade na arbitragem. Embora o sigilo seja uma característica comum à maioria dos litígios submetidos aos árbitros, as partes podem dele abrir mão sem qualquer dificuldade.

Assim, tratando-se de arbitragens envolvendo interesses estatais, a incidência dos princípios da transparência e da publicidade não permitirá o sigilo absoluto. Nesse caso, restam duas alternativas: ou as partes afastam completamente a confidencialidade do procedimento arbitral ou estipulam uma forma de sigilo parcial, em que se permite o acesso dos interessados ao conteúdo da decisão dos árbitros, preservando-se, porém, a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo na arbitragem e de todas as informações trazidas pelas partes cuja revelação possa causar dano ao particular que contratou com o Estado⁵¹. Em síntese, as partes sujeitas aos princípios da publicidade e da transparência informam o andamento e o resultado da arbitragem aos órgãos próprios de controle, sem que se tenha que abrir as audiências realizadas no processo arbitral a todo e qualquer cidadão.

Ainda que sem debater com a devida profundidade todos esses fundamentos, a jurisprudência dos tribunais pátrios, em sua maior parte, tem se manifestado nos últimos anos de forma favorável à arbitrabilidade de controvérsias envolvendo entes estatais, especialmente nas hipóteses em que delas participam empresas públicas ou sociedades de economia mista, submetidas, como já visto, ao regime jurídico próprio das empresas privadas por força de norma constitucional expressa⁵².

50 O sigilo costuma ser estabelecido, entretanto, nos regulamentos de arbitragem das instituições arbitrais brasileiras, como se verifica nos arts. 9.8 e 9.9 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá; arts. 61 e 62 do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem; art. 15.1 do Estatuto de Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio para o Brasil – São Paulo; art. 15.1 do Regulamento do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) e art. 12.1 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB).

51 Entre outros, v. CARMONA, Carlos Alberto, cit., p. 52; LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?, p. 20. Disponível em <http://www.cacb.org.br>, acessado em 20.5.2011; PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, jul./set. 2005, p. 35/36; KLEIN, Aline Lícia, cit., p. 102/204; SOUZA JR., Lauro da Gama e, cit., p. 156/159.

52 Um precedente sempre citado nesta matéria é o julgamento de Mandado de Segurança impetrado em face do Tribunal de Contas do Distrito Federal, em que se decidiu pela ilegalidade do ato oriundo da corte de contas que havia proibido a CAESB, sociedade de economia mista concessionária dos serviços de água e esgotos no Distrito Federal, de celebrar convenção de arbitragem. Afirmou-se que a exploração dos serviços de água e esgoto constitui atividade econômica empresarial. V. TJDFT, MS 1998002003099-9, Conselho Especial, rel. Des. Nancy Andrighi, j. 18.5.1999, DJ 18.8.1999. Outro precedente importante foi proferido no caso Compagás, em que a Companhia Paranaense de Gás (Compagás) havia celebrado contrato destinado à ampliação da rede de distribuição de gás que

Nada obstante, tal entendimento apenas ganhou maior consistência a partir de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Na primeira delas, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 612.439, decidiu a 2ª Turma do STJ que seria possível a arbitragem em contrato de aquisição de energia firmado entre uma sociedade de economia mista concessionária de distribuição de energia e uma empresa privada, geradora de energia elétrica, mesmo sem autorização legislativa específica. Enfatizou-se o fato de que as sociedades de economia mista estão submetidas ao regime próprio das empresas privadas e que a controvérsia versava sobre atividade econômica empresarial, estando eventual indisponibilidade restrita aos atos de império do Estado⁵³. A 2ª Turma do STJ proferiu, ainda, idêntica decisão no Recurso Especial nº 606.345, que tratava das mesmas questões discutidas no precedente anterior⁵⁴.

Na mesma época, outro importante caso foi apreciado pela 1ª Seção do STJ, que reúne os integrantes das 1ª e 2ª Turmas daquele tribunal, competente para a apreciação de matérias ligadas ao Direito Público. Por ocasião de Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática proferida pelo Min. Luiz Fux no Mandado de Segurança nº 11.308, impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, que havia ratificado a rescisão de contrato de arrendamento de terminal portuário celebrado pela Nuclep, uma sociedade de economia mista, com empresa privada.

No caso em questão, o contrato continha convenção de arbitragem e uma ação judicial intentada pela Nuclep já havia sido extinta anteriormente pelo Poder Judiciário, em razão justamente de tal convenção. Por conta disso, a Nuclep resolveu simplesmente rescindir o contrato, obtendo a ratificação junto ao Ministro da Ciência e Tecnologia. Em defesa do ato questionado na impetração, sustentou-se a ilegalidade da convenção de arbitragem por sociedade de economia mista, argumento este rejeitado pela 1ª Seção do STJ, em extenso acórdão no qual, trazendo à colação várias passagens doutrinárias, destacou-se a distinção entre o interesse público e o interesse da Administração, bem como o fato de tratar-se a Nuclep de uma sociedade de economia mista, submetida ao regime próprio das empresas privadas⁵⁵.

continha convenção de arbitragem. A Compagás ingressou com ação declaratória de nulidade da convenção de arbitragem por ilicitude do objeto, uma vez que, em seu entendimento, havia interesse público indisponível e, portanto, inarbitrável. O pedido da Compagás foi julgado improcedente, sendo a sentença integralmente confirmada pelo Tribunal, sob o fundamento de que o litígio em torno da adequação econômico-financeira do contrato versava sobre interesses econômicos e plenamente disponíveis. V. TAPR, AC 247.646-0, 7ª Câmara Cível, rel. Juiz Lauro Laertes de Oliveira, j. 11.2.2004.

53 V. STJ, REsp 612.439/RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005, DJ 14.9.2006.

54 V. STJ, REsp 606.345/RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.5.2007, DJ 8.6.2007.

55 V. STJ, AgRg no MS 11.308/DF, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.6.2006, DJ 14.8.2006.

Diante dessas decisões, pode-se afirmar, com certa tranquilidade, que se admite no Brasil a arbitragem sobre controvérsias envolvendo interesses econômico-financeiros das sociedades de economia mista. Existem ainda, entretanto, algumas importantes áreas cinzentas, que ainda não foram enfrentadas pela jurisprudência.

Em primeiro lugar, praticamente todos os precedentes favoráveis à arbitragem de litígios envolvendo entes estatais trataram de hipóteses em que a convenção arbitral foi celebrada por uma sociedade de economia mista. Não se tem, ainda, uma orientação bem definida para os casos em que estiverem em jogo interesses do próprio Estado ou de uma autarquia, entes em relação aos quais não se aplica a regra contida no art. 173, § 1º da Constituição da República. Ainda que a previsão específica de cabimento da via arbitral esteja contemplada em um número cada vez maior de leis, como já demonstrado ao longo do presente estudo, existem contratos que não estão abrangidos por nenhuma autorização legislativa específica para a submissão do litígio aos árbitros. Aguarda-se, assim, um pronunciamento claro dos tribunais pátrios sobre a questão, esperando que se consagre, também nestes casos, solução favorável à arbitragem.

Outra área cinzenta se refere às matérias objeto de regulamentação estatal. Até que ponto, por exemplo, os árbitros podem decidir uma controvérsia sobre o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato, quando este estiver intimamente ligado à fixação do valor das tarifas fixadas em atos regulatórios? É evidente que os árbitros não podem, por exemplo, determinar a natureza da corrente elétrica (se contínua ou alternada) para os consumidores⁵⁶, pois se trata de matéria em que o Estado atua com o seu poder de império. Mas quando um ato regulamentar estiver atrelado a uma questão estritamente econômico-financeira, até onde os árbitros poderiam decidir? Trata-se de questão para a qual sequer a doutrina chegou a um consenso mínimo⁵⁷ e cujo debate fugiria em muito aos limites estabelecidos para o presente estudo.

56 O exemplo foi retirado de clássica citação de BIELSA, Rafael. *Estudios de derecho publico*. Buenos Aires: Depalma, p. 290.

57 Compare-se, por exemplo, a abordagem restritiva apresentada por MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, p. 98, maio/ago. 2004 (*"As cláusulas regulamentares de contratos de concessão referem-se a atos de império e, por conseguinte, não são arbitráveis. Os atos de império configuram decisões privativas do Estado, que não podem ser apreciadas por um órgão arbitral, de natureza privada."*) com o entendimento ampliativo proposto por ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 27, p. 84, out./dez. 2010 (*"Se determinado marco regulatório setorial assim dispõe ou não é uma questão de mérito, não constituindo pressuposto ou preliminar para a decisão sobre a arbitribilidade, já que os árbitros de qualquer forma não estarão decidindo por afastar ou invalidar atos regulatórios, mas apenas de interpretá-los, já que a aplicabilidade e legalidade de tais atos é incontroversa, discutindo-se apenas se eles devem ser interpartes interpretados/aplicados como fixados de uma única possível tarifa...").*

É razoável concluir, de todo modo, que a tendência verificada no Brasil tem sido pela progressiva ampliação dos limites da arbitragem envolvendo o Estado⁵⁸.

4. Arbitragem e Direito do Trabalho

Se a arbitragem envolvendo interesses do Estado ainda apresenta algumas áreas cinzentas, em que pese a tendência observada nos últimos anos pela ampliação gradual de seus limites, ainda mais incerta é a evolução da arbitralidade objetiva no campo do Direito do Trabalho individual. Afaste-se, para fins de exposição no presente item, a arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho coletivo, que está consagrada de forma expressa no art. 114, §§ 1º e 2º da Constituição da República e cuja admissibilidade não pode ser questionada no Brasil, até porque tal previsão já constava no texto original, sendo obra do próprio constituinte originário.

Para uma parcela da doutrina, sobretudo entre os autores do Direito do Trabalho, os litígios entre empregado e empregador não podem ser submetidos à arbitragem, pois os direitos em discussão são indisponíveis, por força das regras contidas nos arts. 9º, 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em outras palavras, os direitos trabalhistas, de uma forma geral, estão fora do âmbito da disponibilidade referido no art. 1º da Lei nº 9.307/96. Além disso, os empregados se encontram em uma situação de vulnerabilidade, havendo o receio de que o empregador lhes imponha a celebração de uma convenção de arbitragem para se esquivar da tutela dos direitos dos trabalhadores pelo Judiciário, frustrando a aplicação de normas de ordem pública⁵⁹.

Tal concepção, porém, mostra-se equivocada, partindo de premissas generalistas e que nem sempre estarão presentes no caso concreto.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que os direitos trabalhistas, em geral, não são absolutamente indisponíveis. Embora a CLT estabeleça a sua irrenunciabilidade pelo empregado, seus efeitos ou consequências de ordem

58 Tendência esta, aliás, também verificada já há algumas décadas em outros países, mesmo naqueles em que se vislumbra certo prestígio a teorias publicistas no Direito Administrativo, como na França. Sobre a evolução observada naquele país em termos de arbitralidade objetiva e Estado, entre outros, v. DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 15 ed. Paris: LGDJ, 1999, tomo 1, p. 391/393.

59 V., nesse sentido, GIGLIO, Wagner D. *A arbitragem e os contratos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1990, p. 74; ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem – Uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35.

patrimonial são suscetíveis de apreciação econômica e plenamente disponíveis. Quando um empregado postula, por exemplo, o recebimento de determinada verba que não lhe foi paga ou indenização pelo descumprimento de norma da CLT, não se está decidindo o direito trabalhista em si mesmo, mas sua repercussão patrimonial e a quantificação do valor efetivamente devido ao trabalhador, sendo esse interesse francamente disponível⁶⁰.

Trata-se, guardadas as devidas proporções, de fenômeno bastante semelhante ao que ocorre com os direitos da personalidade em geral. Ainda que os direitos à vida, à liberdade, ao nome, à honra ou à intimidade sejam indisponíveis em si mesmos, sendo considerados atributos essenciais ao ser humano, uma eventual indenização por danos morais em decorrência de sua violação constitui direito plenamente disponível, sendo admitida a sua apreciação pela via arbitral.

A própria legislação trabalhista deixa transparecer que existem áreas de efetiva disponibilidade dos direitos do trabalhador. Nesse sentido, por exemplo, sem prejuízo das previsões específicas de arbitragem no campo do Direito do Trabalho coletivo, que serão oportunamente examinadas nesse estudo, cumpre ressaltar que o art. 23 da Lei nº 8.630/93 admite expressamente a arbitragem nos dissídios individuais do trabalho nos portos. Além disso, o art. 83, XI da Lei Complementar nº 75/93 também permite que o Ministério Público do Trabalho atue como árbitro nos litígios de competência da Justiça do Trabalho, sem distinguir os casos de dissídio individual ou coletivo⁶¹.

Um exame das diversas normas da CLT também conduz a idêntica conclusão sobre a matéria. Nesse sentido, ainda que não haja na Consolidação trabalhista nenhuma norma específica sobre a arbitragem nos dissídios individuais⁶², é notável o estímulo que a CLT confere à conciliação, especialmente em seus arts. 764, 831 e 846. Além disso, o legislador ainda

60 V. PEREIRA, Ana Lúcia. Considerações sobre a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 23, p. 94, out./dez. 2009.

61 Sustentando que esta é a autorização legal para a arbitragem nos dissídios individuais, v. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 64/65. V. tb. PEREIRA, Ana Lúcia, cit., p. 92.

62 Há quem sustente que o art. 764, § 2º da CLT, ao se referir à conversão do juízo conciliatório em juízo arbitral na hipótese de não haver acordo, estaria autorizando a arbitragem nos dissídios individuais. Nesse sentido, v. PEREIRA, Ana Lúcia, cit., p. 96. Não concordamos, porém, com este entendimento, uma vez que, evidentemente, a Vara do Trabalho não se transforma em juízo arbitral. A arbitragem é privada e não pública. Há que se lembrar que a CLT foi editada em época na qual a Justiça do Trabalho ainda não era considerada parte integrante do Poder Judiciário, o que só aconteceria a partir da Constituição de 1946, de modo que, na época em que a CLT entrou em vigor, suas decisões se aproximavam mais de uma espécie extravagante de laudo arbitral que de uma decisão judicial. Sobre o tema, v. PACHECO, Iara Alves Cordeiro. *Os direitos trabalhistas e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 2003, p. 17; MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 806.

instituiu as chamadas Comissões de Conciliação Prévia, mais uma vez incentivando a solução consensual dos dissídios individuais. Tanto em um caso como no outro, a conciliação, obviamente, pressupõe certa margem de disponibilidade dos direitos do trabalhador, abrindo caminho também para a arbitragem⁶³.

A transação, aliás, é realidade frequente nas Varas do Trabalho pelo país inteiro, a evidenciar que nem todos os direitos do empregado são indisponíveis.

Há que se destacar, por outro lado, que há pelo menos uma previsão específica na CLT (art. 853), em que se exige a solução exclusivamente pela via judicial. Trata-se da hipótese de apuração de falta grave por dirigente sindical detentor de estabilidade. Alguém poderia interpretar, *a contrario sensu*, que todos os demais casos admitem a solução pela via arbitral, já que em relação a esses, a CLT não estabeleceu a mesma restrição⁶⁴. Nada obstante, tal raciocínio não basta para resolver a questão.

É preciso admitir, com efeito, que existem áreas do Direito do Trabalho que não são suscetíveis, mesmo em tese, de solução pela via arbitral. Isso porque tais matérias não são apreciáveis economicamente e, portanto, não apresentam o caráter patrimonial exigido pelo art. 1º da Lei nº 9.307/96. Questões atinentes à segurança e à medicina do trabalho, por exemplo, não podem ser submetidas à arbitragem, muito embora eventuais danos ocasionados pelo descumprimento de normas protetivas nessas áreas possam ser apreciados em pecúnia e, portanto, submetidos a um árbitro⁶⁵. Vale dizer: o empregado não pode abrir mão, por exemplo, do direito de utilizar um Equipamento de Proteção Individual (EPI) se o seu trabalho assim exigir, mas eventual indenização decorrente da falta de cumprimento a tal norma configura interesse disponível.

A extrapatrimonialidade, entretanto, é a exceção não somente no ordenamento jurídico de uma forma geral, mas também no âmbito das relações de emprego.

Na realidade, o que se observa é que também no Direito do Trabalho os autores ainda não chegaram a um consenso acerca da melhor definição para

63 V., entre outros, BORGES, Daniza Rosário; TORRES, Daniela Leal. A arbitragem trabalhista *in* BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Ferreira Monique de (Coord.). *MESCs - Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217; GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 81/82; PEREIRA, Ana Lúcia, cit., p. 95.

64 V. CARAJELESOV, Paula Corina Santone. *Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 117/118.

65 V., nesse sentido, BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 256.

a disponibilidade de um direito. Embora se tenha consolidado o entendimento, entre aqueles que admitem a arbitragem nos dissídios individuais, de que nem todos os direitos dos empregados são indisponíveis, há ainda muita dificuldade em se definir de forma precisa no que consiste a disponibilidade e quais os seus limites nas relações individuais de trabalho. Assim, ora é enfatizada a realidade corriqueira dos acordos e conciliações nas Varas de Trabalho, ora se destaca que até a Constituição flexibiliza alguns direitos outrora considerados essenciais, admitindo, em determinadas condições, a redução de salários (art. 7º, VI) e a alteração, modificação ou compensação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII)⁶⁶.

Em um esforço para melhor delimitar o âmbito da disponibilidade no Direito do Trabalho, parte da doutrina sustenta haver diferenciação fundamental entre os conceitos de irrenunciabilidade e indisponibilidade⁶⁷. Sustentam tais autores que toda norma trabalhista seria irrenunciável e de ordem pública, pois não pode o empregado renunciar ao direito, que o Estado lhe garante, de ter as mínimas condições de trabalho. Isso não significa que tais direitos sejam indisponíveis, no sentido de ser inviável sua transação, até porque a legislação trabalhista dispõe em sentido diverso. Assim, seria admissível a arbitragem dentro dos limites de disponibilidade desses direitos.

A distinção entre irrenunciabilidade e indisponibilidade é um ponto de partida interessante, mas precisa ser depurada. Cumpre dizer: trata-se de assunto em relação ao qual a doutrina especializada na arbitragem vem enfrentando há alguns anos, mas com outra denominação, qual seja: disponibilidade *versus* ordem pública.

A bem da verdade, a existência de certa disponibilidade dos direitos trabalhistas parece algo inquestionável. Ressalvados aqueles direitos que não possuem nítido caráter econômico-patrimonial (como os relativos, por exemplo, à segurança e à medicina do trabalho) praticamente todos os interesses do trabalhador são suscetíveis de apreciação pecuniária e podem, uma vez adquiridos, ser objeto de transação. Se o trabalhador não pode renunciar a eles, não é exatamente porque se tratam de direitos indisponíveis, mas porque as normas protetivas de Direito do Trabalho são consideradas de ordem pública e não podem ser afastadas pela vontade das partes.

66 V. CARAJELES COV, Paula Corina Santone, cit., p. 108/109. V. tb. GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação...* cit., p. 83/84.

67 V. YOSHIDA, Marcio. *Arbitragem trabalhista - Um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais*. São Paulo: LTr, 2006, p. 84; PEREIRA, Ana Lúcia, cit., p. 95. Em sentido contrário, no entanto, refletindo a confusão conceitual também no Direito do Trabalho, v. CORDOVIL, Paulo André de França. Nova lei de arbitragem sob a óptica do processo individual do trabalho. *Revista LTr*, v. 61, n. 5, p. 651, 1997 (sustentando que o que é indisponível é irrenunciável e intransigível).

Ocorre que a irrenunciabilidade dos direitos do empregado (ou melhor, aplicação de normas de ordem pública) não acarreta necessariamente a sua indisponibilidade. Fora do Direito do Trabalho, já se pacificou o entendimento que a mera incidência de normas de ordem pública não afasta a arbitrabilidade de um direito⁶⁸. Aos árbitros não é vedado conhecer de controvérsias que envolvam a incidência de normas consideradas de ordem pública, mas apenas que tenham por objeto direito indisponível. O que os árbitros não podem fazer, nesse caso, é violar normas de ordem pública na apreciação do litígio, mas essa revisão sobre a arbitragem somente ocorre *a posteriori* e eventualmente, em caso de propositura da ação anulatória de sentença arbitral, não se devendo antecipar essa revisão eventual para momento anterior, no exame da arbitrabilidade. A incidência de normas de ordem pública, que não podem ser afastadas por vontade das partes, impede a arbitragem por equidade, mas não a submissão do litígio à via arbitral.

Assim, a melhor solução aqui consiste em considerar os direitos do empregado, em regra, disponíveis. Não se questiona que há direitos irrenunciáveis do trabalhador, mas a simples incidência de normas de ordem pública, assim como em outras áreas do ordenamento jurídico⁶⁹, não é capaz, por si só, de impedir a arbitragem de dissídios individuais. Afastam-se, dessa forma, dois argumentos comumente suscitados contra a arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho individual.

Cumprе destacar, entretanto, que a arbitragem, para funcionar de forma legítima e minimamente adequada, depende da livre manifestação de vontade das partes. Por ocasião da contratação e no curso da relação de emprego, em regra, o empregado estará em uma situação vulnerável, sendo preocupante admitir-se a arbitragem nesse momento. O contrato de trabalho, na maioria dos casos, configura típico contrato de adesão, de tal modo que o trabalhador estará disposto a assinar qualquer instrumento, sem discutir as suas condições

68 Entre outros, MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos...*, cit., p. 4; LEE, João Bosco, cit., p. 351 e, mais amplamente, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no Direito Processual Civil*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 22/27; GONÇALVES, Eduardo Damião, cit., p. 162/166 (afirmando que “a noção de ordem pública é considerada inadequada para a definição de arbitrabilidade por toda a doutrina”) e ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 138/141 (ênfatizando que apenas em um sentido muito largo e geral, jamais em sentido técnico-jurídico, pode-se atribuir à ordem pública a razão da indisponibilidade que grava certos direitos).

69 Afirma-se, por exemplo, a incidência de normas de ordem pública protetivas em favor do representante comercial. Nem por isso os tribunais brasileiros afastaram a arbitrabilidade de contratos de representação comercial, como se verifica, entre outros, em sentença proferida pela 6ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, processo nº 02.006313-0 e publicada na *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 22, out./dez. 2003, p. 430/433. A mesma conclusão pode ser aplicada às arbitragens no Direito do Trabalho, ressalvadas as peculiaridades expostas no texto.

e até mesmo sem perguntar do que se trata⁷⁰. Além disso, mesmo após a contratação e durante a relação de emprego, o trabalhador geralmente estará submetido a um vínculo de dependência econômica de seu empregador, havendo o receio de que este se aproveite da situação para impor a solução pela arbitragem.

Por isso, inúmeros autores têm sustentado que a arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho somente seria admitida após o encerramento do vínculo trabalhista, com a celebração do compromisso arbitral, hipótese em que o conflito já estaria perfeitamente delimitado. Nesse momento, qualquer pretensão do empregado terá natureza pecuniária (inclusive eventual indenização, por exemplo, decorrente de descumprimento às normas de segurança e de medicina do trabalho ou de eventual dano moral) e ele já estará livre do vínculo de dependência que mantinha com seu antigo empregador, não havendo mais receio de que a sua manifestação de vontade esteja viciada⁷¹.

Nada obstante, embora essa seja a regra geral, é preciso considerar que nem todo empregado estará necessariamente nessa situação. Em alguns postos de trabalho, em que se exige formação mais especializada ou qualidades específicas de um certo trabalhador, como ocorre com executivos e diretores de sociedade, com elevada remuneração e uma grande margem de autonomia e poder, o vínculo de dependência econômica em relação ao seu empregador pode estar bastante enfraquecido ou mesmo inexistir. O empregado, nessas circunstâncias, terá a possibilidade de discutir as condições de sua contratação, afastando a disciplina típica dos contratos de adesão. Nessas hipóteses, ainda que pouco comuns no mercado de trabalho em geral, parece

70 Nesse sentido, sustentando que o contrato de trabalho configura um contrato de adesão, PEREIRA, Ana Lúcia, cit., p. 97.

71 Nesse sentido, entre muitos outros, v. SCAVONE JR., Luiz Antonio, cit., p. 41; PEREIRA, Ana Lúcia, cit., p. 97/98; BORGES, Daniza Rosário; TORRES, Daniela Leal, cit., p. 216/217; MELO, Raimundo Simão de. A arbitragem como mais uma alternativa à solução de conflitos trabalhistas, *Trabalho e Doutrina: processo e jurisprudência*, n. 14, p. 132/133, 1997; FIGUEIRA JR., Joel Dias, cit., p. 181/182. Trata-se, em certa medida, de raciocínio semelhante ao que vem sendo feito pela doutrina francesa para admitir a arbitragem trabalhista em dissídios individuais naquele país. V., nesse sentido, JARROSSON, Charles, cit., p. 175 e ss. Há autores que sugerem ainda, para viabilizar a arbitragem trabalhista mediante cláusula compromissória, que tal opção no contrato de trabalho esteja amparada em prévio acordo ou convenção coletiva, caso em que a fiscalização e interveniência dos sindicatos profissionais poderia assegurar a livre manifestação de vontade do empregado e a lisura na escolha dos árbitros. V. YOSHIDA, Márcio. A arbitrabilidade dos direitos trabalhistas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 0, p. 181, 2003; PASTORE, José. Arbitragem trabalhista. *Revista Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária*, n. 157, p. 151/152, 2002.

perfeitamente admissível a arbitragem fundada em simples cláusula compromissória⁷².

Resumindo, assim, a disciplina que se entende mais adequada para a arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais é a seguinte: (i) em regra, ela deverá ser instaurada com base em compromisso arbitral, celebrado após o término da relação de emprego; (ii) a arbitragem fundada em cláusula compromissória no contrato de trabalho somente será admitida em duas hipóteses: ou o empregado terá tomado a iniciativa de se dirigir à arbitragem amparado nesta cláusula, que apenas vinculava o empregador, mas não o trabalhador que preferisse submeter o litígio ao Poder Judiciário⁷³; ou, no caso concreto, o empregado estará excepcionalmente em situação de igualdade em relação a seu empregador, encontrando-se capacitado a discutir as condições de seu contrato e presumindo-se, assim, a validade de sua manifestação de vontade. Apenas uma análise casuística poderá verificar se tal hipótese excepcional está presente.

A verdade é que, além da consolidação apenas recente da arbitragem no Brasil, de uma certa antipatia da doutrina juslaboralista com relação ao instituto e das enormes dificuldades de definição dos conceitos de disponibilidade, irrenunciabilidade e normas de ordem pública, outro fenômeno contribuiu, infelizmente, para que a arbitragem nos dissídios individuais ainda encontre bastante resistência: as “arbitragens trabalhistas simuladas”.

A transação, no Direito do Trabalho, possui disciplina específica, de modo que a quitação abrange apenas as verbas expressamente contempladas no

72 V. CARMONA, Carlos Alberto, cit., p. 43 (embora não apresentando de forma específica o exemplo contido no texto); ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Mediação e Arbitragem*. Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho, *Trabalho e Doutrina: processo e jurisprudência*, n. 14, p. 79, 1997. Contra, porém, afastando a possibilidade de arbitragem trabalhista amparada em cláusula compromissória, mesmo nos casos em que o trabalhador se encontra em posição de igualdade com seu empregador, mas sem apresentar fundamentos para isso, CARAJELESOV, Paula Corina Santone, cit., p. 121.

73 Com efeito, se o próprio empregado optar pela arbitragem, de livre e espontânea vontade, mesmo não estando vinculado pela cláusula compromissória, não haverá motivo para impedir a submissão do litígio ao árbitro. Aplica-se ao Direito do Trabalho, por analogia, a mesma disciplina do art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual eventual previsão de cláusula compromissória nos contratos de consumo vinculará apenas o fornecedor, mas não o consumidor. Entende-se, no particular, que a regra do art. 4º, § 2º da Lei nº 9.307/96 não revogou a norma consumerista em questão, uma vez que nem todo contrato de consumo é de adesão e vice-versa. A única restrição para fins de admitir-se a arbitragem, evidentemente, é que se trate de direito disponível, na forma exposta anteriormente no texto.

instrumento⁷⁴. As parcelas que não constarem no documento, mesmo em caso de transação, poderão ser pleiteadas em juízo. Ocorre que, para evitar tal hipótese, engendrou-se a seguinte situação: o empregado ingressa com arbitragem simulada em face de seu empregador e, pouco tempo depois, as partes celebram uma transação, a ser homologada pelo árbitro, com o objetivo de que se alcançasse a força da coisa julgada, ainda que pela via arbitral. Impedia-se, assim, que uma reclamação trabalhista fosse ajuizada no futuro.

Não demorou muito tempo até que esse procedimento fosse questionado por alguns empregados descontentes e até mesmo pelo Ministério Público do Trabalho, que, em diversas ocasiões, impôs a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta com empresas e instituições arbitrais para que dissídios trabalhistas individuais não fossem submetidos à via arbitral⁷⁵. Assim, em uma época em que a arbitragem ainda não estava consolidada no país e não havia se delimitado claramente o âmbito da arbitrabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, passava-se a impressão de inadequação do instituto, em termos gerais e irrestritos, para o Direito do Trabalho individual.

Não surpreende, assim, que até os dias de hoje a arbitragem nas controvérsias individuais encontre bastante resistência na Justiça do Trabalho. No Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, nada menos que seis das oito Turmas possuem precedentes considerando os dissídios individuais inarbitráveis de uma forma geral⁷⁶. Uma turma possui julgados nos dois sentidos, evidenciando que a matéria ainda não se pacificou naquele órgão

74 Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 330 do Tribunal Superior do Trabalho: *"A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo. (...)".*

75 V., entre outros exemplos, notícia em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/932530/mpt-obtem-de-tribunal-de-arbitragem-compromisso-de-nao-atuar-em-questao-trabalhista-de-natureza-individual>. V. tb. http://www.correioforense.com.br/noticia_pdf/id/26920/titulo/Tribunal_arbitral_frauda_homologacoes_e_paga_multa.html (acessadas em 26.5.2011).

76 Assim já decidiram as 1ª, 2ª, 3ª, 5ª, 6ª e 8ª Turmas: TST, RR 2881800-46.2002.5.02.0902, 1ª Turma, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, j. 18/8/2010, 1ª Turma, DJ 27/8/2010; RR, 117600-08.2004.5.04.0732, 2ª Turma, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, j. 16/2/2011, DJ 25/2/2011; RR 1020031-15.2010.5.05.0000, 3ª Turma, rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 23/3/2011, DJ 1/4/2011; AIRR, 4692-17.2010.5.02.0000, 5ª Turma, rel. Min. Emmanoel Pereira, j. 30/03/2011, DJ 8/4/2011; RR 192700-74.2007.5.02.0002, 6ª Turma, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 19/5/2010, DJ 28/5/2010; RR 61000-04.2006.5.15.0016, 8ª Turma, rel. Min. Dora Maria da Costa, j. 23/3/2011, DJ 25/3/2011.

fracionário⁷⁷. E apenas a 4ª Turma do TST tem orientação mais favorável à arbitragem trabalhista nos litígios individuais⁷⁸.

A validade das sentenças arbitrais, entretanto, tem sido reconhecida pela Justiça Federal e até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça em demandas ajuizadas por ex-empregados para fins de liberação do FGTS após o encerramento da arbitragem que reconhecer o fim da relação de trabalho⁷⁹. Prevalece o entendimento de que eventual indisponibilidade apenas pode ser reconhecida em favor do empregado, não podendo ser invocada em seu prejuízo para impedir a liberação do FGTS.

Tal constatação apenas reforça a ideia de que não há que se falar em uma geral e irrestrita indisponibilidade de direitos trabalhistas. As decisões judiciais que determinam a liberação do FGTS estão absolutamente corretas e eventual incompatibilidade da via arbitral com os direitos trabalhistas deve ser analisada caso a caso, tendo em vista, entre outros fatores, se houve livre manifestação do empregado em afastar o acesso ao Poder Judiciário e submeter a controvérsia à arbitragem.

De todo modo, tendo em vista especialmente a resistência da Justiça do Trabalho em relação à arbitragem de dissídios individuais, é ainda bastante incerta a evolução do instituto nessa matéria, muito embora seja razoável pressupor que, em algum momento, haverá espaço para uma maior relativização da tese generalista da indisponibilidade de direitos trabalhistas.

77 Compare, por exemplo, Ag-RR 264000-55.2007.5.12.0055, 7ª Turma, rel. Min. Pedro Paulo Manus, j. 2/2/2011, DJ 11/3/2011 (não admitindo a solução pela via arbitral) com AIRR 147500-16.2000.5.05.0193, 7ª Turma, rel. Min. Pedro Paulo Manus, j. 15/10/2008, DJ 17/10/2008 (afirmando que a garantia da universalidade da jurisdição não se incompatibiliza com o compromisso arbitral) e AIRR 254740-37.2002.5.02.0077, 7ª Turma, rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 18/12/2007, DJ 8/2/2008 (afirmando que a arbitragem é, em tese, compatível com o Direito do Trabalho, embora afastando a quitação do extinto contrato de trabalho porque as instâncias ordinárias reputaram não ter havido livre manifestação de vontade do empregado).

78 Esta tendência se iniciou com decisão proferida em RR 165000-41.1999.5.15.0003, 4ª Turma, rel. Juiz Conv. Maria Doralice Novaes, j. 14/9/2005, DJ 30/9/2005 (afirmando que a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas seria válida apenas no momento da contratação ou na vigência do contrato de trabalho, mas não após seu término) e continuou nos seguintes julgados: RR 179900-66.2004.5.05.0024, 4ª Turma, rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, j. 3/6/2009, DJ 19/6/2009; RR 144300-80.2005.5.02.0040, 4ª Turma, rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, j. 15/12/2010, DJ 4/2/2011 e AIRR 170640-65.2003.5.05.0002, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Eizo Ono, j. 24/3/2010, DJ 9/4/2010.

79 V., nesse sentido, STJ, REsp 867.961/RJ, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12/12/2006, DJ 7/2/2007; REsp 860.549/BA, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 21/11/2006, DJ 6/12/2006; REsp 777.906/BA, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 18/10/2005, DJ 14/11/2005; REsp 778.154/BA, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 11/10/2005, DJ 24/10/2005; AgRg no REsp 706.913/BA, 2ª Turma, j. 4/8/2005, DJ 10/11/2006; AgRg no REsp 638.150/BA, 1ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, j. 19/4/2005, DJ 9/5/2005.

5. Considerações finais

Os exemplos da arbitragem envolvendo interesses de entes estatais e direitos dos trabalhadores demonstra que a tendência observada nos últimos anos no Brasil, assim como em outros países, tem sido a progressiva ampliação dos limites da arbitrabilidade objetiva, sem prejuízo de existirem pontuais retrocessos e ainda muitas incertezas nas chamadas matérias sensíveis, já referidas no início do presente estudo. Além dos dois exemplos destacados nos itens anteriores, a doutrina nacional tem também discutido o espaço da arbitragem em outras matérias, como no Direito Falimentar⁸⁰ e até no Direito Tributário⁸¹, embora ainda seja cedo para apontar conclusões definitivas.

80 Nesse sentido, sobre as discussões atinentes à possibilidade de celebração de convenção de arbitragem em plano de recuperação judicial, v. RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos Jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro *in* LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.), cit., p. 351/371 (afirmando que o espaço para a arbitragem neste campo é bem reduzido, não sendo possível a inclusão, no plano de recuperação judicial, de convenção de arbitragem); PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 7, p. 79/100, out./dez. 2005 (sustentando que a convenção de arbitragem somente vincularia os credores que aprovaram a sua inclusão no plano, ainda que de forma tácita, dada a sua autonomia em relação às demais disposições do plano, que vinculariam a todos, ainda que tenham votado pela rejeição do plano de recuperação); GUERRERO, Luis Fernando, cit., p. 75/79 e GONÇALVES, Eduardo Damião, cit., p. 206/207 (ambos concordando com José Emílio Nunes Pinto que o plano de recuperação judicial pode prever a convenção de arbitragem, mas sem enfrentarem a questão específica dos credores que não votaram pela sua aprovação); MACEDO, Alberto. Arbitragem e recuperação de empresas *in* JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil - Aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 26/44 e BRAGA, Rodrigo Bernardes, cit., p. 286/290 (sustentando que até os credores que votaram pela rejeição do plano devem ficar vinculados à cláusula compromissória, sob pena de frustrar os objetivos da lei de recuperação de empresas e abrir espaço para comportamentos oportunistas). V. tb., tratando das relações entre Direito Falimentar e arbitragem, ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 13, p. 16/29, abr./jun. 2007.

81 O tema é ainda bastante novo e não há muitos trabalhos na doutrina brasileira sobre o assunto. De todo modo, entre outros, v. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A solução de controvérsias fiscais por meio da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 22, p. 94/118, jul./set. 2009 (sustentando, em síntese, que bastaria a lei atribuir a força de coisa julgada às decisões do Conselho de Contribuintes, até mesmo se proferidas contra o contribuinte, para que este assumisse o caráter de um modelo similar à arbitragem, em que o particular poderia optar entre submeter seu litígio ao Poder Judiciário ou ao Conselho); TORRES, Heleno Taveira. Arbitragem e transação em matéria tributária *in* JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), cit., p. 176/197 (defendendo a edição de lei complementar destinada a viabilizar a solução de conflitos em matéria tributária pela arbitragem) e SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A arbitragem na área tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 67, p. 40/49, mar./abr. 2006 (sustentando, da mesma forma, a edição de lei para disciplinar a arbitragem na cobrança de tributos).

A evolução da arbitralidade objetiva no país cria, assim, as condições para que se possa discutir a viabilidade da arbitragem em outras áreas ainda inexploradas.

Assim, apenas a título de exemplo, a arbitragem envolvendo direitos coletivos constitui tema complexo e ainda muito pouco explorado, não apenas no Brasil, como no mundo inteiro. Não é possível, porém, ignorar a existência do instituto no ordenamento jurídico nacional, visto que ele se encontra contemplado na Constituição. Nesse sentido, estabelece o art. 114, § 1º da Carta Política que os dissídios trabalhistas coletivos podem ser resolvidos por árbitros. Embora praticamente não se utilize a via arbitral para a resolução de dissídios coletivos no Direito do Trabalho, não se pode deixar de levar em conta a previsão constitucional para concluir que, pelo menos em tese, deveria existir algum espaço para ser ocupado pela arbitragem coletiva no Brasil.

Com efeito, não faria nenhum sentido que em relação justamente aos direitos dos trabalhadores, em que ainda se vislumbra forte resistência quanto à sua disponibilidade no âmbito individual, seja admitida a arbitragem coletiva pela própria Constituição sem qualquer discussão. Ao passo que em relação a todos os outros direitos – muitos deles com feição nitidamente patrimonial e disponível – seja simplesmente afastada qualquer possibilidade, mesmo em tese, de arbitragem coletiva. Não parece viável, assim, que se resolva a questão recorrendo de forma indiscriminada à indisponibilidade dos direitos coletivos⁸².

Por outro lado, se a legislação brasileira admite uma forma específica de transação em matéria de direitos coletivos em geral através do Compromisso de Ajustamento de Conduta, ainda que limitada a aspectos periféricos atinentes ao modo, lugar e tempo do cumprimento de obrigações impostas ao réu, não se poderia descartar que também a arbitragem recaísse sobre esses estritos limites de disponibilidade. De um lado, estaria a indisponibilidade da obrigação em si mesma, insuscetível de transação, sem prejuízo da disponibilidade sobre as condições de cumprimento⁸³. De todo modo, trata-se

82 Existe um número muito reduzido de escritos no Brasil sobre o tema. De todo modo, entre outros, ainda que apresentando apenas considerações introdutórias a respeito de um tema ainda inexplorado, v. ALVES, Rafael Francisco. *A arbitragem no Direito Ambiental: a questão da disponibilidade de direitos* in SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006, p. 199/221; GONÇALVES, Eduardo Damião. *O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos* in LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.), cit., p. 148/160.

83 V. GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitralidade objetiva...* cit., p. 196; GONÇALVES, Eduardo Damião. *O papel da arbitragem...* cit., p. 154/155 e BRAGA, Rodrigo Bernardes, cit., p. 277/278. Contra, porém, sustentando que tal distinção seria artificial, não havendo como separar a disposição do direito e a disposição sobre as condições de cumprimento do dever correlato, não sendo viável a arbitragem coletiva, nem mesmo dentro desses limites estritos, ALVES, Rafael Francisco, *A arbitragem...*, cit., p. 204/205.

de tema bastante complexo, que ainda deve ser melhor discutido antes que se possa avançar na matéria.

As reflexões apresentadas nesse estudo podem servir como um ponto de partida para discussões aprofundadas, a fim de que seja investigado o real espaço da arbitragem no ordenamento pátrio, contribuindo, desse modo, para incrementar o acesso à justiça no Brasil, que não necessariamente se realiza através do Poder Judiciário.

6. Referências bibliográficas

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional – Questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALVES, Rafael Francisco. A arbitragem no Direito Ambiental: a questão da disponibilidade de direitos *in* SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006, p. 199/221.

_____. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no Direito Processual Civil*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 27, out./dez. 2010.

ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 13, abr./jun. 2007.

_____. Medida cautelar incidental. Arbitragem em curso no exterior. Competência da justiça brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 3, set./dez. 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez *in* *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. II.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, n. 241, jul./set. 2005

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v. 1.

BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009.

BORGES, Daniza Rosário; TORRES, Daniela Leal. A arbitragem trabalhista in BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Ferreira Monique de (Coord.). *MESCs – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRANCHER, Paulo. Soluções de controvérsias e as Agências Reguladoras, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 1, jan./mar. 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARAJELESOV, Paula Corina Santone. *Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2010.

CARBONNEAU, Thomas E.; JANSON, François, Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 2, 1994.

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

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CORDOVIL, Paulo André de França. Nova lei de arbitragem sob a óptica do processo individual do trabalho. *Revista LTr*, v. 61, n. 5, 1997.

CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. Direitos patrimoniais disponíveis – Conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes in BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coord.), *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. 2 ed. Campinas: Millennium, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, 1996.

DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 15 ed. Paris: LGDJ, 1999, tomo 1.

FIGUEIRA JR., Joel Dias, *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 12, abr./jun. 2001.

_____. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIGLIO, Wagner D. *A arbitragem e os contratos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1990. ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem – Uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, 2000.

GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, p. 62, maio/ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 26, nov./dez. 2003.

GUERRERO, Luis Fernando, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JARROSSON, Charles. La notion d'arbitrabilité. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 0, 2003.

JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.), *Arbitragem no Brasil – Aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, n. 8, abr./jun. 2000.

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

_____. Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?, Disponível em <http://www.cacb.org.br>.

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.), *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

MALINTOPPI, Loreta. La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de estado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, maio/ago. 2004.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública in LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade – Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito Processual do Trabalho*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Raimundo Simão de. A arbitragem como mais uma alternativa à solução de conflitos trabalhistas, *Trabalho e Doutrina: processo e jurisprudência*, n. 14, 1997.

MENEZELLO, Maria D'Assunção C. O conciliador/mediador e o árbitro dos contratos administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 12, dez. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 209, jul./set. 1997.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, maio/ago. 2004.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. *Os direitos trabalhistas e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 2003.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

PASTORE, José. Arbitragem trabalhista. *Revista Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária*, n. 157, 2002.

PEREIRA, Ana Lúcia. Considerações sobre a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 23, out./dez. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 7, out./dez. 2005

_____. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, jul./set. 2005.

contratos: uma interpretação do art. 1º da Lei 9.307/96 in *Lei de Arbitragem Brasileira – Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Mediação e Arbitragem. Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho, Trabalho e Doutrina: processo e jurisprudência*, n. 14, 1997.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A solução de controvérsias fiscais por meio da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 22, jul./set. 2009.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A arbitragem na área tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 67, p. 40/49, mar./abr. 2006.

SOUZA JR., Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado in PANTOJA, Teresa Cristina G. (Coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3.

TALAMINI, Eduardo. Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 5, abr./jun. 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa H.; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II.

WALD, Arnaldo. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 23, out./dez. 2009.

_____. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

YOSHIDA, Márcio. A arbitrabilidade dos direitos trabalhistas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 0, 2003.

Uma rápida observação na linha das nulidades existentes no Brasil – tanto a nível das ações doutrinárias quanto a nível aplicado pelas instituições – faz o observador constatar, inicialmente, verificar um abandono crítico à que é fundamentado pela pena dos doutores e o que reverbera na prática do Judiciário, sobretudo nos Tribunais Superiores.

Sem embargo, enquanto as professoras que trabalham, de forma praxista, nos Tribunais, vê-se uma enorme quantidade de decisões dando suporte à validade das formalidades, pronunciando nulidades e nulidades, por vezes sem critérios seguros e baseadas em fórmulas vagas e vagas, mais ou menos retóricas.

É o problema e as consequências práticas visíveis no processo civil. Não se trata de tanta invalidade nos procedimentos criminais. São, em geral, aplicadas as formalidades da forma do processo penal, juntamente à validade do processo onde as formalidades não foram tão rigorosamente seguidas. Os argumentos dos juízes, advogados, defensores e membros do MP que dizem no caso original, se comparado com a validade dos processos aplicados no caso civil? Dizerem que não.

Talvez as progressivas e constantes indefinições e rupturas do tipo sejam fruto da própria flexibilização preferencial das nulidades no âmbito criminal, numa compreensão equivocada das nulidades e das invalidades, e do que de se trata não adequadamente, sobretudo de nulidades relativas, muitas vezes.

1. Professor Adjunto de Direito Processual Civil do Instituto de Direito do Rio de Janeiro (IDRJ), Doutor em Direito Processual pelo UFRJ e pela Universidade de Coimbra. Assessor Jurídico Especializado (Procurador) do Ministério Público do Rio de Janeiro pelo UFRJ. Pós-doutorado pela Universidade de Paris I (Sorbonne - Université), Doutorado em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Mestrado em Direito Processual e da Associação Brasileira de Direito Processual (Associação Brasileira de Direito Processual) e da Associação Brasileira de Direito Processual (Associação Brasileira de Direito Processual) da República de Portugal.