

ANDRÉA RABELO DE CASTRO

Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Público sob a orientação de Sérgio da Silva Mendes doutorando em Filosofia e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho.

Brasília/DF

2008

ANDRÉA RABELO DE CASTRO

Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Público sob a orientação de Sérgio da Silva Mendes doutorando em Filosofia e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

Dedico o presente trabalho aos meus queridos pais Valdir de Castro e Veronice Guilhermina Rabelo de Castro.

Agradeço a Sérgio da Silva Mendes pelo insubstituível auxílio e orientação neste trabalho.

“A influência da Constituição nas normas, institutos e conceitos do direito administrativo, bem como o seu aperfeiçoamento e transformação constituem o pão nosso de cada dia, sobretudo da justiça (administrativa).”

Otto Bachof

RESUMO

CASTRO, Andréa Rabelo de. *Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público*. Monografia (Especialização em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília-DF, 2008.

A arbitragem como meio de solução de controvérsias remonta à antiguidade. No Brasil, o instituto esteve presente primeiramente na Constituição Federal de 1824 e após isso, foi continuamente tratado em todas as constituições que se seguiram. Dentre outros normativos o Código de Processo Civil dedica capítulo exclusivo à arbitragem, bem como leis esparsas também disciplinam o tema. Esta monografia tem como objetivo o estudo dos fundamentos constitucionais da arbitragem como meio de solução extrajudicial de conflitos em relação à Administração Pública. Inúmeros pontos controvertidos estão lançados na doutrina e jurisprudência em relação ao tema. No entanto, em razão da impossibilidade de tratamento de todas estas celeumas neste trabalho, dada a riqueza que cada uma revela, a pesquisa, essencialmente, vai buscar proceder uma releitura constitucional do princípio do interesse público, pois este tema se destaca em meio à arbitralidade objetiva. Para tanto, o neoconstitucionalismo e as teorias Hobbesiana e Habermasia de Estado servirão de embasamento para o modelo axiológico que será delineado nesta pesquisa. Essa abordagem significará o rompimento da concepção tradicionalista proposta ao tema.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Princípio do Interesse Público. Releitura Constitucional.

ABSTRACT

CASTRO, Andréa Rabelo de. *Constitucional Bases of Arbitration in the Public Sector*. 2008. 72 f. Monograph (Specialization in Public Right) – Institute of Public Right from Brazilia, Brasilia-DF, 2008.

Arbitration is a legal technique that means a form of alternative dispute resolution. In Brazil, the institute was present firstly in the Federal Constitution of 1824 and after that, it was continuously a treaty in all the constitutions that followed. Other laws, like for example, the Code of Civil Process, which dedicates exclusive chapter to the arbitration, as well as scattered laws also discipline the subject. This monograph takes as objective the study of the constitutional bases of the arbitration as a way of solution regarding conflicts in the Public Administration. Various controverted points are launched in the doctrine and jurisprudence regarding the subject. However, because of the impossibility of treatment of all these problems in this work, the research essentially proceeds a constitutional rereading of the Principal of the public interest, since this subject that stands out amid the objective arbitration. For so much, the neoconstitutionalismo, as well as the theories Hobbesiana na Habermasiana of State will be of foundation for axiological model that will be outlined in this research, which will mean the breakage of the traditionalistic conception proposed to the subject.

Key words: arbitration, public administration, principal of the public interest. Constitutional rereading.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
<i>Capítulo 1. Historiografia crítica da arbitragem: Fundamentos da arbitragem no Direito Administrativo.....</i>	12
1.1 Antecedentes históricos.....	12
1.2 A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96)	17
1.3 Conceito de Arbitragem	22
1.4 Natureza Jurídica da Arbitragem	23
1.5 Arbitralidade subjetiva.....	25
1.6 Arbitralidade Objetiva.....	28
<i>Capítulo2. Neoconstitucionalismo</i>	29
2.1 Breve intróito	29
2.2 Contexto histórico	29
2.3 Força Normativa da Constituição.....	34
2.4 A nova interpretação constitucional.....	35
2.5 A constitucionalização do direito no Brasil	38
2.5.1 A constitucionalização do direito administrativo no Brasil.....	38
<i>Capítulo 3. Concepções Hobbesiana e Habermasiana de Estado</i>	42
3.1 Concepção Hobbesiana de Estado.....	42
3.2 Concepção Habermasiana de Estado.....	45
<i>Capítulo 4. Releitura Constitucional do Princípio do Interesse Público (da via econômica à via equitativa).....</i>	51
4.1 Considerações iniciais.....	51
4.2 Limite Constitucional da Arbitragem.....	51
4.3 A arbitragem e sua relação com o princípio da indisponibilidade do interesse público.....	54
4.4 A competência do TCU revisitada	59
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

A história, por diversas vezes, tem revelado que as soluções de litígios entre grupos humanos encontraram procedimentos pacíficos por meio da mediação e da arbitragem, ao invés de optarem pelas guerras, em situações de conflitos entre Estados, ou pelo judiciário moroso, nas controvérsias entre particulares. Há registros que confirmam que a arbitragem tem suas primeiras ocorrências há mais de três mil anos, sendo um dos institutos de direito mais antigos.

A Lei n. 9.307, de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem, como um sistema extrajudicial de solução de conflitos. A norma criada por corpo de juristas renomados, trouxe do direito estrangeiro as molduras necessárias a se permitir a aplicação do instituto, no Brasil, com maior eficácia.¹ Anteriormente ao advento do normativo, encontrava-se na lei e na jurisprudência óbices de ordem jurídica e prática que desestimulavam o seu uso, quais sejam: não se reconhecia a força vinculativa da cláusula arbitral, a qual se constituía mera promessa de contratar e não ensejava execução específica, e, obrigava-se, sempre a homologação judicial da decisão arbitral, quanto aos aspectos formais, mediante a instauração de novo processo.² Com a promulgação da lei houve a superação das barreiras acima mencionadas, entretanto, dentre os temas que suscitam maior discussão, destaca-se a relação existente entre a arbitragem e a solução de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Deve-se mencionar que o tema em estudo apresenta várias nuances e esta monografia vai se ater, principalmente, ao estudo do princípio do interesse público, que está intimamente relacionado com a arbitralidade objetiva.

Tendo em vista a relevância e atualidade do tema, e a possibilidade de ampla utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública, entendeu-se oportuno a realização desses estudos.

¹ Conforme Selma Maria Ferreira Lemes a Lei 9.307/1996 tem sua gênese na Lei Modelo da UNCITRAL – LM (Princípios e Origens da Lei de arbitragem, **Revista do Advogado**, n. 51, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, out. 1997, p. 32.

² NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubbie. Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem (Lei n. 9.307/96): Breve análise de pontos controvertidos. **Revista Jurídica**. Ano 48 – Janeiro de 2001, n. 279, p. 29.

Em decisões do Tribunal de Contas da União verifica-se que há uma tendência de se aceitar a arbitragem envolvendo a Administração Pública quando existe lei autorizativa para tanto e quando envolver direitos patrimoniais disponíveis e na jurisprudência de nossas Cortes Judiciárias comprova-se o grau de divergência que a matéria suscita. Na legislação brasileira, visualiza-se uma tendência para a autorização da arbitragem em situações peculiares, sobretudo quando envolvem determinados setores regulados por leis específicas.³

Nesse contexto, está inserida a presente pesquisa que visa apresentar estudo relativo à admissibilidade da utilização da arbitragem como meio alternativo na solução de conflitos, que envolvem a Administração Pública.

Para tanto, a Dissertação é apresentada em quatro capítulos distintos. O primeiro capítulo se refere a historiografia crítica da arbitragem, no qual serão estudados os antecedentes históricos do instituto, bem como a sua evolução até o advento da Lei n. 9.307, de 23.09.1996 (Lei da Arbitragem). Ainda neste capítulo, são tecidas considerações acerca do conceito, bem como a natureza jurídica da arbitragem para, posteriormente, adentrar na arbitralidade subjetiva e objetiva.

O capítulo segundo se refere ao estudo do neoconstitucionalismo, doutrina na qual se insere o marco teórico deste trabalho. Esta teve origem nos tribunais e revela um ativismo judicial, a interpretação expansiva do sentido e alcance dos direitos constitucionais e a própria superação de ideologias postas nas normas constitucionais por outras, ditas como frutos de uma recontextualização das normas constitucionais. Neste diapasão, será abordado o contexto histórico do neoconstitucionalismo enfatizados aspectos como a força normativa dos princípios e a constitucionalização do direito administrativo.

Posteriormente, no capítulo terceiro, desenvolvem-se as concepções Hobbesiana e Habermasiana de Estado que irão embasar reflexões sobre o tema objeto deste trabalho. Isso porque, no próprio estudo do novo conceito de constituição faz-se necessário discutir não apenas a aplicação do direito e a quem se defere a produção de normas, mas a própria concepção de Estado.

Agregados todos estes elementos, no último capítulo será procedida a releitura constitucional do interesse público. Neste contexto, serão retomadas as controvérsias que circundam a arbitralidade objetiva. Serão trazidas à lume as

³ Como por exemplo nos serviços de telecomunicação.

concepções tradicionalistas acerca do tema para que se possa estabelecer um comparativo com a reflexão proposta neste trabalho, que se refere ao estudo do tema sob o prisma dos princípios.

Ressalta-se, desde já que não se pretende esgotar a matéria, tampouco desconsiderar opiniões adversas, mormente pela propulsão de trabalhos acerca do tema. Apenas se objetiva lançar mais uma reflexão sobre a arbitragem, especificamente em relação à Administração Pública tendo-se como enfoque os valores presentes na Constituição.

Capítulo 1

Historiografia crítica da arbitragem: Fundamentos da arbitragem no Direito Administrativo

1.1 Antecedentes históricos

Para uma melhor compreensão do tema em estudo faz-se necessário analisar o histórico da arbitragem.

Segundo Figueira Júnior o instituto jurídico da arbitragem constitui-se por certo, num dos mais antigos que se tem notícia na história do direito. Com relação a jurisdição ou justiça privada, se tem notícia, já existia na Babilônia de 3.000 anos A. C., na Grécia antiga e em Roma.⁴

Deve-se conceber que, em princípio, quando ainda inexistia o Estado como poder político, os conflitos de interesses eram resolvidos pelos próprios litigantes ou pelos grupos a que pertenciam. Dessa forma, a transposição dessa modalidade de justiça privada para a justiça pública foi produto de lenta evolução. Moreira Alves explicita que essa evolução se fez em quatro etapas, a saber :⁵

- a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado intervém em questões vinculadas à religião e os costumes passam a estabelecer, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima;
- b) na segunda, surge o arbitramento facultativo: a vítima, ao invés de usar a vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este,

⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.23/24.

⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1, pp.203-204.

- receber uma indenização que a ambos pareça justa,ou escolher um terceiro (árbitro) para fixa-la;
- c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório:o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem, e como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, na maioria das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença, se,porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e
- d) finalmente, na quarta etapa e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada, e por meio de funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força se necessário, a decisão. Nessa mesma etapa, se as partes concordassem, era lícito dirimir o conflito mediante a designação do árbitro.

Walter Brasil Mujalli destaca que a arbitragem teve origem como instituto jurídico, no processo romano, desenvolvido em duas fases: a) *iure*: processo sob supervisão do magistrado com encerramento pela *Litiscontestatio* b) *apud iudicem*: o juiz era escolhido pelas partes e decidia livremente a controvérsia.⁶

Anota Cândido de Oliveira Filho que o organismo do compromisso arbitral encontra-se na Lei das Doze Tábuas, no Direito Romano (*Digesto*, Livro 4, Título 8, *De receptis, qui arbitrium receerunt, ut sententiam dicant*; *Código*, Livro 2, Título 56, *De receptis arbitris*), no canônico (decr, Tit. De arbitr., I, 42 – C.14) e em quase todos os estatutos da Idade Média.⁷

Durante a Revolução Francesa, a arbitragem era considerada uma forma de reação dos franceses contra os abusos do Rei.

No Brasil, o primeiro dispositivo legal referente ao Juízo Arbitral foi o artigo 160 da Constituição de 1824, cujo teor é o que se segue:

“Art. 160. Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convencionares as partes.”

⁶ MUJALLIS, Walter Brasil. *A nova lei de arbitragem*. São Paulo : Editora de Direito Leme, 1997, p.39

⁷ *Apud* CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários à Lei de Arbitragem*. : Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002, p.3.

Em vários outros normativos admitia-se o juízo arbitral: Resolução de 26 de julho de 1831, Lei n.108, de 11/10/1837; art. 20 do Código Comercial brasileiro de 1850; Regulamento n.7, de 25/11/1850, Decreto n.3.900, de 26/6/1867.

Apesar de fazer esta anotação histórica, deve-se lembrar que o Império operava sob a lógica do *Ancien Regime*, eminentemente patrimonialista. Já o Estado de Direito moderno trabalha sob a esfera do bem-estar, dos interesses públicos, dos direitos humanos etc. Uma leitura rápida na Constituição de 1824 prova isso: o Imperador concentrava os Poderes Moderador e Executivo, eram elegíveis os que tinham determinado patrimônio (bens de raiz); as penas não tinham efeitos patrimoniais; quem deixasse o país poderia levar todos os seus bens. Assim, são lógicas distintas, o que transforma o argumento em mera curiosidade histórica.

Convém assinalar o que diz Stuart B. Schwartz “[...] desde que fosse reconhecida a soberania real, que os impostos fossem recolhidos e mantido o esboço geral da administração,... a vida econômica da colônia contava com pouca interferência da Coroa.”⁸ Os magistrados ameaçavam o funcionamento do governo da Colônia, porque, ao contrário da toga francesa e da nobreza judicial prussiana, os magistrados portugueses eram uma elite profissional. A superação do Império para a República é lide como a passagem do “rei como fonte de justiça ao estado judiciável”⁹, porque a justiça democrática nasce da dissociação progressiva da justiça do poder político.

Já a Constituição republicana de 1891 não reproduziu preceito análogo ao art. 160 da Constituição do Império. No entanto, verificou-se que a prática foi mantida pelas leis e foi consolidado pelo Decreto n. 3.084, de 5 de janeiro de 1898.

A Constituição Federal de 1934 até se referia à arbitragem comercial entre os objetos da legislação federal (art. 5º, XIX, c). A Constituição de 1946 previa, pela primeira vez, uma garantia expressa da via judicial, também assumida pela Constituição vigente de 1969. Para Jürgen Samtleben este contexto não significava uma reação contra as restrições impostas aos tribunais sob o Governo Getúlio Vargas e não visava a arbitragem; apesar de ter sido várias vezes interpretada neste

⁸ SCHUWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. A Suprema Corte da Bahia e seus juizes 1609 a 1751*. São Paulo: Perspectiva, p. 58.

⁹ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget. 1999, p. 130.

sentido.¹⁰ Todavia, a jurisprudência por várias vezes deixou bem claro que esta disposição não entra em conflito com o acordo de um tribunal de arbitragem.¹¹

Por fim, a Constituição Federal Brasileira de 1988 tratou expressamente da arbitragem, não mais do juízo arbitral, no seu art, 114, parágrafos 1º e 2º, conforme descrito abaixo:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

§1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

Saliente-se, ainda, que a Lei Maior, no seu preâmbulo faz, em nível de princípio fundamental, homenagem à solução dos conflitos por meio de arbitragem e estabelece a forma pacífica de serem resolvidos, quer na ordem interna, quer na ordem internacional.¹²

No âmbito do direito civil, o fundamento jurídico da arbitragem foi estabelecido nos artigos 1.037 e seguintes do Código Civil de 1916, e, atualmente, encontra-se nos arts. 851 a 853 do *novel* diploma. De acordo com os dispositivos, as partes podem, mediante um contrato de arbitragem, acordar em submeter as suas divergências jurídicas à decisão por um tribunal de arbitragem, contanto que possuam a capacidade de celebrar contratos.¹³

¹⁰ SAMTLEBEN, Jürgen. *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996, p.35/36

¹¹ *Ibidem*, p.35/36.

¹² “Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, **na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”(grifei)

¹³ “Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contrata.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal, de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.”

O Código de Processo Civil de 1939 deu regulamentação uniforme ao processo arbitral que esteve incluído nos diferentes códigos processuais da federação e de cada Estado. Nos normativos determinava-se a necessidade de homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário, para que adquirisse força executiva.¹⁴

O Código de Processo Civil atual (1973) limitava-se, até a promulgação da atual Carta Magna, a reproduzir o contido no Código Civil de 1916. Até então, existiam dois grandes entraves no próprio diploma legal brasileiro, para a utilização do instituto da arbitragem em nosso país:

- a) a não previsão de sua utilização anteriormente a ocorrência do litígio (Cláusula Compromissória Arbitral);
- b) a necessidade da homologação do laudo arbitral pela justiça estatal para que o mesmo adquirisse força de título executivo.

No Código de Processo Civil vigente de 1973, o capítulo pertinente foi novamente redigido (arts. 1071 a 1102).

De acordo com inúmeros doutrinadores, com o advento da Lei nº. 9.307, de 23.09.1996 (Lei da Arbitragem), iniciou-se uma nova era no direito brasileiro quanto a solução de conflitos por meio da arbitragem, visto que esta, ao revogar os artigos que tratavam do tema no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, ultrapassou com isto os grandes entraves acima citados, existentes até então para a sua utilização.

Ao analisar o contexto mundial da arbitragem Arnoldo Wald ressalta que a arbitragem se evidencia importante em virtude da progressiva globalização, com a extinção das fronteiras que existiam no passado, bem como a complexidade crescente dos problemas jurídicos, algumas vezes decorrentes do emprego de novas tecnologias, cuja compreensão exige especial preparo técnico. O mesmo autor tece considerações acerca da sobrecarga do Poder Judiciário, em todos os países, e, em particular, no Brasil, o que enseja a criação de novos sistemas de solução de conflitos de interesses, que vão desde os Juizados Especiais e de

¹⁴ SAMTLEBEN, Jurgen. *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996, p.38.

pequenas causas até a arbitragem e as diversas formas de mediação e conciliação.”¹⁵

1.2 A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96)

Selma Maria Ferreira Lemes informa que a lei que disciplina a arbitragem no Brasil tem sua origem na Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional UNCITRAL. O Comitê formado por representantes de 58 países, dentre eles o Brasil, discutiu durante três anos os termos de uma lei modelo sobre arbitragem, com o intuito de obter a harmonização com as diversas legislações internas. A autora salienta também que a regulamentação arbitral brasileira baseou-se na Lei francesa de 1981, ao estabelecer a convenção de arbitragem no art. 7º, assim como em muitos dispositivos da Lei espanhola n. 36/1988.¹⁶

Marcelo A. Muriel no artigo intitulado “A arbitragem frente ao judiciário brasileiro” traz um contexto histórico acerca do advento da Lei n. 9.307/96. Ressalta que na década de 1930 o Brasil entrou em um processo de intervencionismo estatal na ordem econômica e jurídica. Neste contexto, surgiram as primeiras regras com o objetivo declarado de proteger determinadas partes em relação contratual que a lei considerasse desequilibrada. Como exemplo, cita a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas, de cunho eminentemente protecionista ao trabalhador. Nesse período havia a falta de poupança interna e de investimentos privados, então, a economia brasileira desenvolveu-se à custa do agigantamento do Estado como principal agente econômico.¹⁷

Em 1960 é inaugurada a cidade de Brasília, nova capital do país, por Juscelino Kubitschek. Jânio Quadros sucede Juscelino e renuncia cerca de sete meses depois, sendo substituído pelo então vice-presidente João Goulart. Sob o

¹⁵ WALD, Arnaldo. O Supremo Tribunal Federal e a Constitucionalidade da Cláusula Compromissória (Lei n. 9.307/96). **Revista Jurídica**, Porto Alegre, RS, ano 49, nº 285, p. 5, julho de 2001.

¹⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. Suplemento Enfoque Jurídico:TRF 1ª Região. Edição 4.jan/fev.1997.p.6.

¹⁷ MURIEL, Marcelo A arbitragem frente ao judiciário brasileiro, **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 1, n. 1, p. 27, jan/mar. 2004.

pretexto das tendências comunistas de Jango, ocorre o golpe militar de 1964, que depõe João Goulart e institui uma ditadura militar. Em 1960, com a tomada do poder pelos governos militares, o país assistiu à limitação das liberdades políticas em paralelo ao forte controle das atividades empresariais exercido pelo Estado. No final da década, tem início o período conhecido como milagre econômico.

Nos anos 90 verifica-se o retorno das liberdades políticas, sedimentadas na atual Constituição Federal de 1988, que também traz em seu bojo um certo retorno, malgrado tímido, aos princípios liberais de menor intervenção estatal na economia.¹⁸

O mesmo autor lembra que no contexto de privatização e globalização vivido pelo Brasil na década de 1990 é que se insere a promulgação da Lei de Arbitragem.¹⁹

No mesmo sentido, Selma Ferreira Lemes afirma que as privatizações e os novos paradigmas do direito administrativo moderno trouxeram a necessidade de flexibilização das normas contratuais com o fito de proporcionar o equilíbrio entre os contratantes e enaltecer a lealdade contratual pois estes tipos de contratos eram de colaboração. Assim, diversas leis foram editadas e nelas inseridas a solução extrajudicial de conflitos.”²⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro em sua obra *Parcerias na Administração Pública* acentua que:

“...o que muda é principalmente a ideologia, é a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. Não se quer mais o Estado prestador de serviços: quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada”²¹

¹⁸ MURIEL, Marcelo A. A arbitragem frente ao judiciário brasileiro, **Revista Brasileira de Arbitragem**, Ano 1, n° 1, jan/março de 2004, p.28

¹⁹ MURIEL, Marcelo A. A arbitragem frente ao judiciário brasileiro, **Revista Brasileira de Arbitragem**, Ano 1, n° 1, jan/março de 2004, p.28.

²⁰ LEMOS, Selma Maria Ferreira. O uso da arbitragem na Administração Pública. **Jornal Valor Econômico: Caderno Legislação e Tributos**, São Paulo, 19/8/2003, p. E-2.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4° ed. São Paulo: Atlas. 2002. p.16.

Deve-se lembrar que a defesa ideológica da arbitragem não é normativa (deontológica) girando em torno das preferências. Assim como se defende sua possibilidade, a leitura da arbitragem a partir dos discursos programáticos de partidos que tivessem a maioria no Congresso ou a Presidência da República poderia redundar na extinção da arbitragem. Teses contextualistas e sem pretensão de universalidade caem na fragilidade do relativismo, este como um momento ainda mais fraco que as chamadas verdades relativas à história.

Outra questão que merece destaque é a suposta evolução histórica que leva ao advento da Lei n. 9.307/96. Vislumbra-se problemas fundamentais na associação que é feita pela maioria da doutrina entre o processo de privatização e dos novos paradigmas do direito administrativo e a edição de leis mais flexíveis, nelas inseridas a solução extrajudicial de conflitos. Isso porque o primeiro é um argumento de política liberal; o segundo, este sim determinante, é jurídico. A mudança no direito administrativo é predominantemente derivada do conflito das liberdades: dos antigos – publicistas – e dos modernos – individualistas. Estes conflitos se resolvem na Constituição. Daí o fenômeno da constitucionalização dos ramos do direito: direito administrativo constitucional. Na realidade, a arbitragem poderia ser vista como a exacerbação dos interesses privados, e, portanto, ela própria sujeita a mitigações de poder, ou seja, a arbitragem deve ser pensada constitucionalmente.

A contemporaneidade trouxe, efetivamente, um problema para a doutrina do direito administrativo quando o Estado, social e pós-social, resolveu, ele mesmo, atuar na economia. Entretanto, a solução jamais foi excluir a natureza pública e administrativa do direito de regência dos entes por ele criados. A doutrina passou, então, a admitir um direito privado administrativo, o que significa um direito privado adaptado à administração pública pela incidência de normas de direito público, evitando que a fuga para o direito privado se dê não por razões de Estado, mas como fuga aos controles do regime público. Isso advém da concepção de que a administração não tem capacidade jurídico privada como se tratasse de um sujeito ordinário.²²

²² A descoberta do direito privado administrativo para alguns doutrinadores deve ser atribuída ao jus-civilista, Wolfgang Siebert, que distinguiu o Direito Privado Administrativo da atuação puramente fiscal. Para outros o conceito de '*Verwaltungsprivatrecht*' deve ser atribuído à H.J.Wolff. Para o autor, o direito privado administrativo existiria quando, com fundamento numa decisão soberana da norma jurídica ou num ato administrativo, uma entidade da Administração Pública entra numa relação

O que se observa da leitura da suposta evolução histórica que leva à arbitragem argumentada por grande parte da doutrina é que os autores parecem estar ao lado da Teoria dos Dois Níveis²³ porque admitem a aplicação do Direito Público e do Direito Privado, primeiro um, depois o outro. Primeiro, há uma decisão jurídico-pública, através de um ato administrativo (1º nível) e só depois haverá execução por meio de uma relação jurídico privada (2º nível). O direito privado administrativo contém uma mistura de Direito Público e Privado, neste, segundo Ossenbühl determinadas normas jurídico-civis são reprimidas pelas normas e princípios jurídico-públicos.²⁴

A maior parte da doutrina tem reconhecido que a lei de arbitragem abriu nova perspectiva para a sociedade brasileira e que há um balanço positivo da nova legislação de arbitragem no Brasil. Aspectos como a análise dos custos da arbitragem, a celeridade processual, a complexidade da matéria abordada e a possibilidade de sigilo, em comparação com a demanda judicial bem como a morosidade do judiciário devem ser sopesados na aplicação da mencionada lei.

Selma Maria Ferreira Lemes acentua que, para um futuro imediato, não haveria a necessidade de alteração da Lei de Arbitragem e que caberia à doutrina e ao judiciário a sedimentação dos novos conceitos, bem como garantir a segurança jurídica necessária. Além disso, considera inoportuna a iniciativa legislativa de transformar o mister do árbitro em profissão, pois o projeto de lei é confuso e

jurídico-privada, para, sob formas jurídico-privadas, atuar, não de modo econômico-concorrencial, mas sim para prosseguir fins administrativos públicos imediatos. Neste diapasão a entidade administrativa não gozaria plenamente da autonomia provada negocial, pois se sujeitaria a algumas vinculações jurídico-públicas. Neste sentido, existiria uma situação de 'miscelânea' de direito público e direito privado. A respeito dessa concepção, veja-se ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina. 1999, pp.121/127.

²³ A teoria criada por Hans Peter Ipsen surgiu na década de 50 durante o movimento jurídico de contexto histórico derivado do subvencionismo da política alemã de fomento no pós-guerra. Ela se assenta na idéia de ligação entre um 'acto jurídico-público de fundamentação' (*Begründungsakt*) e um 'negócio jurídico-privado de execução'. A construção teórica parte da idéia de que o desenvolvimento da subvenção é precedido de um procedimento prévio jurídico administrativo, que termina com uma decisão positiva ou negativa, a qual é um ato administrativo autônomo. A crítica que Maria João Estorninho faz à teoria se refere ao fato de a cisão teórica conduzir para uma mesma e única relação material da vida a duplicidade de vias jurisdicionais, o que levaria a um clima de incerteza e dificultaria a própria proteção jurídica. Neste contexto, problemas graves surgiriam, como, por exemplo, o de saber como se repercutem no segundo nível eventuais falhas que existam no primeiro nível e vice-versa, qual o significado para a relação principal de perturbações no desenvolvimento do contrato jurídico-privado bem como qual reação diante de conflito, de que forma e perante que tribunais. (ESTORNINHO. Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 111/117.

²⁴ *Apud* ESTORNINHO. Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina. 1999. p. 111.

impróprio e a arbitragem surgiu como meio de solução de conflitos sendo antecessora da justiça estatal.²⁵

Deve-se mencionar ainda que, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar incidentalmente a constitucionalidade de vários dispositivos da Lei n. 9.307/96, no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206/EP – Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, em 12/12/2001, D.J. de 30/04/2004, cuja ementa transcreve-se em parte:

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

Essa decisão representa um marco para a consolidação do instituto da arbitragem no Brasil. Outro fato importante foi a recente ratificação da Convenção de Nova York pelo Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002, que promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

²⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem: visão pragmática do presente e futuro*. Artigo retirado site: <http://www2.oabsp.org.br>.

1.3 Conceito de Arbitragem

De forma sintética J. E. Carreira Alvim explicita que a arbitragem nada mais é que a resolução do litígio por meio de árbitro, com a mesma eficácia da sentença judicial.²⁶

Selma Maria Ferreira Lemes conceitua a arbitragem como sendo:

“ meio extrajudicial de solução de controvérsias, na qual as partes, ao firmarem um contrato, outorgam a terceiro(s), árbitro(s), a competência para dirimir futuras controvérsias que surgirem e forem decorrentes dessa avença.”²⁷

Para Walter Brasil Mujalli a arbitragem:

“é uma convenção privada, celebrada entre duas ou mais pessoas, para solução de suas controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas (árbitros), que recebem os seus poderes dos seus convenientes, para com base nesta convenção decidirem os seus conflitos, sem a intervenção do Estado, sendo que a decisão destinada às partes tem a eficácia da sentença judicial.”²⁸

Observa-se, portanto, que a arbitragem é um meio de solução de conflitos. Os outros modos conhecidos são a mediação e o processo. Na mediação a terceira pessoa (mediador) não tem o poder de solucionar o conflito. Este apenas tem a função de ajudar as partes a chegar a uma solução amigável. Já na arbitragem, o terceiro (árbitro) tem o poder de solucionar o litígio. A força obrigacional da solução fundada na arbitragem advém da liberdade que as partes possuem para a escolha do meio de solução para os conflitos, chamada para regular o conflito.²⁹

Da mesma forma, no processo a terceira pessoa, o juiz, também tem o poder de solucionar o conflito. Enquanto a busca da via da arbitragem depende de um

²⁶ CARREIRA ALVIM, J.E. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p.24.

²⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, SP, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, p. 342, julho/setembro de 2002.

²⁸ MUJALLIS, Walter Brasil. *A nova lei de arbitragem*. São Paulo: Editora de Direito. 1997, p.52.

²⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Arbitragem em conflitos individuais do trabalho: a experiência mundial. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, DF, ano 68, n. 1, p. 181, jan/mar 2002.

compromisso realizado pelos conflitantes, a instauração do processo se faz por ato unilateral de uma das partes.³⁰

Neste sentido, o art. 4º da Lei nº 9.307/96 prescreve o que se segue:

“Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção por meio da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

1.4 Natureza Jurídica da Arbitragem

Não é pacífica na doutrina nacional ou estrangeira a natureza jurídica da arbitragem e da função arbitral.

Abaixo estão, em resumo, as posições defendidas pelos principais doutrinadores clássicos³¹:

- a) Ludovico Mortara: a arbitragem tem natureza jurisdicional e os árbitros são investidos de jurisdição.
- b) Francesco Carnelutti: a arbitragem é equivalente do processo ou um subrogado processual. Apesar de reconhecer a função jurisdicional do árbitro, negou a estes a função processual e o caráter público da arbitragem.
- c) Piero Calamandrei: considera os árbitros como substitutivos da jurisdição ou equivalentes do processo, ou meios de defesa extrajudicial. Conclui que os árbitros são verdadeiros auxiliares da justiça.
- d) Salvatore Satta: os árbitros não exercem função jurisdicional. Para o autor a confiança depositada no juiz particular é a expressão de um resultado mais cômodo e reservado, de imediata renúncia à jurisdição e, portanto, à ação.
- e) Hugo Rocco: na arbitragem o Estado deixa aos indivíduos a faculdade de exercer uma função pública, sem perder, no entanto, a qualidade de simples particulares. A arbitragem seria, portanto, um instituto de caráter excepcional.

³⁰ Idem.

³¹ CARREIRA ALVIM, J.E. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2002,pp.24/28.

O árbitro poderia exercer função jurisdicional em certas e determinadas condições e com determinadas garantias.

- f) Crisanto Mandrioli: a arbitragem é um juízo privado, cuja estrutura judiciária não basta para atribuir ao produto dele (o laudo arbitral) a plenitude de eficácia do ato jurisdicional. Para que isso ocorra era necessário um ato do pretor.
- g) Elio Fazzalari: os árbitros realizam uma espécie de justiça cognitiva privada, ou seja, ditada por um particular antes do que por um juiz.
- h) Leo Rosenberg: os tribunais arbitrais são de caráter privado, é ato privado também a sua resolução, embora esse ato tenha efeitos de direito público.

Carreira Alvim conclui que, entre nós, a arbitragem possui cunho jurisdicional e a sentença arbitral possui a mesma eficácia que a ordem jurídica reconhece à sentença judicial.³²

Em recente julgado, o STJ tratou da natureza jurídica da convenção de arbitragem, conforme abaixo transcrito:

“Da definição do instituto, exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.”³³

O artigo 1º da Lei de Arbitragem preceitua que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Da leitura do dispositivo, se observa que são arbitráveis os conflitos de interesses que reúnam dois requisitos: um primeiro, subjetivo, a capacidade de contratar; um segundo, objetivo, referente à matéria: podem ser resolvidos por arbitragem os conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis.

³² Nesse sentido veja-se o art. 31 da lei de arbitragem: “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmo efeitos da sentença proferida pelos órgãos do poder judiciário, e sendo condenatória, constitui título executivo”

³³ RESP 606345/RS. Ministro-Relator João Otávio de Noronha. DJ. 8/6/2007.

1.5 Arbitralidade subjetiva

Conforme mencionado acima, o requisito subjetivo para a submissão de conflitos de interesses à arbitragem é a capacidade de contratar.

Pelo fato deste trabalho se referir ao estudo da arbitragem no setor público, deve ser definida a questão da arbitralidade de conflitos que envolvam interesses do Estado. É certo que as pessoas jurídicas de direito público são capazes de contratar. No entanto, se verifica que o tema atinente à possibilidade de a Administração Pública (direta e indireta) participar de arbitragens não é pacífico.

Carmen Tibúrcio ressalta que o tema é tão polêmico que a PEC n. 29, que se transformou na EC n. 45/204, visava incluir no art. 98 da Constituição Federal texto que impediria a utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública. Verifica-se que esse dispositivo não constou da versão aprovada da Emenda Constitucional.³⁴

Deve ser observado que existem leis específicas que admitem a participação da Administração Pública em arbitragens: Lei n° 5.662/71, art. 5° (BNDES); Decreto-lei n° 1.312/74, art. 11 (empréstimos); Lei n° 8.693/93, art.1°, § 8°(transporte ferroviário); Lei n°8.987/95, art. 23 (concessões); Lei n°9.472/97, art. 93, XV (telecomunicações); Lei n° 9.478/97, art. 43, X (petróleo); Lei n°10.848/04, art. 4°, § 6° (CCEE); Lei n°11.079/04, art. 11 (PPP).

As principais razões que levam à dificuldade da aceitação da arbitragem para os entes do setor público seriam o princípio da legalidade e a legislação brasileira que trata dos contratos celebrados pela administração pública.

Carmen Tibúrcio relata as três posições existentes na doutrina sobre a matéria:

- a) Uma corrente sustenta que a arbitragem seria legítima em qualquer contrato administrativo com fundamento no art. 54, caput, da Lei n°8.666/93, que dispõe serem aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos, os princípios da teoria geral dos contratos. Essa é a opinião de Adilson Abreu Dallari.

³⁴ TIBÚRCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública: Resp n° 606.345/RS. *Revista de Direito do Estado*, Salvador, BA, Ano 2, n. 6, p.342, abr/jun. 2007.

- b) Outra corrente extrai de leis que autorizam a Administração a submeter-se à arbitragem em determinadas situações – uma autorização generalizada para que a arbitragem seja adotada em qualquer circunstância. Essa tese é defendida por Caio Tácito.
- c) Por fim, há ainda o argumento de que a arbitragem estaria autorizada genericamente para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica por força do art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988, no qual se prevê que elas estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado.³⁵

A mencionada autora faz um estudo acerca da jurisprudência nacional sobre o tema e conclui que há uma tendência para a flexibilização da matéria, e que há casos em que se admitiu a participação da Administração em arbitragens, sem qualquer lei autorizativa.³⁶

O STJ tem confirmado a tendência em favor da arbitragem e admitiu que sociedade de economia mista pode se submeter à arbitragem no que toca aos seus direitos disponíveis.³⁷ Consolidou-se também a posição de dar validade ao juízo arbitral para solucionar conflito nos contratos de natureza econômica. Quando, porém, as atividades decorrerem do poder de império da administração e sua consecução estiver diretamente relacionada ao interesse público, não será possível a arbitragem.³⁸

No STF admitiu-se a arbitragem no caso Minas X Werneck, mesmo sem lei autorizativa. No entanto, esse caso foi anterior a 1922 antes da promulgação do Decreto nº 15.783/22.³⁹

A decisão proferida no litígio que envolvia a União e os herdeiros de Henrique Lage esclarece a questão ao sintetizar em sua ementa:

“Juízo Arbitral – Na tradição de nosso direito, o instituto do juízo arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como pessoa *'sui generis'*, pode prevenir o litígio pela via do pacto de

³⁵ TIBÚRCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública: Resp nº 606.345/RS. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, BA, Ano 2, n. 6, p.344, abr/jun. 2007.

³⁶ Idem.

³⁷ STJ, DJU, 14 set 2006, Resp 612.439/RS. Rel.Ministro João Otávio Noronha.

³⁸ STJ, DJU 8 jun. 2007, Resp 606.345/RS, Rel Ministro João Otávio Noronha.

³⁹ STJ, DJU 4 jun. 1918, Ap. Civ. 3.021/MG, Rel. Min. Pedro Lessa.

compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação.”⁴⁰

Esta decisão confirma a tradição doutrinária brasileira, existente desde os tempos do império, em aceitar a arbitragem nas causas da Fazenda, bem como a impossibilidade de proibição do uso do juízo arbitral nessas causas, o que significaria em uma restrição à autonomia contratual do Estado.

Anota-se que vedar ao Estado a possibilidade de se submeter à arbitragem, seria restringir sua autonomia contratual, que, como qualquer pessoa *sui juris*, pode prevenir litígios e solucioná-los por via transacional, nas questões de direito contratual privado.

Quanto a este ponto, deve-se asseverar que não há disponibilidade absoluta sequer nos bens e direitos privados, a exemplo das chamadas funções sociais. Na Administração Pública pode-se afirmar que se disponibilidade houver ela é vinculada, estando em espaço de fronteira indeterminado dada a influência do interesse público indisponível. Assim, a autonomia contratual do estado (externa) não pode ser assimilada a uma autonomia privada (interna e externa).

No exercício da atividade vinculada a ponderação de interesses alheios ao interesse público em concreto pode consubstanciar desvio de poder e gerar a invalidade do ato administrativo, enquanto isso a ponderação de outros interesses juridicamente relevantes apenas acarreta erro nos pressupostos. O que se busca é a imparcialidade nos juízos, atributo inerente ao judiciário, a jurisdição de contas etc, portanto, não exclusivo da arbitragem. Dessa forma, nos atos contratuais não há autonomia de vontade, mas vontade vinculada. Nem mesmo nos chamados atos de discricionariedade técnica ou ‘discricionariedade imprópria’ haveria tal liberdade.⁴¹

Na discricionariedade técnica, onde a administração depende de saberes de outros ramos para o exercício dos poderes administrativos, ainda assim a Administração não tem qualquer poder de livre disposição.⁴²

Mesmo na atividade discricionária há a necessidade de ponderar os interesses públicos com os demais interesses juridicamente relevantes no caso em

⁴⁰ STF, DJU 15/02/1974. Agravo de Instrumento n. 52181.

⁴¹ Segundo Freitas do Amaral esta também segue o ordenamento administrativo.

⁴² Esta é a visão de Fêzas Vital. Apud RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 130.

concreto.⁴³Na discricionarietà estrita há uma relação de adequação entre os meios administrativos envolvidos e o fim de interesse público a realizar.⁴⁴

Deve-se salientar que haverá um retorno ao tema atinente à arbitralidade subjetiva no estudo dos limites constitucionais à arbitragem. Dessa forma, neste trabalho opta-se por não se estender as discussões sobre a questão.

1.6 Arbitralidade Objetiva

A arbitralidade objetiva diz respeito à matéria que pode ser submetida à arbitragem. O art. 1º da Lei n. 9.307 preceitua que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Tendo-se em vista a clássica dicotomia estabelecida entre interesse público primário e secundário, que serve de baliza para a aplicação do dispositivo em comento, nesta monografia foi reservado um capítulo para o estudo do princípio do interesse público. Dessa forma, as discussões a respeito da matéria serão tratadas no momento pertinente.

⁴³ Este é o posicionamento de Allegretti. Apud RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 131

⁴⁴ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 132.

Capítulo 2

Neoconstitucionalismo

2.1 Breve intróito

Conforme salientado na Introdução deste trabalho, o marco teórico escolhido para esta monografia insere-se no neoconstitucionalismo. Dessa forma, para a melhor compreensão do tema, bem como de seus reflexos, entende-se necessário realçar, de forma resumida, aspectos do novo direito constitucional.

2.2 Contexto histórico

Preliminarmente, assevera-se que Hegel já considerava a Constituição como o "espírito de um povo", sendo "algo de incriado, embora produzido no tempo", tendo cada povo "a constitucionalização, que lhe convém e se lhe adequa".⁴⁵

O marco histórico do novo direito constitucional na Europa Continental foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Houve a aproximação de idéias de constitucionalismo e de democracia o que produziu uma nova forma de organização política intitulada de Estado Democrático de Direito, Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático. A principal referência no desenvolvimento deste novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951

⁴⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da Filosofia do Direito*, Lisboa:Guimarães Editores, 1959, p. 248

na Alemanha. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, cujo julgamento ocorreu em 15 de janeiro de 1958.⁴⁶

Outra referência de destaque citada é a Constituição da Itália de 1947 e a subsequente instalação da Corte Constitucional em 1956. Além disso, os processos de redemocratização e reconstitucionalização vividos por Portugal (1976) e Espanha (1978) deram força ao debate a respeito do novo direito constitucional.⁴⁷

No Brasil, o renascimento do direito constitucional veio com a Constituição de 1988 e processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. No artigo 1º, a Lei Maior trata do conceito de Estado Democrático de Direito. Nas lições de José Afonso da Silva, o estado democrático de direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, o que não significa uma reunião formal dos respectivos elementos, pois essa fusão revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁴⁸

O marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização gravita em torno de duas grandes correntes de pensamento: o jusnaturalismo e o positivismo. Conforme menciona o renomado constitucionalista:

“[...] opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos

⁴⁶ Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil (BGB) (“Quem de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil. Dessa forma, observa-se que houve a superação da rigidez público-privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil. [in BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 02 mar. 2008.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 02 mar. 2008.

⁴⁸ O Estado de direito é um conceito tipicamente liberal. Suas principais características são: a) submissão ao império da lei; b) divisão de poderes; c) enunciado e garantia dos direitos individuais. O Estado Democrático de direito se funda no princípio da soberania popular, ou seja, visa realizar o princípio democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 29 ed. 2006. pp. 112/115)

puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rotulo genérico de pós-positivismo.”⁴⁹

O direito natural é o primeiro fundamento da ordem jurídica. Para esta teoria o direito decorre da natureza das coisas e engloba os direitos humanos fundamentais, isto é, aqueles condição de existência da pessoa humana.⁵⁰

Assinala Luís Roberto Barroso que o rótulo genérico do jusnaturalismo tem sido aplicado a fases históricas diversas e a conteúdos heterogêneos, que remontam à antigüidade clássica e chegam aos dias de hoje, passando por densa e complexa elaboração ao longo da Idade Média.⁵¹

A partir do século XVI verifica-se que houve uma aproximação entre a lei e a razão. Grócio inaugura uma nova concepção do Direito Natural: “[...] o mandamento da reta razão que indica a lealdade moral ou necessidade moral inerente a uma ação qualquer, mediante o acordo ou o desacordo desta com a natureza social.”⁵²

Estava criada a escola clássica do Direito Natural, que teve diversos representantes, entre eles: Hugo Grócio, Samuel Pufendorf e John Locke.

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.⁵³

No século XIX a história é marcada pela ascensão do positivismo no qual se observa o primado da lei. Sua decadência está associada à derrota dos regimes que cometeram barbáries com a humanidade sob a guarida da legalidade: o fascismo na

⁴⁹ idem

⁵⁰ MARTINS FILHO. Ives Gandra. *Manual Esquemático de Filosofia*. São Paulo: LTR. 3ª ed., 2006, p. 270.

⁵¹ BARROSO. Luís Roberto. *A Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª ed. 2006, p. 19.

⁵² Apud BITTAR, Eduardo C. B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas. 4ª ed. p.228.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª ed. 2006, p. 22/23.

Itália e o nazismo na Alemanha. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, se observa que a ética e os valores começam a retornar ao Direito.

Com a superação do jusnaturalismo e do positivismo verifica-se o advento de uma nova reflexão acerca do direito, na qual se busca ir além da legalidade escrita sem, no entanto, desprezar o direito posto. Essa nova perspectiva é denominada pós-positivismo. Luís Roberto Barroso acentua que este movimento preconiza uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Neste caso, a teoria da justiça deve nortear a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. Destaca-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia.”⁵⁴

Afirma-se na perspectiva neoconstitucionalista pós positivista que o sistema constitucional é composto de regras e princípios.

A esse respeito estão transcritos trechos da palestra do professor Paulo Ricardo Schier, na primeira Jornada de Direito Constitucional da Unibrazil, em outubro de 2004

“Na leitura do conjunto, a Constituição é um sistema; e, numa leitura individual, dos elementos que o compõem, dos diversos integrantes deste conjunto seriam regras e princípios. Toma-se, ainda como certo, que regras e princípios são espécies de normas. Há que se ressaltar, entretanto, que ao se afirmar que regras e princípios são espécies de normas, o que se pretende, apenas, é destacar que a Constituição possui normatividades regulatórias diferentes. Isto porque, se se levar às últimas consequências o modelo teórico que aqui será adotado, a norma, em verdade, é o produto de interpretação de enunciados lingüísticos jurídicos sob a luz de um caso concreto demandante de resposta. Por esta razão que, apenas impropriamente se pode dizer que regras e princípios são espécies de normas. Tratam-se, em verdade, as regras e princípios, de tipos de enunciados normativos e não normas.”⁵⁵

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª ed. 2006.

⁵⁵ Transcrição de trechos da palestra do professor SCHIER. Paulo Ricardo. Neoconstitucionalismo e Direitos fundamentais. I Jornada de Direito Constitucional da Unibrazil, Curitiba, PR, out. de 2004 Disponível em: http://www.unibrazil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf . Acesso em 20 mar. 2008.

Diante do exposto, se entende por constitucionalização do ordenamento jurídico o processo de transformação de um ordenamento que a sua finalização resultará totalmente arraigada pelas normas constitucionais. Para Andrés Gil Dominguez, as condições para a constitucionalização do direito seriam as seguintes:

“a) una Constitución rígida, o sea, escrita y garantizada contra la legislación ordinaria mediante un proceso especial de revisión constitucional; b) la garantía jurisdiccional de la Constitución; c) la fuerza vinculante de la Constitución; d) la sobreinterpretación de la Constitución, lo cual implica que no existe espacio para ninguna discricionariedad legislativa y, consecuentemente, no hay ninguna cuestión, por más política que sea su naturaleza, que quede al margen del control de constitucionalidad; e) la aplicación directa de las normas constitucionales, que sugiere la difusión de la cultura jurídica de cierta concepción de la Constitución y una determinada actitud de los jueces (respecto de la operatividad de la totalidad del texto constitucional en las relaciones emergentes entre las personas y el Estado como así también entre los particulares); f) la interpretación conforme a la Constitución, esto es, aquella que armonice la ley con la Constitución (previamente interpretada) eligiendo – frente a una doble posibilidad interpretativa – el significado (la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución; y g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, lo cual depende de diversos elementos (el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces que detentan el control de constitucionalidad, la orientación de los órganos constitucionales y de los actores políticos).”⁵⁶

Nos itens que se seguem haverá a análise sucinta dos requisitos essenciais para o deslinde do tema desta monografia.

⁵⁶ DOMINGUEZ, Andrés Gil. Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos. Buenos Aires: Ediar, 2005, p.19. (Uma Constituição rígida, ou seja, escrita e garantida em face da legislação ordinária mediante um processo especial de revisão constitucional; b) a garantia constitucional da Constituição; c) a força vinculante da Constituição, d) a sobreinterpretação da Constituição, a qual implica que não existe espaço para nenhuma discricionariedade legislativa e, consecuentemente, não há nenhuma questão, por mais política que seja sua natureza, que esteja fora do controle de constitucionalidade; e) a aplicação direta das normas constitucionais, que sugere a difusão da cultura jurídica de certa concepção da constituição e uma determinada atitude dos juízes (respeito da operatividade e totalidade do texto constitucional nas relações que entre pessoas e Estado, como também entre particulares, f) a interpretação conforme a Constituição, isto é, aquela que compatibiliza a lei com a Constituição (previamente interpretada) elegendo, frente a uma dupla possibilidade interpretativa o significado (da norma) que evite qualquer contradição entre a lei e a Constituição; e g) a influência da Constituição sobre as relações políticas, o qual depende de diversos elementos.

2.3 Força Normativa da Constituição

Tendo-se em vista os ensinamentos de Ferdinand de Lassalle citado por Konrad Hesse na obra “A Força Normativa da Constituição”, traduzida pelo Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes. Essas relações fáticas constituem a força ativa da lei e da sociedade. Desse modo, os fatores reais de poder é que formariam a Constituição real e a Constituição jurídica não passaria, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel.⁵⁷ A norma jurídica somente terá eficácia se contemplar:

“[...] o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.”⁵⁸

O mesmo autor assevera que a força normativa da Constituição não reside somente na adaptação inteligente a uma dada realidade. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.⁵⁹ A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Os principais pressupostos que permitem à Constituição desenvolver sua força normativa são:

- a) o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente;
- b) a Constituição deve mostrar-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes;
- c) concepção de vontade de Constituição deve ser partilhada por todos os partícipes da vida constitucional;

⁵⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzida pelo Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. p. 5.

⁵⁸ Ibidem. P.15

⁵⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzida pelo Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

d) estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.⁶⁰

A força normativa da constituição visa exprimir que a constituição, na condição de uma lei, como lei deve ser aplicada. Afasta-se, assim, a tese generalizante aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um "valor declaratório", "uma natureza de simples direção política", um caráter programático despido de força jurídica atual caracterizadora das verdadeiras leis.⁶¹

Salienta-se que no Brasil, o debate acerca da força normativa da Constituição somente veio a ocorrer ao longo da década de 80.

2.4 A nova interpretação constitucional

No modelo convencional de interpretação jurídica as normas são tratadas como regras. A incidência da norma ao caso concreto é verificada mediante subsunção.

A nova interpretação constitucional sugere que o texto normativo em abstrato não é suficiente solucionar todas as controvérsias jurídicas. Nestes casos, o juiz torna-se "co-participante do processo de criação do direito".⁶² Leonel Pires Ohlweiler ensina que interpretar a Constituição envolve um projetar de sentidos, que parte de um conjunto de pré-compreensões, desvelados no âmbito de um modo-de-ser-no-mundo. A compreensão, assim, possui uma dimensão ôntico-ontológica, não podendo ser resumida a mera utilização de várias regras formais, de métodos. O autor afirma que o método sempre chega tarde. Neste sentido, a modernidade, há de conviver cada vez mais com um direito constitucional de caráter material, aberto e dotado de maior flexibilidade, em detrimento da diminuição do papel centralizador do direito constitucional formal.⁶³

⁶⁰ Ibidem, pp. 20/23.

⁶¹ Ibidem, pp. 20/23

⁶² Ibidem, pp. 20/23.

⁶³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzida pelo Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 20/23.

Dessa forma, o intérprete se depara com situações onde se incluem as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Dentre estes, destaca-se a força normativa atribuída aos princípios. Como se sabe, os princípios não se confundem com regras. O traço fundamental dos princípios jurídicos que permite considerá-los qualitativamente distintos das regras de direito segundo Robert Alexy é:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contém determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.”⁶⁴

Sem objetivar um aprofundamento demasiado do tema, a título de anotação, deve-se salientar que há autores que dissentem deste critério diferenciador. Dentre eles, Humberto Ávila diz que não apenas os princípios, mas também as regras, seriam mandatos de otimização. Além disso, os princípios também poderiam entrar em colisão total, de sorte que, num caso concreto, a aplicação de determinado princípio afastaria os outros, eventualmente colidentes, como não pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico.⁶⁵

Konrad Hesse⁶⁶ arrola diversos princípios de interpretação constitucional, dos quais se destacam: princípio da unidade da constituição, princípio da concordância prática, critério da exatidão funcional, critério do efeito integrador e critério da força normativa da constituição. Nesta monografia julga-se pertinente tecer comentários acerca dos seguintes princípios, utilizando-se de feliz resumo feito por Cláudio Pereira de Souza Neto:

⁶⁴ Apud COELHO. Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 3ªed. 2007.p.74.

⁶⁵ AVILA. Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, jan/mai 1999, p.163/164.

⁶⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 65 e seguintes.

- a) Princípio da Concordância Prática: os bens jurídicos protegidos pela constituição devem ser coordenados uns aos outros. Onde nascem colisões não deve, em ponderação de bens ou até ponderação de valor abstrata, um ser realizado a custo do outro;
- b) Princípio da Exatidão (ou correção) Funcional: se a Constituição ordena a respectiva tarefa e a colaboração dos titulares de funções estatais em determinada forma, então, o órgão interpretador tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas; ele não deve pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover a distribuição de funções;
- c) Princípio da Força Normativa da Constituição: dada a importância do tema, a respeito deste princípio, já foram tecidos comentários em subcapítulo próprio. Conclui-se, portanto, quanto a este, que, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, deve ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima.⁶⁷

Não se pode olvidar do princípio da interpretação conforme a constituição. Segundo este, os intérpretes de textos normativos de múltiplos significados devem optar por aquele sentido que torne as leis constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade. Lembram alguns doutrinadores que, modernamente, este princípio tem como significado também, um mandato de otimização do querer constitucional. Neste sentido, não significa apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte.⁶⁸

Deve-se asseverar que a expansão da jurisdição constitucional representa um movimento inspirado no modelo americano de constitucionalização dos direitos fundamentais que ficavam imunes ao processo político e cuja proteção caberia ao judiciário. Neste contexto, inúmeros países, adotaram a criação de tribunais

⁶⁷ SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 192.

constitucionais. No Brasil o controle incidental de constitucionalidade existe desde a Constituição de 1891. Com o advento da Constituição de 1988, ocorreu a verdadeira expansão da jurisdição constitucional.

2.5 A constitucionalização do direito no Brasil

Conforme já mencionado, a expansão da constitucionalização do direito no Brasil ocorreu com a edição da Carta Magna de 1988. A Constituição da República Federativa do Brasil suscita profundas transformações que importam na adoção de nova idéia de direito ao informar uma concepção de Estado e de Sociedade diferente daquela que vigorava no regime constitucional revogado.

Observa-se que todos os ramos do direito tiveram tratamento na constituição. Conforme preleciona Luís Roberto Barroso “na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante.”⁶⁹

2.5.1 A constitucionalização do direito administrativo no Brasil

Em que pesem algumas divergências doutrinárias, o surgimento da doutrina do direito administrativo insere-se no contexto da Revolução Francesa. Houve uma mudança radical em relação aos pressupostos do regime absolutista, anteriormente vivido. Este novo momento é marcado por um forte conteúdo positivista e se verifica que a Administração Pública estava subordinada à lei. O modelo francês acabou por influenciar a formação deste ramo do direito em outros países da Europa.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2ª ed. 2008. pp. 118/119.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, Rio de Janeiro: Renovar. 2ª ed. 2006.

A passagem do Estado do tipo liberal para o Estado social traz uma mudança no regime jurídico. Assenta Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva que:

“a crise da dogmática clássica, que parece ser hoje unanimemente aceite, é resultado das transformações profundas ocorridas ao nível da Administração, que passou de agressiva a prestadora e constitutiva. Na verdade, se a doutrina clássica que fizera do acto administrativo o conceito central de Direito Administrativo, ‘assentava que nem uma luva à realidade’ do modelo liberal de Estado, ela já não se mostrava mais adequada ao ambiente jurídico do Estado Social.”⁷⁰

A constitucionalização da Administração Pública é um dos fenômenos dessa nova concepção de Estado.

Essa relação entre os direitos constitucional e administrativo que Bouboutt rotulou entre dois "irmãos siameses" não é mais desafinada, pois a nova concepção dos princípios constitucionais fez com que Peter Haeberle, afirmasse que "o Direito Administrativo atual existe, modifica-se e desaparece, tanto em sentido formal como em sentido material, em conjugação com – e indissociavelmente ligado ao – Direito Constitucional.”⁷¹

Como visto, a nova interpretação constitucional projeta-se por todo o sistema jurídico. Isso se deu em função do reconhecimento da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 dedicou capítulo completo para tratar da Administração Pública. Umberto Allegretti anota que o Estado deverá influenciar sobre a configuração da Administração e esta, por sua vez, incidirá positiva ou negativamente sobre o carácter democrático do ordenamento. Neste diapasão os princípios da democracia não podem limitar-se a reger a função legislativa e a jurisdicional, devem também informar a função administrativa. Dessa forma, inexistente democracia sem democracia da Administração; ao se implementar nova Constituição, ao se estabelecer novo nível de liberdade é de relevo considerar a Administração como fator fundamental de inovação.”⁷²

⁷⁰ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 111.

⁷¹ *Apud* MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 686, 22 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6756>>. Acesso em: 01 mar. 2008.

⁷² Allegretti *Apud* MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 164

Vários doutrinadores anotam que o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo ocasionou a mudança na qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. Dentre eles, destacam-se ⁷³:

- a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado. ⁷⁴
- b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária.
- c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.

Ao lado do fenômeno da constitucionalização do direito, Leonel Ohlweiler anota que cada vez mais, em razão da complexidade do Estado Moderno, pode-se verificar o surgimento do que se pode chamar de “direito constitucional material” que significa “um direito essencialmente jurisprudencial caracterizado pela potencialidade de abertura, ultrapassando-se, assim, posturas singularizadas pelo agir dogmático formal”⁷⁵

Para o autor, é imprescindível no momento em que se vive um “regime jurídico-administrativo material e voltado para ultrapassar o pensamento objetificador.”⁷⁶ Nesse sentido, faz-se necessária a participação da jurisdição constitucional e a superação da forma predominante de compreensão do fenômeno jurídico como algo que decorre da simples subsunção da norma ao caso concreto. Além disso, acrescenta que a compreensão do fenômeno jurídico impõe superar o esquema sujeito-objeto, ou seja, o operador do Direito deve se ater ao fato de que existem entes jurídico-administrativos a ser apreendidos por uma espécie de razão superior. Desse modo, a interpretação constitucional deve deixar de lançar o olhar exclusivo sobre a metodologia para mergulhar na ontologia. ⁷⁷

⁷³ Neste sentido estão Celso Antônio Bandeira de Mello (*in* Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 57) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*in* Curso de Direito Administrativo. Forense:Rio de Janeiro. 2005, p.429 e seguintes).

⁷⁴ Acerca deste tópico, se faz importante ressaltar que, em capítulo próprio deste trabalho, será efetuada a releitura constitucional do princípio do interesse público e seus reflexos na arbitragem.

⁷⁵ OHLWEIR, Leonel. *O Contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. Neoconstitucionalismo: ontem os códigos, hoje as constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica., Instituto de Hermenêutica Jurídica, v 1, n.2, 2004, p.285.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 319.

⁷⁷ Ao explicitar a nova forma de visão, o autor esclarece que a compreensão ôntico-ontológica do regime administrativo tem como pressuposto que a atividade administrativa não está sujeita a uma legalidade-em-si, mas ao Direito construído, desvelado e aberto a partir da pluralidade de indícios formais-constitucionais, materializados em valores, princípios e preceitos constitucionais. *Ibidem*, pp. 319.

Citando Hans-Georg Gadamer, o autor trata a questão dos pré-juízos e o papel por eles exercido no processo de compreensão. Nesse sentido, esclarece que é importante o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda a compreensão. Isso porque deve ser considerado os pré-conceitos como realidades históricas que integram a compreensão mesma, sob pena de a compreensão ocorrer sem o elemento histórico.⁷⁸

O que em suma se observa é que “o direito administrativo precisa de filosofia, até mesmo como modo de possibilitar o ingresso em seu campo de conhecimento de outras problematizações não abarcadas pelo projeto dogmático tradicional.”⁷⁹

⁷⁸ GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenêutica filosófica*. 5ª ed. Salamanca: Sígueme, 1993, v.1. Apud Leonel Ohlweiler. O Contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo in *Neoconstitucionalismo: ontem os códigos, hoje as constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol1, n.2, 2004, p.321.

⁷⁹ OHLWEIR, Leonel. *O Contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. Neoconstitucionalismo: ontem os códigos, hoje as constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica., Instituto de Hermenêutica Jurídica, v 1, n.2, 2004,p. 324.

Capítulo 3

Concepções Hobbesiana e Habermasiana de Estado

3.1 Concepção Hobbesiana de Estado

Thomas Hobbes é um dos mais destacados e influentes filósofos políticos da idade moderna, cuja importância indiscutivelmente compreende os fundamentos do constitucionalismo moderno e influencia o pensamento ocidental há mais de três séculos. Hobbes está afirma que a origem do Estado está em um contrato. De acordo com a sua teoria “os homens viveriam, naturalmente, sem poder e sem organização – que somente surgiriam depois de um pacto firmado por eles, estabelecendo as regras de convívio social e de subordinação política.”⁸⁰

Deve-se mencionar que o conceito central do contratualismo baseia-se na valorização do indivíduo e atende a dois princípios: a legitimidade da auto-preservação e a ilegalidade do dano arbitrário feito dos outros.

O filósofo tem em “Leviatã” a sua principal obra (1651). O nome “Leviatã” deriva de um monstro de origem bíblica (Jô, 3,8;40,25; Sl. 74,14).⁸¹

⁸⁰ WEFFORT. Francisco C. *Clássicos da política*. São Paulo: Editora Ática. 12ªed. 1999. p. 53.

⁸¹ “Esse animal mítico de muitas cabeças será utilizado por Hobbes como uma representação simbólica do Estado Civil, ou “deus mortal”, descrito logo na introdução de sua obra como sendo ‘um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja defesa e proteção foi projetado. E no qual a soberania é um alma artificial, pois dá vida e movimento a corpo inteiro; os magistrados e outros funcionários judiciais ou executivos, juntas artificiais, a recompensa e o castigo são os nervos, que fazem o mesmo no corpo natural; a riqueza e prosperidade de todos os membros individuais são a força. *Salus populi* é seu objetivo, os conselheiros, através dos quais todas as coisas que necessita saber lher são sugeridas, são a memória, a justiça e as leis, uma razão e uma vontade artificiais; a concórdia é a saúde; a sedição é a doença; e a guerra civil é a morte. Por último, os pactos e convenções mediante os quais as partes deste corpo político foram criadas, reunidas e unificadas asselham-se àquele Fiat, ao façamos o homem proferido por Deus na criação.” (MALMESBUURY Thomas Hobbes de. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico ecivil*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, p. 27, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva)

Há na teoria hobbesiana a premissa pré-estatal do estado de natureza, que significava para o autor um estado de degradação, selvageria, dispersão, pobreza e medo. Nesse sistema prevalece a lei do mais forte e o individualismo encontra o seu apogeu.⁸²

Aspecto importante em Hobbes está na descrição das causas que impelem o homem a construir o estado de sociedade, por meio da instituição do Estado. O autor constata que a natureza fez os homens iguais entre si, principalmente com relação à força e o espírito, o que possibilita ao mais fraco fisicamente, por meio de algum recurso complementar poder aniquilar o mais forte. Assim, entre os homens não existiria um que pudesse ser tão poderoso a ponto de reclamar e manter alguma soberania permanente sobre todos os outros. Se esta hipótese ocorresse, não seria necessária a saída para o estado de sociedade.⁸³

Dito isto, se observa que o Estado surge como uma solução ao instável estado de natureza em que viviam os homens. A base de criação deste, para Hobbes, está na necessidade de se exercer um controle sobre natureza humana, a qual, movida pelo desejo de poder incessante, inviabiliza a vida em estado de natureza, o que força o ser humano a procurar saídas, tendo sido a institucionalização do Estado, uma decisão racional a qual viabiliza a troca de uma liberdade ilimitada do estado de natureza, porém de pouco valor, por uma liberdade controlada, entretanto com segurança, existente no estado de sociedade.⁸⁴

Em suma, o Estado pode assim ser definido:

“uma pessoa cujos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira como considerar conveniente, para assegurar a paz e defesa comum. Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano.”⁸⁵

Observa-se que o autor mostrava-se como um defensor do absolutismo e acreditava que o soberano não precisava prestar contas de suas ações aos seus súditos, desde que elas levassem em conta a segurança do sistema. Verifica-se

⁸² DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Revista de Informação Legislativa. Brasília. A. 38, n. 152, out/dez 2001, p.152.

⁸³ MALMESBUURY, Thomas Hobbes de. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico ecivil. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, p. 141/144.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Ibidem, p. 105/106.

que, o próprio monarca significava a fonte legisladora – *La loi, c'éte moi*.⁸⁶ Para o autor, somente quando o Soberano - a suprema autoridade política central - deixa de fornecer proteção e paz aos membros do Estado e, sobretudo respeitar os direitos fundamentais do ser humano, é que pode e deve ser destituído. Tal destituição do soberano, contudo, deve gerar a menor quantidade possível de violência social e política para não perturbar a paz geral.⁸⁷

Robert Nisbet tece apontamento acerca da teoria hobbesiana e acentua que o maior direito do Estado Absoluto é seu poder de criar um ambiente no qual o indivíduo possa buscar seus fins naturais. Neste sentido, Hobbes seria igual a Platão. Conclui que para Hobbes o Estado tornou-se a comunidade político-legal que é o Leviatã: “uma comunidade que não permite, em seu interior, nenhuma forma inferior de comunidade que pudesse presumivelmente desafiar sua unidade, sua indivisibilidade e sua autoridade absoluta.”⁸⁸

Deve-se mencionar que o jusnaturalismo de Hobbes pode ser diretamente associado como ponto de partida para sua formulação do *homo artificialis*, o Estado Absolutista.⁸⁹

Em resumo, deve-se ter em mente três argumentos interligados que compõem a base psicológica da teoria de Estado hobbesiana. Em primeiro lugar, o autor afirma que, por uma exigência da natureza, todos desejamos evitar aquele que é o maior inimigo da natureza: a morte. Dessa forma, é natural que exista este sentimento de autopreservação. A segunda informação refere-se ao fato de que todos os homens são mais ou menos iguais e o estado em que se tenta exercer esse direito igual de auto preservação se revela um estado de guerra. Sua terceira sugestão é que tão logo esse perigo se torne evidente, todos os homens devem reconhecer a necessidade de evitar a guerra e buscar a paz, em nome da preservação. Decorre daí que o ditame fundamental da razão e primeira lei da natureza deve ser buscar a paz, como único meio de evitar a morte.⁹⁰

⁸⁶ Brocardo que significa: A lei sou eu.

⁸⁷ MALMESBUURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Coleção os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, pp. 145/152.

⁸⁸ NISBET, Robert: *Os Filósofos Sociais*. Brasília: Ed. U.N.B., 1982, Tradução de Yvette Vieira P. de Almeida, p. 152.

⁸⁹ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida, O Estado na visão de Thomas Hobbes. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF, v. 38, n. 152, out/dez 2001, p. 152

⁹⁰ SKINNER, Quentin, *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. São Paulo: Fundação Editora da Unesp – 1999. (Unesp – Cambridge). Tradução: Vera Ribeiro, p. 424/425.

Para Hobbes o Direito nada mais é que o fruto da vontade e dos interesses racionais de quem detém o Poder, em face das necessidades do Estado de manter a paz e a estabilidade social. Vale destacar, ainda, que, nessa concepção de Direito de Hobbes, encontram-se os dois elementos típicos ou características básicas do Positivismo Jurídico, quais sejam: a) o formalismo, pois é válido independentemente do seu conteúdo ou finalidade; e b) o imperativismo absoluto e exclusivo do Estado.

Segundo Hobbes, a definição de justiça deve ter adequação científica. Quanto ao tema, Quentin Skinner salienta que este juízo deve utilizar os vocábulos em seus sentidos geralmente aceitos, que evite a equivocação ou a ambigüidade; e que permita a identificação dos exemplos de justiça e injustiça por meio do emprego de algum critério puramente empírico, o que previne qualquer influência deturpadora da paixão ou do preconceito. A segunda tarefa, por conseguinte, é mostrar que, à luz de tal definição é possível demonstrar que dela decorrem diversas conseqüências necessárias, que são, ao mesmo tempo, “politicamente substanciais e logicamente inevitáveis.”⁹¹

3.2 Concepção Habermasiana de Estado

Jürgen Habermas é considerado um herdeiro direto da escola de Frankfurt. A sua primeira fase é bastante influenciada pelo marxismo na qual o filósofo segue a linha de Adorno e dos demais membros da primeira e da segunda geração da Escola de Frankfurt. Em um segundo momento, o autor torna-se adepto da teoria comunicativa do agir. Sua terceira fase é a da constelação pós-nacional.

Reputa-se importante para a compreensão do conceito de Estado em Habermas, abordar primeiramente, de forma sintética, como o autor entende o Direito para, posteriormente, vislumbrar a relação deste com o Estado, bem como os princípios atribuídos ao Estado de Direito.

Segundo a teoria Habermasiana, o Direito se apresenta como um sistema no qual os membros de uma comunidade se apóiam quando pretendem legitimidade.

⁹¹ SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. São Paulo: Fundação Editora da Unesp – 1999. (Unesp – Cambridge). Tradução: Vera Ribeiro, p. 424.

Para o autor, o Direito moderno caracteriza-se por ser positivo, ou seja, um Direito escrito, que é histórico, contingente, modificável e coercitivo, por um lado, e, por outro, garantidor da liberdade.⁹²

Há para o doutrinador, uma relação entre o caráter coercitivo e a modificabilidade do Direito positivo, por um lado, e um modo de positivação ou de estabelecimento do Direito que é capaz de gerar legitimidade, por outro.⁹³ Se normas coercitivas remontam a decisões modificáveis de um legislador político, essa circunstância liga-se à exigência de legitimação, segundo a qual, esse Direito escrito deve garantir equitativamente a autonomia de todos os sujeitos de direito. O mesmo autor defende que o processo legislativo democrático deve ser suficiente para atender a tal exigência. E, nesse sentido, cria-se, pois, uma relação conceitual ou interna entre Direito e democracia, e não apenas uma relação historicamente casual.⁹⁴

Importante mencionar que, para ele, os direitos fundamentais “pressupõem o poder de sanção de uma organização, a qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas”. Neste ponto, surge o Estado, que mantém como reserva um poder militar, a fim de garantir seu poder de comando.⁹⁵ Assim, para constituir-se como comunidade de direito, tal coletividade precisa de uma instância central autorizada a agir em nome do todo: o Estado. Esta é a justificativa da capacidade do Estado para a organização e auto-organização destinada a manter a identidade da convivência juridicamente organizada.⁹⁶

Resumidamente, pode-se dizer que o Estado é necessário como poder de organização, de sanção, e de execução, pois os direitos devem ser implantados, tendo-se em vista que a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade. Além disso, a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados.”⁹⁷

⁹²HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudo de teoria política*. Trad. George Sperbe e Paulo Astor Soethe, São Paulo: Loyola, 2002, p.286.

⁹³ Ibidem, p.287

⁹⁴ Ibidem,p. 287.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.p. 170. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler.

⁹⁶ Ibidem, p. 170.

⁹⁷ Ibidem.p.171.

Com relação à teoria Hobbesiana de conceituação do Estado, Habermas considera que a sua construção constitui, pelo menos, um equivalente para os que supõem que a sociedade civil deve funcionar como fonte de socialização política, antes de qualquer regulamentação jurídica, porque as relações de concorrência econômica implicam sujeitos que fecham contratos e, portanto, sujeitos que estabelecem direitos.⁹⁸ O que o autor quer mostrar é que o Estado absolutista Hobbesiano, que de certa forma já garantia alguns direitos compreendidos em termos de autonomia privada, com a soberania popular transforma os direitos em civis e humanos. Dessa forma, a autonomia passa a ser compreendida como pública e privada com direitos de participação, consagrando-se a tese de que o cidadão é ao mesmo autor e obediente à lei, isto é, é a vontade do povo que consagra as normas legais. Nesse raciocínio, o povo poderia até admitir um rei no posto máximo de comando do Estado, desde que a soberania seja sua. Portanto, a soberania muda de lugar.

Em relação à conceituação de Estado de Direito, Habermas explicita a exigência de que as decisões que o direito precisa tomar para a realização das suas funções próprias não apenas tenham a forma do direito, mas que igualmente se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Assim, o exercício do poder político se legitima por meio da sua ligação com o direito legítimo. Segundo o autor, “[...] só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade”⁹⁹

No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, que é norteadada pela ação comunicativa, a soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito. Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos.¹⁰⁰

Faz-se importante noticiar a diferenciação que Habermas estabelece entre poder comunicativo e poder administrativo. E o direito é o meio para a transformação do poder comunicativo em poder administrativo. Em razão disso existe a possibilidade de se desenvolver a idéia do Estado de Direito com o auxílio de

⁹⁸ Ibidem, p. 68.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.p. 172. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler.

princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do “direito legitimamente normatizado”¹⁰¹

Habermas defende que, segundo uma reconstrução dos princípios do Estado Democrático de Direito, à luz de uma compreensão procedimentalista do Direito os sujeitos privados não poderão gozar de iguais liberdades subjetivas se eles mesmos, no comum exercício de sua autonomia política, não se esclarecem sobre interesses justificados e critérios e não se puserem de acordo sobre quais hão de ser os aspectos relevantes sob os quais o igual deverá ser tratado de forma igual e o desigual de forma desigual.¹⁰²

A fim de que se compreenda melhor o que sustenta Habermas hoje sobre o Estado-nação, é importante mencionar rapidamente como o autor visualiza a evolução da categoria “Estado” até os dias de hoje. No século XVII havia o Estado administrativo, que se desenvolveu para um Estado fiscal, o qual se tornou dependente da economia capitalista. No século XIX, ele se abriu para o Estado nacional (com o sistema democrático)¹⁰³. Para o autor uma autodeterminação democrática só pode vir a se concretizar quando o povo do Estado se transforma em uma nação de cidadãos do Estado que toma o seu destino político nas próprias mãos. Neste sentido, somente a construção simbólica de um ‘povo’ faz do Estado moderno o Estado nacional.¹⁰⁴

Após isso, constituiu-se o Estado social. Para o autor essa combinação bem-sucedida neste momento está ameaçada pela globalização econômica, que foge das intervenções desse Estado. Acentua-se que “[...] a mobilidade de capital acelerada dificulta a intervenção estatal nos lucros e nas fortunas, e o acirramento da concorrência por posições conduz à redução dos ganhos fiscais”¹⁰⁵. Assim, os Estados nacionais enfrentam o desafio de compatibilizar mercados auto-regulados e de alcançar seus objetivos econômicos, sem prejudicar os objetivos sociais e políticos.

¹⁰⁰ Ibidem, p.173.

¹⁰¹ Ibidem p.212.

¹⁰² Ibidem, p. 213.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo:Littera Mundi, 2001. p. 69

¹⁰⁴ Ibidem, p. 82.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 88.

O autor leciona que são princípios do Estado de Direito: o princípio da soberania popular; o princípio da ampla garantia legal do indivíduo; o princípio da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; o princípio da separação entre Estado e sociedade.¹⁰⁶

Devido a importância para o deslinde do tema em estudo, faz-se pertinente tecer considerações acerca de dois princípios: o princípio da soberania popular e o princípio da separação entre Estado e sociedade.

O primeiro de acordo com Habermas, “significa que todo poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político se orienta e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente”¹⁰⁷. Dessa forma, todas as questões relevantes devem ser tematizadas e elaboradas em discursos e negociações, baseadas nas melhores informações e argumentos possíveis, por meio de uma institucionalização jurídica de determinados processos e condições de comunicação, que torna possível um emprego efetivo de liberdades comunicativas iguais.

Habermas sustenta a existência de uma esfera pública política aberta a todos os cidadãos. O princípio da soberania popular exige uma estruturação discursiva das arenas públicas nas quais circulações comunicativas, engrenadas anonimamente, se soltam do nível concreto das simples interações. Uma formação informal da opinião não é sobrecarregada por um modelo de deliberação entre pessoas presentes que buscam uma tomada de decisão. Tais arenas precisam ser protegidas por direitos fundamentais, e deve-se levar em conta o espaço que devem proporcionar ao fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição; não podem, todavia, ser organizadas como corporações.¹⁰⁸

Sobre o princípio da separação entre Estado e sociedade civil, Habermas refuta a interpretação liberal (Estado burguês) de um Estado que se limita a garantir a segurança para uma sociedade econômica auto-regulada, liberada de regras do Estado. Ao promover esta separação, o autor quer fazer menção a uma garantia jurídica de uma autonomia social que atribui a cada cidadão as mesmas

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.p. 212.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 212.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1, p. 214.

oportunidades de utilizar-se de seus direitos políticos de participação e comunicação¹⁰⁹. Em outras palavras, há a exigência de uma sociedade civil, portanto de relações de associação. Esta é a maneira de impedir que o poder social – definido pelo autor como a medida para a possibilidade de um ator impor interesses próprios em relações sociais, ainda que haja resistências de outros¹¹⁰ – se transforme em poder administrativo sem passar antes pelo filtro de formação comunicativa do poder. O autor que sugere que a sociedade civil precisa amortecer e neutralizar a divisão desigual de posições sociais de poder e dos potenciais daí derivados, com o fito de que o poder social possa impor-se na medida em que possibilita, sem restringir, o exercício da autonomia dos cidadãos¹¹¹.

Para finalizar, transcreve-se abaixo a conclusão do autor quanto a principiologia mencionada:

“a organização do Estado de Direito deve servir em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constitui, como auxílio do sistema direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos. Ao se organizar o Estado de direito, o sistema de direitos se diferencia numa ordem constitucional, na qual o médium do direito pode tornar-se eficiente como transformador e amplificador dos fracos impulsos sociais e integradores decorrentes de um mundo da vida estruturado comunicativamente. Neste ponto, gostaria de destacar dois aspectos: de um lado, o Estado de direito institucionaliza o uso público das liberdades comunicativas; de outro lado, ele regula a transformação do poder comunicativo em administrativo.”¹¹²

¹⁰⁹ Ibidem, p. 218

¹¹⁰ Ibidem, p. 219.

¹¹¹ Ibidem, p. 219

¹¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1, p. 221.

Capítulo 4

Releitura Constitucional do Princípio do Interesse Público (da via econômica à via equitativa)

4.1 Considerações iniciais

O primeiro capítulo desta monografia tratou, de forma sintética, dentre outros assuntos, da arbitralidade objetiva. Nele já se mencionou que em tópico próprio haveria o desenvolvimento do tema atinente ao princípio do interesse público e suas nuances.

Reputa-se que, após ter feito a descrição de aspectos importantes do neoconstitucionalismo, no qual se insere o marco teórico deste trabalho, bem como ter efetuado a abordagem das concepções Hobbesiana e Habermasiana de Estado naquilo que interessa ao desenvolvimento do tema, o estudo se encontra permeado para se proceder à releitura constitucional do princípio do interesse público.

Por meio da simples leitura da lei da arbitragem observa-se que esta se destina a regular o instituto da arbitragem para a solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Esta monografia se presta justamente para proceder a análise do cabimento da solução arbitral para conflitos que envolvam a Administração Pública.

4.2 Limite Constitucional da Arbitragem

Parte da doutrina clássica aponta que a arbitragem como método de resolução de conflitos em relação às pessoas jurídicas de direito público violaria o princípio da legalidade, o princípio da inafastabilidade do judiciário e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Segundo Diogo de Figueiredo Neto, o princípio da legalidade, com status de princípio geral do direito administrativo, atua como uma “reserva legal absoluta”, a qual se subordina o Estado e seus entes. Dessa forma, se apresenta como o mais importante dos princípios instrumentais e informa, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática, as da relação jurídica administrativa, das nulidades e do controle.¹¹³

Ao conectar o estudo do princípio da legalidade em relação à arbitragem, Carmem Tibúrcio acentua em seu artigo que nas hipóteses de lei autorizativa não persistiria dúvidas acerca de a Administração clausular a arbitragem. O problema residiria nas outras situações. A autora assevera que essa situação de incerteza é bastante nefasta para um Estado. Mais à frente, anota porém uma tendência bastante nítida por parte da jurisprudência nacional da aceitação da arbitragem envolvendo sociedade de economia mista e empresa pública que desempenham atividade econômica com base no art. 173, § 1º da CF.¹¹⁴

No que toca à alegada violação ao princípio da legalidade deve-se consignar que o artigo 99 é categórico, quando confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência para criar juizados especiais, providos de juízes togados ou togados e leigos competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais menores, mediante processo oral e sumaríssimo, facultados a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Também o parágrafo primeiro do artigo 114 admite a eleição de árbitros, frustrada a negociação coletiva, na solução de controvérsias decorrentes das relações de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento das sentenças da Justiça do Trabalho.

Deve-se asseverar também que a arbitragem está autorizada de forma genérica nos dispositivos legais existentes, entre eles o artigo 54 da Lei n. 8.666/93, o artigo 23, XV, da Lei n. 8.987/95, o artigo 1º da Lei n. 9.307/96. Conforme já mencionado neste trabalho, existem também leis específicas que admitem a participação da Administração Pública em arbitragens: Lei n. 5.662/71, art. 5º (BNDES); Decreto-lei nº 1.312/74, art. 11 (empréstimos); Lei n. 8.693/93, art.1º, § 8º(transporte ferroviário); Lei n. 8.987/95, art. 23 (concessões); Lei n. 9.472/97, art.

¹¹³ NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 14ª ed., 2005 p.82.

¹¹⁴ TIBÚRCIO, Carmem. Op. Cit. p. 343.

93, XV (telecomunicações); Lei n. 9.478/97, art. 43, X (petróleo); Lei n. 10.848/04, art. 4º, § 6º (CCEE); Lei nº11.079/04, art. 11 (PPP).

Deve-se verificar que o *leading case* conhecido como "Caso Lage"¹¹⁵ foi construído a partir de uma autorização legal específica para a arbitragem (Dec.Lei 9.521/46) o que prova que a juridicidade não elimina a legalidade estrita. Neste trabalho, defende-se a utilização de visão pós-moderna do princípio da legalidade, uma vez que hodiernamente ganha ele a conotação de princípio da juridicidade, criado a partir da constatação da impossibilidade da inteira programação legal da necessidade em mantê-la totalmente subordinada a princípios e regras do ordenamento jurídico em especial à vontade estampada na Constituição.¹¹⁶ Neste sentido, reconhecem-se as insuficiências da norma, para, num proceder contextualizante, aplicar uma teoria de princípios que tem por grande vantagem o fato de que ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva.

Conforme visto no capítulo atinente ao neoconstitucionalismo, houve uma profunda evolução do significado e do valor da Constituição, que acompanhou a radical mudança do modelo de Estado. Assim, a reserva da lei deu lugar à reserva de Constituição e devido a esta consolidação do Estado de Direito, as Constituições atuais possuem uma elaboração voltada aos direitos fundamentais do homem, invertendo-se a supremacia, visto que o Estado passou a ser controlado, para justamente proporcionar a todos o bem-estar. Agrega-se a este fato, a transformação do Estado, que deixou de ser agressiva para consolidar-se em uma Administração prestadora e constitutiva.¹¹⁷

Em relação ao princípio da inafastabilidade do judiciário, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, deve-se consignar que não existe qualquer ofensa a este, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal no sentido de que a

¹¹⁵ O STF salientou que o juízo arbitral sempre foi consagrado no direito brasileiro, até mesmo em causas contra a Fazenda, e que pensar de modo contrário, significaria restringir a autonomia contratual do Estado. Sendo assim, para resolver a pendência do valor a ser pago em decorrência da desapropriação de bens com as Organizações Lage, constituída por empresas privadas que se dedicavam à navegação, estaleiros e portos, a própria União submeteu-se à arbitragem o que foi considerado válido. (STF. Agravo de instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto. RTJ 68/382).

¹¹⁶ MERKL, Adolf. *Teoria General de Derecho Administrativo*. Mexico D.F.: Editora Nacional, 1975, p. 187.

¹¹⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 111.

arbitragem e a lei de arbitragem editada para regulamentá-la é perfeitamente constitucional. O Ministro Carlos Velloso salientou que a arbitragem trata de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça. "O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever".¹¹⁸

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não deve excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito, mas não proíbe que as partes interessadas excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. A arbitragem é uma opção, uma faculdade, não há porque o Judiciário exigir que somente ele possa resolver conflitos sobre matéria objeto de arbitragem. Tanto é que muitas vezes conflitos de interesses são solucionados por acordo entre as partes, dentro ou fora do Judiciário. Não existe, nesses casos, a dicção do direito pelo Poder Judiciário. Portanto, a arbitragem não viola o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Dada a importância do princípio do interesse público que foi atribuída neste trabalho, a sua relação com a arbitragem será vislumbrada em subcapítulo próprio.

4.3 A arbitragem e sua relação com o princípio da indisponibilidade do interesse público

É na seara da arbitralidade objetiva que está o principal argumento desfavorável à admissão da arbitragem como método de resolução de conflitos que envolvam contratos firmados pela Administração Pública em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Carlos Alberto Carmona afirma que são arbitráveis controvérsias relativas a "matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem."¹¹⁹

¹¹⁸ STF, DJ 30-04-2004, SE-AgR 5206 / EP – ESPANHA, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE..

¹¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 56.

Entende-se pertinente, traçar comentários acerca do conceito de interesse público, todavia, antes de adentrar neste tema de fundamental importância faz-se necessário traçar alguns breves comentários sobre o regime jurídico-administrativo, na medida em que ambos assuntos estão intimamente relacionados.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro o regime jurídico administrativo corresponde ao “conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre os particulares constitui o regime jurídico administrativo.”¹²⁰

O renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello definiu o regime administrativo como sendo o ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo, assumindo roupagem de um efetivo regime jurídico-administrativo cujas "pedras de toque" consistem na supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração.”¹²¹

Da leitura dos manuais de direito administrativo, pode-se constatar uma divisão a ser feita na atividade negocial do Estado, instrumentalizada por contratos administrativos, a par da conhecida divisão, feita em sede jurisprudencial, dos atos de Estado *ius imperii* ou *ius gestionis*. Com efeito, separam-se nos contratos administrativos aqueles que são realizados em virtude do preenchimento da finalidade perene da Administração Pública, qual seja, o atendimento do interesse público, daqueles outros que a Administração celebra sem perseguir de maneira direta sua finalidade, sendo que estes últimos existem sempre de forma instrumental e subsidiária. Em suma, pode-se verificar que segundo a maior parte da doutrina existem duas modalidades de contratos celebrados pelo Estado: por um lado, aqueles de direito privado em que incidem normas de direito público; de outro, os de direito público em que incidem normas privatísticas.

Dito isto, e compulsando-se a doutrina nacional, verifica-se que na quase totalidade dessas obras não há um capítulo próprio no qual o "interesse público" seja tratado como efetivo princípio. É comum, por exemplo, encontrar a expressão "supremacia do interesse público" como viga mestra sobre a qual se assenta o sistema jurídico-administrativo. No entanto, perceber que o princípio do interesse

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007, 20ª ed., p. 57.

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2004, p. 46.

público encontra-se inserido dentro desse contexto é o primeiro passo para começar a compreendê-lo na sua inteireza.

Prosseguindo-se no estudo do tema, cumpre abordar um aspecto fundamental, qual seja, a conceituação de interesse público.

Segundo Diogo de Figueiredo Neto, o interesse público subdivide-se em interesse público primário e o secundário ou derivado. O primeiro está relacionado com a sua relevância, considera a segurança e o bem-estar da sociedade; são definidos pelo ordenamento jurídico e compete ao Estado a satisfação deste. Já o interesse público secundário ou derivado tem natureza instrumental. Refere-se às pessoas jurídicas que os administram e existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em direitos patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis. Neste contexto, o administrativista considera que são disponíveis os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou os seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.¹²²

Verifica-se que essa é a posição da maioria dos administrativistas brasileiros, ou seja, proceder-se à divisão sobre quando a administração atua no interesse da coletividade, onde os interesses estão fora do mercado e aí, falar-se-ia em uma indisponibilidade absoluta das condutas para operacionalizar esses interesses públicos primários. Os interesses públicos secundários teriam expressão patrimonial, são derivados, portanto, disponíveis e suscetíveis à arbitragem. Trata-se de conseqüências patrimoniais dos atos administrativos. Esse interesse público derivado tem natureza instrumental, e resolve-se em direitos patrimoniais. Todos os interesses que estão no comércio e que são objeto de contratação seriam disponíveis.

Reputa-se conveniente traduzir os ensinamentos do Ministro do STF Eros Roberto Grau. Inicialmente, aponta que “não há qualquer correlação entre

¹²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 228.

disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.”¹²³ Além disso, o Ministro esclarece que :

“Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. (...) Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público convencionar cláusula de arbitragem.”

No entanto, essa tradição romanística em diferenciar o direito público do direito privado está ultrapassada. Na preciosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello denota-se o interesse público como o interesse do todo, nada mais é do que uma forma, um aspecto, uma função qualificada do interesse das partes, ou seja, não há como se conceber que o interesse público seja contraposto e antinômico ao interesse privado. Caso assim fosse, ter-se-ia que rever imediatamente a concepção do que seja a função administrativa.¹²⁴

A idéia de que os indivíduos devem servir para o Estado encontra-se há muito superada, de modo que a concepção hodierna caminha no sentido de que é o ente estatal que deve atender e servir aos interesses da coletividade, e esta a verdadeira razão fundante do pacto social .

Nota-se que a separação formal do princípio do interesse público (disponível e indisponível) e, por repercussão, do princípio da supremacia do interesse público (disponível e indisponível) é uma operação similar a da busca do núcleo duro dos princípios, tal como posta por Dworkin e Alexy.¹²⁵

Dessa forma, o que se observa é que esta argumentação é excessivamente formal e desconectada de outros elementos essenciais ao juízo. Isso porque

¹²³ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 32, p. 14/20, 2000.

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo. Ed. Malheiros, 17ª ed., 2004, p. 87/90.

¹²⁵ ALEXY é adepto da teoria relativa, e registra que o núcleo essencial "é aquilo que resta depois de uma ponderação". A garantia do núcleo essencial equivaleria ao respeito da máxima da proporcionalidade. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. pp. 286 e ss, tradução do autor)

trabalha somente no campo dos interesses e o faz de forma a identificar coisas de natureza diversa, além de não abordar, de forma concomitante, questões como a autonomia da vontade, que não existe – em sua forma absoluta – no setor público, já que a vontade é sempre vinculada.

Deve-se considerar ainda que o interesse público *lato sensu* é diferente do interesse privado, ainda que no âmbito da patrimonialidade. Isso porque a equiparação forçada trabalha com naturezas diversas. As ações administrativas, ainda que operacionais, estão irremediavelmente conectadas com o conceito de Bem, enquanto as ações privadas estão inseridas no contexto de bem. O Bem que está por detrás de toda a ação pública tem natureza de normatividade reconciliada com a felicidade, onde há a prioridade do justo sobre o bem, do comum sobre o privado. O bem que permeia a interpretação da ação no setor privado é típico do utilitarismo, portanto individualista.

Como diz Marcelo Caetano aos interesses transpessoais (que foram chamados aqui de interesses indisponíveis) são operacionalizados por interesses legais (atribuições e competências). Assim, o que se chama aqui de interesses derivados são as atribuições e competência que, no dizer do mesmo autor, estão imbricadas como os primeiros já que a competência compõe-se de poderes funcionais, por só existirem em função dos interesses coletivos a realizar. Tão imbricados que para o autor a Administração

“[...] não pode comprometer-se por largo prazo a conformar-se com certa interpretação rígida do interesse público e com determinado processos de realizá-lo. O interesse público (*lato sensu*) é transcendente à administração, onde a sociedade pode impor mudança nos serviços administrativos instrumentais, eis que são meios diretos ou indiretos de satisfação das necessidades coletivas.... Daí uma cláusula de sujeição do contraente particular ao interesse público, implícita na definição de contrato administrativo O que importa manter ao sujeitoado é o princípio da colaboração livre e remunerada....”¹²⁶

Mais à frente, o mesmo autor lembra que a forma de disposição dos bens patrimoniais não exclui a submissão às normas reguladoras da capacidade das pessoas jurídicas e das condições e formas prescritas nas leis administrativas.¹²⁷

Maria João Estorninho anota que vários autores têm chamado a atenção para a possibilidade de a Administração Pública escolher as formas de atuação. No

¹²⁶ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª ed.Coimbra: Almedina, pp. 183/185.

¹²⁷ Idem.

entanto, não se deve nunca permitir que ela altere livremente o seu estatuto e os seus direitos e deveres jurídico- constitucionais e jurídico-administrativos.¹²⁸

Nessa linha de entendimento, a mesma autora menciona que “para Froehler ao princípios fundamentais do Direito Administrativo, em especial os que são conformados por meio do Direito Constitucional, não podem ser manipulados por meio da troca de forma jurídica.”¹²⁹

O que se conclui é que o princípio da indisponibilidade do interesse público não se sustenta em uma visão econômica de Estado já que este deve ser lido a partir do catálogo de direitos fundamentais. Neste sentido, retomam-se às lições do neoconstitucionalismo. O direito, em seu propósito de realizar a justiça, buscará operacionalizar esses valores. A partir daí, surge o ordenamento jurídico como um conjunto de normas que expressam os valores de uma sociedade. Os princípios jurídicos representam os valores materiais que a sociedade elegeu à justiça, nos mostram como alcançá-los. Dworkin os define como um *standard* que há de ser observado por ser uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.¹³⁰

4.4 A competência do TCU revisitada

Reputa-se importante colacionar resumos de julgados considerados importantes no âmbito do TCU acerca da aplicabilidade da arbitragem na solução de controvérsias que envolvem a Administração Pública:

- a) Decisão n. 286/93 – Plenário¹³¹: referiu-se a Consulta dirigida a TCU, pelo Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, quanto à adoção de júízo arbitral para solucionar pendências relacionadas com preços estabelecidos nos instrumentos contratuais celebrados entre a CHESF e seus fornecedores de materiais e mão-de-obra. A resposta do TCU foi a de que o júízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização

¹²⁸ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Almedina: Coimbra, p. 328.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 169.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Sereo Barcelona*: Ariel, 1989. p. 72. Traduzido por Marta Guastavino.

legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros). Este *decisum* serviu de fundamento para a Decisão n. 763/94 – TCU – Plenário¹³² e Acórdão n. 537/2006 – TCU – 2ª Câmara¹³³ ;

- b) Decisão n. 188/95 – Plenário¹³⁴: resultou de acompanhamento da concessão de exploração da Ponte Rio Niterói. Concluiu pela não inclusão, na parte da arbitragem, de cláusulas que não observem estritamente o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público. Neste mesmo sentido está a Decisão n. 394/95 – TCU – Plenário¹³⁵.
- c) Acórdão n. 584/03 – 2ª Câmara: tratou de possíveis irregularidades praticadas pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE. Salientou-se que em relação à pretensa autorização contida na própria Lei n. 9.307/96, o seu art. 1º determina que poderão ser objeto de solução via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Neste caso, não se poderia falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira que sofria os efeitos do racionamento de energia. Considerou-se que os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado e que a própria CBEE só foi criada em função do racionamento de energia. Dessa forma, não se poderia admitir, por exemplo, que ela vendesse a energia contratada com os produtores independentes para empresas fora do país, mesmo porque a energia contratada destinava-se a atender à situação de emergência por que passava a sociedade brasileira. Claramente, portanto, não se estava tratando de direitos disponíveis da empresa. Salientou-se que não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para solução das controvérsias contratuais, tal previsão não obedeceu a um dos princípios fundamentais que regem a administração pública, que é o da legalidade. Determinou-se a Comercializadora Brasileira de Energia

¹³¹ TCU, D.O.U. 4/8/1993, Ministro-Relator Homero Santos.

¹³² TCU, D.O.U., 3/1/1995, Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva.

¹³³ TCU, D.O.U. 17/3/2006, Ministro-Relator: Walton Alencar Rodrigues.

¹³⁴ TCU, D.O.U. 22/5/1195, Ministro-Relator Paulo Affonso Martins de Oliveira.

¹³⁵ TCU, D.O.U. 28/8/1995, Ministro-Relator Fernando Gonçalves.

Emergencial - CBEE : que celebre termo aditivo aos contratos firmados com os produtores independentes de energia (termo de referência n. 01/2001), no sentido de excluir, nos termos do art. 58, inciso I da Lei n. 8.666/93, as cláusulas ns. 47 e 67, que tratam, respectivamente, de arbitragem e confidencialidade. Análogo a este caso é o descrito no Acórdão n. 1271/05 – Plenário;¹³⁶

- d) Acórdão n. 587/03 – Plenário¹³⁷: cuidou de Levantamento de Auditoria realizada junto ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT, tendo em vista as obras de Adequação de Trechos Rodoviários no Estado do Rio Grande do Sul - Divisa SC/RS – Osório. Constatou-se a Inclusão de cláusulas no edital que estipulam a arbitragem para a solução de conflitos. Concluiu-se que o interesse tutelado na relação jurídica que será estabelecida pelo contrato é inquestionavelmente de natureza pública, sendo, portanto, indisponível. Disso decorre serem nulas as cláusulas do edital que determinam a utilizam de arbitragem para a solução de conflitos entre o DNIT e o contratado.
- e) Acórdão n. 631/03 – TCU – Plenário¹³⁸: tratou de levantamento de auditoria acerca dos serviços e obras de recuperação do Sistema de Trens Urbanos de Salvador. Constatou-se inclusão de cláusula compromissória no Contrato CTS-09/01, para que interpretações e litígios sejam resolvidos por arbitragem, sem que haja exigência do BIRD ou previsão na legislação pátria, portanto não se aplicaria a Lei nº. 9.307/96, válida apenas para direitos patrimoniais disponíveis. Neste mesmo sentido está o Acórdão n. 1099/06 - Plenário;
- f) Acórdão 1330/2007 – Plenário: Tratou-se de Projeto de Instrução Normativa que dispõe sobre o controle e fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. Este julgado resultou em uma proposta de instrução normativa dentre na qual incluiu:

“Art. 10. (...)”

¹³⁶ TCU, D.O.U. 28/4/2003, Ministro-Relator: Ubiratan Aguiar

¹³⁷ TCU, D.O.U., 1/6/2003, Ministro-Relator: Adylson Motta.

¹³⁸ TCU, D.O.U. 13/6/2003, Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça.

(...)

III - o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

A justificação foi a de que a adequada análise da execução contratual pelo órgão de Controle Externo deve englobar a conduta dos gestores na condução de eventuais divergências entre contratante e contratado. Desta feita, como o inciso III do art. 11 da Lei n. 11.079/2004 prevê a possibilidade de resolução de disputas mediante arbitragem, entendeu-se adequada a previsão normativa da disponibilização de tais documentos ao TCU.

h) Acórdão 391/2008 – Plenário¹³⁹: tratou de relatório de auditoria realizada na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e na Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S.A. (Concepa), com o objetivo de verificar a adequação dos valores de tarifas de pedágio na Rodovia BR 290/RS, trecho Osório-Porto Alegre, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar seu equilíbrio econômico-financeiro. Consignou-se que somente em contratos em que a Administração se iguala ao particular, como naqueles regidos por normas de direito privado - como contratos de seguro, de financiamento, de locação (em que o poder público seja locatário), conforme o disposto no art. 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 - seria defensável a utilização da arbitragem diante da natureza disponível do negócio jurídico. Além disso, ressaltou-se que diante da impossibilidade de o administrador público ter discricionariedade para dispor do interesse público, somente seria cabível, mesmo assim de forma relativa, a utilização da arbitragem em situações envolvendo direitos indisponíveis, caso houvesse autorização legislativa expressa nesse sentido. Somente aos agentes políticos, estes sim formadores da vontade superior do Estado - legitimados na maioria dos casos pelo voto popular - cabe definir quais seriam as situações, em sede de contrato administrativo, a se admitir a utilização da arbitragem, abdicando-se da supremacia do interesse público em troca da celeridade processual nas lides entre o poder concedente e os contratados. Não foi acatada a pretensão da concessionária em recorrer à utilização do

¹³⁹ TCU, D.O.U. 14/3/2008, Ministro-Relator: Marcos Vilaça.

instituto da arbitragem em se tratando de direitos patrimoniais ou do interesse público indisponível presente nos contratos de concessão de rodovias federais. Quanto à manutenção ou não da cláusula arbitral nos contratos de concessão considerou-se válida a possibilidade da utilização do juízo arbitral desde que não se inclua na parte de arbitragem situações (cláusulas) que não observem estritamente o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Feitas estas explanações, se observa que o TCU tem mantido o entendimento de que não é possível a participação da Administração Pública em arbitragens sem lei autorizativa. Nota-se também que a visão tradicional do conceito de interesse público vinculado à visão econômica relativa a sua disponibilidade ou indisponibilidade, o que norteia os julgados.

Conforme já mencionado neste trabalho, o que se entende é que a atividade de direito privado da Administração Pública, tal como aquela de direito público deve ser igualmente exercida com vista à prossecução de um interesse público.

Neste sentido, imprescindível para uma nova visão acerca do tema arbitragem aplicável à administração pública é a releitura constitucional do princípio do interesse público que foi tratada neste trabalho.

Verifica-se que a arbitragem está sustentada normativamente no modelo constitucional. Neste sentido, retomam-se às lições do neoconstitucionalismo, tema tratado em capítulo próprio nesta monografia.

Em decorrência dos contornos até aqui delineados acerca dos princípios, torna-se evidente o seu papel fundamental na ordem jurídica. Os princípios expressam os valores e o sentido pelo qual um ordenamento existe. A lógica jurídica parte dos princípios em direção às regras. Os mesmos constituem a substância do direito, o que lhes confere plena normatividade, uma vez que orientam a interpretação das regras jurídicas, permitem ou proíbem condutas. Todo o aparato jurídico-político encontra-se vinculado aos valores postos nos princípios.

Dessa forma, ao atribuir este paradigma na análise do tema em estudo, tem-se que o interesse público ganha feição principiológica. Pode então, considera-lo dentre os princípios fundamentais, já que o rol do art. 5º da Constituição Federal Brasileira não é exaustivo. Neste sentido, o mencionado princípio liberta-se da

concepção econômica que lhe é atribuída para diferenciar a sua disponibilidade ou indisponibilidade e passa a estar agregado ao conceito de justiça.

CONCLUSÃO

Observa-se que a solução dos conflitos de interesse passou da fase de autotutela à fase de prestação jurisdicional, como meio de promover segurança jurídica, justiça, e paz social. A concepção de monopólio da justiça exercido pelo Estado demonstra ser insuficiente para enfrentar as questões que surgem diante da realidade que se apresenta, de crescente desenvolvimento tecnológico, da revolução dos meios de comunicação e da velocidade de geração de informações em todos os ramos de conhecimento e segmentos de atividade humana, o que resulta em incremento da complexidade das relações existentes na sociedade contemporânea.

Neste prisma, exige-se um alargamento dos poderes da sociedade na resolução de seus problemas, em especial aqueles não decididos definitivamente na Constituição. Habermas lembra que *“o pivô da atual crítica ao direito, num Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo.”* Assim sendo, os *checks and balances* cada vez mais impõem a ruptura da tradicional tripartição dos poderes de Locke e Montesquieu. Neste contexto, a arbitragem apresenta-se como alternativa para a solução de conflitos.

Nesta monografia, o estudo teve como marco filosófico o neconstitucionalismo. Este movimento, que revela a expansão dos poderes do judiciário, nasceu dentro deste e tem como principal característica um modelo axiológico de Constituição. Esta grande virada na interpretação constitucional estabelece a necessidade de se cumprirem não só as normas, mas também os princípios da Magna Carta. Os princípios deram novo alcance a todos os ramos do direito, visto que, como vetores da ciência jurídica, constituem-se proposições básicas e fundamentais a serem seguidas pelo Poder Público como um todo.

Diante disso, a constituição apresenta-se como condição de validade de todas as demais regras do ordenamento jurídico. E justamente neste enfoque é que foi efetuado o presente estudo.

Acerca do tema atinente à aplicabilidade da arbitragem na solução de controvérsias que envolvem a Administração Pública, se observou que os principais entraves mencionados pela doutrina para a aplicação do instituto são: o princípio da legalidade, o princípio da inafastabilidade do judiciário e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Conforme visto neste trabalho, aqueles que denotam maior problemática são o primeiro e o último.

Compulsando-se a jurisprudência dos tribunais pátrios, pode-se verificar, em especial em julgados do Tribunal de Contas da União, a inadmissão do arbitragem para a solução de controvérsias que envolvem a Administração Pública sem a existência de lei autorizativa. No entanto, nesta pesquisa, foi proposta uma visão pós-moderna do princípio da legalidade com a feição de princípio da juridicidade, diante da verificação de que os comandos legais não podem abarcar em sua inteireza todas as variantes situações que envolvem o agir humano.

Neste sentido, o modelo axiológico de constituição, que traz, sobretudo, uma interpretação principiológica, conforme defendido pelo neoconstitucionalismo, ganha indiscutível destaque.

Deve-se mencionar que as discussões assentadas sobre o princípio do interesse público representam o cerne deste trabalho, já que é no âmbito da seara da arbitralidade objetiva que está o principal argumento desfavorável à admissão da arbitragem como método de resolução de conflitos que envolvam contratos firmados pela Administração Pública. .

Observou-se que a grande parte da doutrina ainda permanece arraigada à tradição romanística em diferenciar o direito público do direito privado e como conseqüência interesse público disponível ou indisponível. Neste sentido se denota a separação formal do princípio do interesse público, com uma nítida conotação econômica da separação.

Dos estudos efetuados, observa-se que ao interesse público não pode ser atribuído um conceito rígido, já que este em seu sentido lato é transcendente à administração. Dessa forma, os administrados podem impor mudança nos serviços administrativos instrumentais, pois estes se prestam direta ou indiretamente à satisfação das necessidades coletivas. Conforme visto, esta é a razão fundante do pacto social. O Estado, na criação de regras jurídicas, deve revelar os valores da sociedade o que irá se materializar por meio da aplicação dos princípios jurídicos. Isso porque os princípios constitucionais traduzem os direitos do homem e os

grandes princípios de justiça. Eles impõem ao legislador, à jurisprudência, à administração e aos particulares, a interpretação do Direito de acordo com os valores por eles espelhados. É nesta dimensão axiológica tratada neste trabalho que deve se revelar a concepção do princípio do interesse público, o que importa em superar a separação formal do interesse público em disponível e indisponível proposta pela doutrina administrativa tradicional.

Com a ruptura deste modelo tradicional, abre-se uma nova perspectiva no caminho da aceitação da arbitragem nos conflitos que envolvem a Administração Pública, já que reconhece-se em suma, que o escopo principal do Estado deve ser a busca incansável pela justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, Tradução do autor.

AVILA. Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, jan/mai 1999.

BARROSO. Luís Roberto. *A Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª ed. 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 02 mar. 2008.

BITTAR, Eduardo C. B., Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas.

BRASIL. *Código Civil*. Coordenação Anne Joyce Angher. 6ªed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Coordenação Anne Joyce Angher. 6ªed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Rideel. 2008.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª ed.Coimbra: Almedina.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários à Lei de Arbitragem*. : Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

COELHO. Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 3ªed. 2007.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. A. 38, n. 152, out/dez 2001.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Parcerias na administração pública*. 4º ed. São Paulo: Atlas. 2002.

DOMINGUEZ, Andrés Gil. *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Sereo Barcelona*: Ariel, 1989. Traduzido por Marta Guastavino.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 32, p. 14/20, 2000.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da Filosofia do Direito*, Lisboa:Guimarães Editores, 1959.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzida pelo Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudo de teoria política*. Trad. George Sperbe e Paulo Astor Soethe, São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.1, 2003.. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler.

_____. *A Constelação Pós-nacional*. São Paulo:Littera Mundi, 2001
Tradução de Márcio Seligmann-Silva.

LEMES. Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem.
Suplemento Enfoque Jurídico:TRF 1ª Região. Edição 4. Jan/fev.1997.

_____. O uso da arbitragem na Administração Pública. **Jornal Valor Econômico: Caderno Legislação e Tributos**, São Paulo, 19/8/2003..

_____. Arbitragem: visão pragmática do presente e futuro. Artigo retirado site: <http://www2.oabsp.org.br>.

_____. A arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, SP, Editora Revista dos Tribunais, ano 5, julho/setembro de 2002.

MARTINS FILHO. Ives Gandra. *Manual Esquemático de Filosofia*. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 686, 22 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6756>>. Acesso em: 01 mar. 2008.

MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 17ª ed. 2004.

MERKL, Adolf. *Teoria General de Derecho Administrativo*. Mexico D.F.: Editora Nacional, 1975.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1.

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

MUJALLIS, Walter Brasil. *A nova lei de arbitragem*. São Paulo: Editora de Direito Leme, 1997.

MURIEL, Marcelo A arbitragem frente ao judiciário brasileiro, **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 1 n. 1, p. 27, jan/mar. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2ª ed. 2008.

OHLWEIR, Leonel. *O Contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. Neoconstitucionalismo: ontem os códigos, hoje as constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica., Instituto de

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

SAMTLEBEN, Jürgen. *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

SCHIER, Paulo Ricardo. Neoconstitucionalismo e Direitos fundamentais. I Jornada de Direito Constitucional da Unibrasil, Curitiba, PR, out. de 2004 Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf. Acesso em 20 mar. 2008.

SCHUWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. A Suprema Corte da Bahia e seus juízes 1609 a 1751*. São Paulo: Perspectiva.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo:Malheiros, 29 ed. 2006.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Arbitragem em conflitos individuais do trabalho: a experiência mundial. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, DF, ano 68, n. 1, jan/mar 2002.

TIBÚRCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública: Resp nº 606.345/RS. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, BA, Ano 2, n. 6, abr/jun. 2007

WALD, Arnaldo. O Supremo Tribunal Federal e a Constitucionalidade da Cláusula Compromissória (Lei n. 9.307/96). **Revista Jurídica**, Porto Alegre, RS, Ano 49, nº 285, p. 5, julho de 2001.