

ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA ENQUANTO EXPRESSÃO DA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL

ADMINISTRATIVE ARBITRATION AS AN EXPRESSION OF PROCEDURAL DEMOCRACY

Josikleia Micharly do Nascimento Bezerra¹
José Orlando Ribeiro Rosário²
Edgar Meira Pires de Azevedo³

RESUMO: O objetivo do presente artigo é trazer uma abordagem analítica e bibliográfica a respeito da Arbitragem no âmbito da Administração Pública à luz da LINDB, haja vista a aplicabilidade do referido instituto no âmbito da administração pública, e a inserção de alguns dispositivos à LINDB nesse sentido. Com isso, questiona-se, se a Arbitragem na Administração Pública se coaduna com o que é preconizado na referida lei. Do mesmo modo, busca-se analisar a se a arbitragem administrativa traduz uma ferramenta de procedimental-democrática na forma idealizada por Jürgen Habermas. Para responder tais especulações, utiliza-se de uma metodologia de natureza aplicada, analítica e bibliográfica, justificando-se pela necessidade de se fortalecer o debate quanto a possibilidade de uma aplicação mais incisiva da arbitragem no âmbito público, no afã de prestar uma maior legitimidade às decisões adotadas pelo poder público.

Palavras-chaves: Arbitragem. Administração Pública. LINDB. Natureza. Fundamentos constitucionais. Democracia procedimental.

ABSTRACT: The purpose of this article is to bring an analytical and bibliographic approach to Arbitration in the context of Public Administration in the light of LINDB, given the applicability of that institute within the scope of public administration, and the insertion of some provisions to LINDB in this sense. Questioning, for example, if Arbitration in Public Administration is in line with what is advocated in LINDB. Likewise, we seek to analyze whether administrative arbitration translates into a procedural-democratic tool in the manner idealized by Jürgen Habermas To answer such speculations, an applied, analytical and bibliographical methodology is used, justified by the need to strengthen the debate regarding the possibility of a more incisive application of arbitration in the public sphere, in order to provide greater legitimacy to the decisions adopted by the public authorities.

Keywords: Arbitration. Public administration. LINDB Nature. Constitutional fundamentals. Procedural democracy.

¹Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduada em Direito pela Universidade Potiguar (UNP). Especialista em Teoria e Prática de Processo judicial; Advogada junto ao núcleo de prática jurídica da UERN/NPJ- Conciliadora na Justiça Federal do Rio Grande do Norte (JFRN). Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-7863-4927>.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica desta mesma instituição. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5307-3404>.

³ Graduado em Direito pela Universidade Potiguar (UNP). Especialista em Direito Constitucional e Tributário pela Universidade Potiguar (UNP). Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Servidor Público estadual (TJRN). Id. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6131-1687>.

I INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 4.657/1942 (BRASIL, 1942) - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) conhecida como *Lex Legum* - Lei das Leis - está disposta no livro introdutório ao Código Civil, aplicada tanto para o direito privado quanto para o direito público.

Em 2018, especificamente a partir da Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018), foram incluídos ao texto original da LINDB diversos dispositivos que dispõem sobre eficiência e segurança jurídica na criação e na aplicação do direito público.

Por sua vez, o filósofo alemão Jürgen Habermas, a partir da defesa da existência de uma ação comunicativa ao lado das ações meramente teleológicas (instrumental e estratégica), desenvolveu uma teoria discursiva do direito e da democracia cujo procedimentalismo se mostra como o único meio efetivamente capaz de construir uma democracia verdadeiramente radical, a partir da formação pública das opções políticas e jurídicas a serem adotadas pelo sistema político.

Ante tais premissas, o presente trabalho busca analisar a utilização da Arbitragem à luz da LINDB, enaltecendo alguns apontamentos a respeito da lei que ampara a matéria, abordando breves aspectos e a conceituação desse instituto, para, por conseguinte, correlacionar a Lei 9.307/1996 (BRASIL, 1996) com a Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, e sua aplicabilidade na administração pública.

Do mesmo modo, busca-se perscrutar se a arbitragem desenvolvida no âmbito da administração pública, de algum modo, pode ser considerada como um instrumento a serviço da democracia procedimental de cariz habermasiano.

Nesse contexto, tendo em vista a problemática concernente a mudança na lei de Arbitragem, e a inserção de alguns dispositivos na LINDB que possibilitou a resolução de conflitos da administração pública através desse instituto, faz-se imperioso questionar: O uso da arbitragem no âmbito da administração pública é capaz de funcionar a serviço da democracia procedimental idealizada por Jürgen Habermas.

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é verificar se o procedimental de democracia de Jürgen Habermas pode ser verificado no âmbito da arbitragem realizada perante à administração pública.

Para isso, foram elencados os seguintes objetivos específicos: examinar a origem e as inovações promovidas pelas Leis nº 13.655/2018 e nº 13.219/2015; analisar a principais

premissas do modelo democrático-procedimental proposto por Habermas; investigar se a permissão de aplicação de institutos da arbitragem no cerne da administração pública é capaz de traduzir o procedimentalismo de cariz habermasiano.

Parte-se da hipótese de que é possível reconhecer a arbitragem administrativa como importante ferramenta a serviço da democracia procedimental propalada por Habermas, sobretudo por aproximar e estreitar os canais de acesso da esfera pública informal ao sistema poder.

Logo, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa de finalidade básica estratégica, objetivo descritivo e exploratório, sob o método dedutivo, com abordagem qualitativa e realizada pelos procedimentos bibliográficos e documentais.

Na primeira seção é analisada a origem, as alterações e as inovações procedidas pela edição das Leis nº 13.655/2018 e nº 13.219/2015, as quais, além de enfatizarem a segurança jurídica na relação entre os particulares e a administração pública, buscou desjudicializar matérias de cunho eminentemente administrativo, a ponto de autorizar a realização da arbitragem no âmbito da administração pública. Já na segunda seção são fincadas as premissas doutrinárias fundamentais ao entendimento do modelo procedimental-democrático desenvolvido por Jürgen Habermas, cotejando-o com as alterações legislativas verificadas na seção anterior, no afã de verificar se a arbitragem realizada no interior da administração pública traduz um mecanismo viabilizador do procedimentalismo habermasiano.

Ao fim, conclui-se que os objetivos são atendidos e a pergunta central resta respondida com a confirmação da hipótese inicial, sendo, portanto, verificado que a arbitragem realizada no âmbito da administração pública pode corporificar o espaço deliberativo-procedimental idealizado por Habermas, aproximando a esfera pública ao sistema poder e, assim, possibilitando a conversão do poder comunicativo em poder administrativo pelo *medium* do direito.

2 A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E A LEI DE ARBITRAGEM: BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é de grande relevância jurídica, haja vista alcançar os mais variados ramos do ordenamento jurídico, regulando-os em sentido amplo - tanto no direito público, quanto no direito privado - sendo considerada na visão de Maria Helena Diniz “norma sobre norma” (DINIZ, 2015, p. 576). No mesmo

sentido, coaduna-se o entendimento de Cristiano Colombo (2012, p. 1), o qual destaca que a LINDB trata da vigência das normas tanto no tempo quanto no espaço. No primeiro caso - direito intertemporal - por estabelecer prazos específicos para que uma determinada norma produza seus efeitos, e num segundo caso - direito interespacial - em razão de resolver conflitos de normas relacionadas à soberania territorial brasileira, definindo a norma que deverá ser seguida na ocorrência de relações jurídicas com pessoas estrangeiras, ou realizadas fora do território nacional.

Dessa forma, a LINDB, estabelece critérios de interpretação e de integração das normas e propicia ao julgador a possibilidade de formar seu convencimento com base em analogia, princípios ou regras costumeiras, porém, não exclui a assertiva elencada no artigo 20 da LINDB (BRASIL, 1942, art. 20), que dispõe que no âmbito público não se deve decidir somente sob a égide de valores abstratos, sem a observância das consequências práticas. Em todo caso, legisla também sobre vigência das leis em seus aspectos temporal e espacial, sobre a garantia da eficácia da ordem jurídica, e sobre direito internacional. Logo, aplica-se de tal modo, tanto ao direito público quanto ao direito privado

No tocante a vigência das normas, a LINDB estabelece que após o cumprimento das formalidades legislativas, haverá um lapso temporal - entre a sua publicação e o momento em que a lei produzirá seus efeitos, denominado de *Vacatio legis*- para que a lei possa entrar em vigor. Sendo este, correspondente ao prazo de 45 dias após a publicação da Lei até a sua vigência. A LINDB ainda trata de questões relacionadas à vigência das leis (BRASIL, 1942, art. 1º) e ao fim da vigência das normas jurídicas no país (BRASIL, 1942, art. 2º), de modo que referida norma trata de todo o “ciclo vital” das normas legais no Brasil.

Por sua vez, a Arbitragem fora instituída no Brasil já na Constituição de 1824⁴, sendo também preconizada no Código Comercial de 1850⁵, no qual trouxe a autorização legal para resolução de conflitos na via arbitral.

Além dos referidos diplomas, o Regulamento 737⁶ também disciplinou nesse sentido, dispondo em 66 (sessenta e seis) artigos, peculiaridades do tribunal arbitral e os requisitos formais de procedimentos.

⁴ BRASIL. Constituição (1824). *Lex: Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁵ BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850 - Código Comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM556compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁶ BRASIL. Decreto no 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIMo737.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

Posteriormente, no ano de 1867, ainda sob a égide da Constituição Imperial, a Lei nº 1.350⁷ - regulamentada pelo Decreto 3.900 - trouxe inovações a matéria, vigendo em âmbito federal, sendo revogada pelo Código de Processo Civil de 1939⁸.

Por sua vez, o Código Civil de 1.916 seguiu versando sobre a matéria, trazendo uma semelhança relevante entre a transação e o compromisso, haja vista as duas modalidades se darem para fins de extinção de eventual obrigação (BRASIL, 1916, arts. 1.307 e 1.048).

Nesta mesma linha, as Constituições seguintes - 1934⁹ e 1937¹⁰- também traçaram as mesmas diretrizes, porém, com especificidades voltada para as indenizações por perdas e danos. Sendo seguido pelo Código de Processo Civil de 1939¹¹ e o de 1973¹².

Ademais, o Brasil subscreveu o protocolo de Genebra de 1923, o qual reconhecia e validava as cláusulas compromissórias entre os envolvidos; documento internacional que foi internalizado no ordenamento pátrio por intermédio do Decreto nº 21.187/1932¹³.

Entretanto, foi com a Convenção de Genebra de 1927¹⁴ e com a Convenção de Nova Iorque de 1958¹⁵, que a arbitragem, especificamente no âmbito comercial, ganhou e relevo e passou a ser ditada de regras uniformes. Contudo, somente 44 (quarenta e quatro) anos após sua celebração no âmbito do Direito das Gentes, o Brasil ratificou referidas Convenções. Urge destacar ainda a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial

⁷ BRASIL. Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867. Regula o Juízo Arbitral do Commercio. Hei por bem, de conformidade com a autorização concedida pelo art. 3º da Lei nº 1350 de 14 de setembro de 1866. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim3900.htm. Acesso em: 29 jun.2022.

⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁰ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹¹ Ibidem, p.7 [8].

¹² BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil (Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. 29 jun. 2022.

¹³ BRASIL. Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932. Promulga o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁴ Convenção de Genebra de 1927 - Em 26 de setembro de 1927, celebrou-se a Convenção de Genebra sobre Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, que, para ter aplicabilidade, deveria ser proferida em país signatário e, ao mesmo tempo, ser reconhecida por outro país signatário, onde seria executada. Buscava, com isso, dar força executiva às sentenças arbitrais firmadas em decorrência das cláusulas ou compromissos arbitrais a que se refere o Protocolo de Genebra de 1923.

¹⁵ A Convenção de Nova Iorque de 1958 - A Convenção Sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada na cidade norte americana de Nova Iorque, em 10 de junho de 1958 representou uma nova era sobre o assunto, pois trouxe inovações, situações não previstas na antiga Convenção de Genebra de 1927.

O art. I, item 1, da referida Convenção dispõe que ela se aplica ao reconhecimento e à execução das sentenças arbitrais proferidas no território de um Estado que não aquele em que são pedidos o reconhecimento e a execução das sentenças e resultantes de litígios entre pessoas singulares ou coletivas. Aplica-se também às sentenças arbitrais que não forem consideradas sentenças nacionais no Estado em que são pedidos o seu reconhecimento e execução.

O Brasil somente ratificou a Convenção de Nova Iorque em 2002, alguns anos após a vigência da Lei nº. 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem no país.

Internacional, subscrita no ano de 1975, e ratificada pelo Brasil em 1995 através do Dec. 1.902/1996¹⁶.

Ou seja, a Arbitragem revela-se um instituto bastante antigo, sobretudo por tratar de matérias geralmente relacionadas à mercancia, cujos conflitos, invariavelmente, transbordam os limites territoriais de uma Estado determinado, o que impõe a resolução por meio de regras convencionadas de forma adrede pelos envolvidos e que, de algum modo, imponham o cumprimento do que foi espontaneamente contratado.

E foi justamente a partir da constatação supramencionada que foi promulgada a Lei nº 9.307/1996¹⁷, norma específica a tratar da arbitragem no Brasil. Conforme dispõe a referida lei, ela se configura como meio heterônomo de solução de contendas, estando, portanto, ao lado da jurisdição estatal, mas sem sobrepujá-la. Disso decorre a liberdade das partes delegarem a um terceiro, especialista ou não, a possibilidade de dirimir conflitos de interesses de cunho patrimonial e disponível, seja em âmbito público ou privado.

Nesse sentido, a arbitragem, à primeira vista, pode traduzir o princípio da liberdade idealizado por John Rawls (2013), que o define como a liberdade de pensamento, de escolha, de consciência, de associação, liberdades políticas, liberdades relacionadas a integridade da pessoa, e aos direitos protegidos pelo Estado de Direito.

Portanto, em que pese a liberdade de escolha e a atribuição do juízo arbitral para dirimir o conflito, é cediço que este deverá proferir uma sentença arbitral, não passível de recorribilidade, assemelhando-se ao provimento jurisdicional materializado também em uma sentença. Ou seja, a decisão Arbitral possui as mesmas formalidades inerentes a uma sentença cível. Embora o árbitro eleito pelas partes não goze das mesmas prerrogativas do magistrado.

Algumas considerações ainda merecem destaque.

Quando a demanda arbitral se fundar em direito indisponível, ela estará eivada de evidente nulidade, caso os autos prossigam no juízo e não sejam remetidos à jurisdição estatal, porquanto afronta diretamente a regra contida no art. 25 da Lei 9.307/96 (BRASIL, 1996, art. 25).

Ante os critérios elencados na Lei de Arbitragem, depreende-se a possibilidade de utilização do instituto somente por pessoas que possuam a capacidade de contratar, e em

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 1.902, de 9 de maio De 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 30 de janeiro de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1902.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

¹⁷ *Ibidem*, p.4.

situações que envolvam direitos patrimoniais e disponíveis. Nesse sentido, no Brasil, a arbitragem só é possível em matérias desse jaez, não havendo permissão legal para que direitos indisponíveis sejam tratados no âmbito arbitral

Por tal razão, quando o conflito de interesses envolve a administração pública, à uma primeira vista parece incongruente a aplicação da arbitragem, uma vez que é premissa basilar do direito administrativo a indisponibilidade do interesse público. No entanto, já não é nova a lição que distingue a existência de um interesse público primário (ou de primeira ordem) e um interesse secundário (ou de segunda ordem).

O interesse público primário seria aquele inerente ao regime jurídico administrativo, cuja indisponibilidade não se discute. Por outro lado, o interesse público secundário, embora revista o poder públicos de prerrogativas inerentes ao seu mister, põe o mesmo ao lado dos interesse particulares, de modo que se trata de direitos cuja disponibilidade avulta com hialina clareza. Portanto, em se tratando do interesse público secundário, a aplicação da arbitragem é plenamente possível. Foi nesse sentido, nada obstante não ter utilizado o termo “arbitragem”, que a Lei nº 13.655/2018 instituiu o art. 26 na LINDB (BRASIL, 1942, art. 26), no qual possibilita que sejam firmados compromissos entre as administrações públicas e os particulares, desde que não se volte a tratar de interesses públicos indisponíveis (interesse público primário).

Na mesma trilha, a Lei nº 13. 219/2015 (BRASIL, 2015), trouxe expressamente a mesma autorização expressada no novel art. 26 da LINDB ao inferir que é possível a utilização da arbitragem quando a demanda envolver direitos patrimoniais e disponíveis inerentes a administração pública. Outrossim, a mesma norma não excepciona a possibilidade de aplicação da arbitragem também no âmbito do legislativo e judiciário nas situações quando for evidenciado o exercício da função administrativa atípica, bem como, não restringiu matéria de ordem federativa.

O que se vislumbra de fato e de direito, é que a Lei 13.219/2015¹⁸ consagrou a prática da arbitragem na solução de conflitos em situações de contratos privados pela administração pública (interesse público secundário). Destaque-se que a maior adição de referida Lei diz respeito à consagração da aplicabilidade da arbitragem aos contratos típicos administrativos,

¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.219, de 22 de dezembro de 2015. Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor das Justiças Federal, Eleitoral e do Trabalho e do Ministério Público da União, crédito suplementar no valor de R\$ 38.412.557,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13219.htm. Acesso em: 02 jul. 2022.

quando atendidos os critérios legais, observada por óbvio a adequação dos litígios que são passíveis de submissão ao referido instituto.

Ademais, com o advento da Lei 13.655/2018 (BRASIL, 2018) foram incluídos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB) com objetivo propiciar maior segurança jurídica e eficiência na atividade administrativa.

De fato, não restam dúvidas de que a inserção em comento no que concerne a LINDB se deu para fins de melhorar as garantias legais da administração pública, e, ao mesmo tempo, tornar mais simples o exercício de suas funções e controle, sob a observância dos princípios da transparência e da eficiência em sede de governança pública.

3 A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO CONSOANTE A DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS

O filósofo alemão Jürgen Habermas conta com uma obra vasta, sendo a interdisciplinaridade uma característica marcante dos escritos do autor.

No entanto, o aspecto comunicacional relativo ao uso cotidiano da linguagem pelos cidadãos se destaca como o “centro nervoso” de todo o construto habermasiano, de sorte que não é forçoso reconhecer que a obra de Habermas tem como cerne a dimensão pragmática da linguagem.

A primeira questão central na obra de Habermas diz respeito à constatação que o autor alemão fez a partir da conclusão exarada por Horkheimer e Adorno (seus antecessores na Escola de Frankfurt) quanto à impossibilidade de superação da razão instrumental decorrente do racionalismo hipertrofiado que marcou o início da modernidade.

Segundo Habermas, a conclusão de seus antecessores frankfurtianos constituiria verdadeira aporia, porquanto que por se tratar de expoentes da tradição relacionada à teoria crítica, eles não poderiam, após a realização do diagnóstico desvelado na supremacia da razão instrumental, deixar de propor uma solução capaz de desbloquear o potencial emancipatório existente na sociedade, de modo que o diagnóstico destacado não chegaria a lugar algum.

Por sua vez, especificamente na obra *Teoria do Agir Comunicativo*, Habermas identifica que ao lado das ações teleológicas (instrumental e estratégica) existiria uma ação comunicativa, a qual, além de ser valer do médio linguístico, teria como objeto precípuo a

possibilidade de construção de consensos sobre quaisquer temas. Do mesmo modo, Habermas enaltece que a ação comunicativa só poderia se revelar de forma intersubjetiva, rechaçando o solipsismo monológico da filosofia da consciência que determinaria, invariavelmente, uma ação voltada ao alcance de fins (ação teleológica). Portanto, “a ação comunicativa é aquele tipo de interação social em que o meio de coordenar os diversos planos de ação das pessoas envolvidas é dado na forma de um acordo racional, de um entendimento entre as partes, obtido através da linguagem” (REPA, 2008, p. 57). No mesmo norte:

Os atores habermasianos não são portadores de consciências [...], mas de competências comunicativas adquiridas ao longo de uma sequência irreversível de etapas de desenvolvimento cognitivo. E essa competência não é uma estrutura, mas uma capacidade, que pode incidir sobre quaisquer estruturas significativas, mediante o uso da linguagem, na ação comunicativa (COHN, 1993, p. 71).

Como já retratados linhas acima, a obra habermasiana transita em várias disciplinas em sua trajetória; todavia, para o recorte inerente à presente pesquisa, o que importa é a teoria desenvolvida pelo filósofo tedesco em sua filosofia política, cuja obra principal, sem qualquer dúvida, é *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*.

Nessa obra de caráter enciclopédico, Habermas reconstrói o papel do direito outrora concebido na *Teoria do Agir Comunicativo*, formulando as bases fundamentais de sua proposta procedimental para radicalização democrática.

Na *Teoria do Agir Comunicativo*, Habermas identifica a função do direito apenas como promovedor da colonização do mundo da vida pelo sistema, de modo que os imperativos sistêmicos, restritos na obra habermasiana aos *media* poder e dinheiro, e responsáveis pela reprodução material da sociedade, submetem os componentes do mundo da vida (cultura, personalidade e solidariedade), responsáveis pela reprodução simbólica da sociedade, de modo a reificar o mundo vivido quanto à sua função de pano de fundo linguístico, onde a ação comunicativa é protagonista.

Já na obra *Facticidade e validade*, Habermas trata da questão inerente à validade (legitimidade) do direito nas sociedades pós-convencionais, ou seja, naquelas em que os cidadãos, mais que partícipes do “jogo” democrático, devem ser vistos como criadores das regras desse jogo.

Em verdade, a preocupação com a legitimidade das normas jurídicas é bastante anterior a Habermas, encontrando justificações metafísicas nas sociedades pré-convencionais, móveis racionais nas doutrinas do contrato social nas sociedades

convencionais. Todavia, é a partir da Kant que a ideia de autolegislação ganha contornos precisos, mormente diante do imperativo categórico enaltecido pelo auto de Königsberg, que, na doutrina do direito, pode ser expressado, nas palavras do próprio Kant, como “qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (KANT, 2008, p. 76-77).

Todavia, segundo Habermas, o imperativo categórico kantiano, não obstante a sua importância para reaproximar a moral ao direito, inclusive de maneira hierárquica, não consegue se desvencilhar de uma filosofia da consciência de viés solipsista, de modo que o eu monológico, dos concernidos, em última instância, estaria subjacente ao ideal de autolegislação idealizado por Kant.

Diante de referida constatação, Habermas concebe que a ideia de autolegislação desenvolvida por Kant só poderia alcançar seu desiderato nas sociedade pós-convencionais a partir da intersubjetividade linguística entre os concernidos, de forma que as pretensões de validade elencadas por Habermas (pretensão de verdade, veracidade e correção normativa) só poderiam ser erguidas a partir de atos de fala performativos, cuja percepção, ou não, pelos destinatários determinariam o seu sucesso ou a instauração de dissensos, estes que só poderiam ser superados por meio da construção de consensos lastreados na ética do melhor argumento. Destaque-se que para Habermas, a relação de entre moral e direito se dá de forma complementar, ou cooriginária, de modo que não se falar em supremacia da moral sobre o direito.

Ao transpor essa ideia para o sistema político, Habermas entende que uma democracia verdadeiramente radical deve estar estreitamente vinculada aos ideais da esfera pública, a qual deve ser entendida como “um fenômeno social elementar sem incluí-lo entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social, ou seja, é uma rede adequada para a comunicação de conteúdo, tomadas de posição e opiniões” (MALAQUIAS, 2015, p. 151).

Com isso, Habermas rechaça a concepção liberal de Estado, uma vez que este seria míope por privilegiar os direitos privados decorrentes do direito natural – tratados por Habermas por direitos humanos – uma vez que já seriam primordialmente definidos pelo soberano, o qual deteria a função apenas de tutelá-los, de modo que o direito se reduziria a pura facticidade inerente à sanção em caso de mácula aos direitos liberais reconhecidos pela

ordem jurídica. Outrossim, Habermas entende que o republicanismo concebido por Rousseau também não seria capaz de legitimar o poder soberano, porquanto a maioria eventualmente no poder sempre tenderia a impor os direitos mais consentâneos com o seu interesse, incorrendo, eventualmente, em uma “tirania da maioria”. Ademais, o republicanismo de Rousseau detém um sentido centro-periferia, o que isola as esferas públicas subalternas (PERLATTO, 2018, p. 166) sem lhes possibilitar qualquer participação política. Portanto, da mesma forma que o direito liberal, o direito fundado no republicanismo puro também se reduziria à mera facticidade, porquanto sua função se restringiria à proteção dos direitos reconhecidos pela maioria detentora do poder, impossibilitando o reconhecimento de direitos a outras cosmovisões.

Em razão da falibilidade de tais modelos, Habermas concebe que o modelo ideal de democracia para as sociedades pós-convencionais, marcadas pelo pluralismo e complexidade, é aquela de cunho procedimental, ou seja, aquela fundada em procedimentos discursivos-deliberativos, cuja gênese se encontra na esfera pública, e que são capazes de produzir consensos públicos acerca de quaisquer matérias em ebulição na esfera pública.

Nesse orbe, o consenso alcançado por meio da deliberação pública deve ser capaz de transpor as eclusas do centro de poder e alcançar o sistema político, convertendo o poder comunicativo gerado na esfera pública em poder administrativo inerente à política, cuja institucionalização só poderá ocorrer sob a ótica do direito.

Portanto, com essa proposta, Habermas afasta a possibilidade de redução do direito à pura facticidade, ademais, possibilita que os próprios concernidos sejam revestidos na posição de destinatários e autores das normas que deverão obediência, o que, de per si, gera a validade (legitimidade) almejada não apenas pelo direito, mas por todo aparato estatal.

Insta também destacar que os procedimentos comunicativos desvelados pelo modelo democrático-procedimental de cariz habermasiano não estão previamente vinculados à nenhuma ideologia ou cosmovisão, de modo que quaisquer temáticas em evidência na esfera pública podem ser postos na arena discursiva no afã de, a partir da ética do melhor argumento, ser institucionalizada pelo *medium* do direito. Nas palavras do próprio Habermas:

A teoria do discurso conta com a intersubjetividade de ordem superior dos processos de entendimento que se efetuam pelos procedimentos democráticos ou nas redes de comunicação de esferas públicas políticas. Essas comunicações sem sujeito, dentro e fora do complexo parlamentar e de suas corporações programadas para tomar decisões, geram arenas em que uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade pode se realizar sobre matérias que são consideradas

relevantes para o conjunto da sociedade e carecem de regulação (HABERMAS, 2020, p. 382).

Portanto, o modelo procedimental idealizado por Habermas possui nítido cunho formal, porquanto não está condicionado ou vinculado a nenhuma forma de vida ou cosmovisão pretérita, como nos casos de democracias liberais ou republicanas.

Fincadas as principais premissas da democracia procedimental idealizada por Jürgen Habermas, passa-se a verificar se o atual “estado da arte” relativo à arbitragem é capaz de configurá-la como um instrumento capaz de expressar o procedimentalismo democrático de cariz habermasiano.

E a resposta a essa indagação só pode ser positiva.

Ora, os espaços públicos deliberativos desenvolvidos por Habermas enquanto formas idealizadas precisam, por óbvio, ser corporificados em instrumentos institucionais capazes de materializar ambientes de deliberação pública.

Nesse condão, a arbitragem, ao ser utilizada no ambiente da própria administração pública, além de possibilitar de forma direta a transmutação do poder comunicativo em poder administrativo, estreita os caminhos necessários à essa conversão.

Destaque-se que nem a LINDB, tampouco a Lei nº 13.219/2015 (BRASIL, 2015), limita o número de participantes no procedimento arbitral. Também não há nenhuma restrição de participantes, ou mesmo de classes, quanto ao compromisso arbitral a ser lançado em contratos administrativos de quaisquer ordens. Portanto, o próprio silêncio das legislações regentes sinalizam que as esferas públicas informais podem, além de realizar compromissos arbitrais, participar do procedimento arbitral como um todo, de modo que resta nítida a possibilidade de influência da esfera pública no ambiente da arbitragem.

Por decorrência lógica, ao possibilitar o amplo acesso à esfera pública para, inclusive, entabular compromisso arbitral ou cláusula compromissória com a administração pública, o poder público amplia as comportas pelas quais a esfera pública pressiona o sistema político.

Do mesmo modo, em estrita observância à tese habermasiana, a própria arbitragem enquanto mecanismo institucionalizado pelo direito configura uma esfera pública formal, na qual as demandas em ebulição nas esferas públicas informais – inclusive as subalternas – podem ressoar a ponto de impelir o sistema político a uma tomada de decisão em seu favor, estreitando, como já ressaltado, o caminho para transformação do poder comunicativo gerado pela esfera pública em poder administrativo inerente ao sistema político.

Urge ainda destacar que a eventual execução de compromisso arbitral, mesmo que já no âmbito da jurisdição estatal, também pode significar a materialização do procedimentalismo habermasiano por intermédio da arbitragem. Essa hipótese, inclusive, é de fácil visualização, bastando considerar que em eventual compromisso arbitral a administração pública pode se obrigar a remover determinado obstáculo que crie óbice ao livre trânsito das pessoas de uma determinada localidade e, ao final do prazo avençado, não promova referida remoção. Assim, na eventual execução do suposto compromisso arbitral, a própria jurisdição canalizará o intento da esfera pública inerente à localidade, obrigando o poder público, por meio dos atos executivos exclusivos à jurisdição estatal, a cumprir o compromissado. Perceba-se, ademais, que mesmo em se tratando de um caso isolado e circunscrito e uma esfera pública determinada, outros casos do mesmo jaez que porventura surjam no território da mesma localidade, e outro Município, Estado ou País; poderão fazer as esferas públicas informais entrarem em ebulição a ponto de submeter o sistema político e criar leis que obriguem a administração pública a remover obstáculos ao trânsito das pessoas sempre que for instada nesse sentido.

Portanto, dúvidas não sobram quanto a possibilidade de a arbitragem realizada no âmbito da administração pública refletir uma ferramenta, deveras importante, para possibilitar o desenvolvimento da democracia procedimental na forma idealizada por Jürgen Habermas.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa foi iniciada partindo das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 no texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº 4.657/1942, bem como em razão dos ditames da Lei nº 13.219/2015, os quais passaram a possibilitar a realização de compromisso arbitral em contratos administrativos típicos, relativamente aos interesses públicos secundários (disponíveis).

Por sua vez, tomando como referencial teórico a obra de Jürgen Habermas, que defende um modelo democrático pautado em procedimentos discursivos de formação pública da opinião, cuja gênese advém da esfera pública politizada, verifica-se que Habermas defende a existência de espaços deliberativos idealizados capazes de institucionalizar as demandas em ebulição na esfera pública a ponto de influir o sistema político no sentido periferia-centro.

Conclui-se, portanto, que a possibilidade de realização de compromisso de arbitragem e do próprio procedimental arbitral no âmbito da administração pública traduz uma importante ferramenta capaz de desvelar o procedimentalismo democrático propalado por Jürgen Habermas, mormente por possibilitar, e estreitar, a conversão do poder comunicativo inerente à esfera pública em poder administrativo relativo ao sistema poder (sistema político).

Portanto, o problema central do artigo restou respondido, sobretudo diante da indiscutível constatação que a arbitragem administrativa representa um importante instrumento para construção de uma democracia procedimental de viés habermasiano.

Quanto à metodologia desenvolvida na pesquisa, também se observa que ela foi atendida, tendo em vista que o trabalho partiu das premissas teóricas gerais relacionadas às alterações promovidas pelas Leis nº 13.655/2018 e nº 13.219/2015, consubstanciando o método dedutivo, cuja abordagem qualitativa visou analisar o modelo procedimental-democrático adotado por Habermas, bem como a aplicação da arbitragem no âmbito administrativo.

Um obstáculo encontrado na presente pesquisa foi a existência ainda incipiente de compromissos arbitrais no âmbito da administração pública, notadamente, por razões espaciais, no cerne da administração pública do Estado do Rio Grande do Norte.

Por fim, recomenda-se que novas pesquisas busquem se debruçar cada vez mais sobre a natureza e importância da arbitragem em relação aos contratos administrativos (típicos e atípicos), no afã de, a partir da desjudicialização de demandas relativas a esse objeto, buscar-se materializar a democracia procedimental de cariz habermasiano.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL.. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição (1824)**. **Lex: Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Decreto nº 1.902, de 9 de maio De 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 30 de janeiro de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1902.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932. Promulga o Protocolo relativo a cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21187-22-marco-1932-548999-publicacaooriginal-64245-pe.html>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867. Regula o Juízo Arbitral do Commercio. Hei por bem, de conformidade com a autorização concedida pelo art. 3º da Lei nº 1350 de 14 de setembro de 1866. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim3900.htm. Acesso em: 29 jun.2022.

BRASIL. Decreto no 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Lei 13.129, de 26 de maio de 2015 - Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: [L13129 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2015/l13129.htm). Acesso em: 18 mai. 2022.

BRASIL. Lei de Arbitragem -nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm, Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Lei n o 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil (2015). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.219, de 22 de dezembro de 2015. Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor das Justiças Federal, Eleitoral e do Trabalho e do Ministério Público da União, crédito

suplementar no valor de R\$ 38.412.557,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13219.htm. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850 - Código Comercial**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM556compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

COLOMBO, Cristiano (2012, p.1). **Parte Geral II - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** [Material de apoio à disciplina de Direito Processual Civil, lecionada na instituição de ensino Verbo Jurídico]. Disponível em: http://aulas.verbojuridico3.com/DPE_Processual/Civil_Cristiano_Colombo_08-11-12_ParteI.pdf. Acesso em: 27 mai. 2022.

COHN, Gabriel. A teoria da ação em Habermas. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). **Teorias da ação em debate**. São Paulo: Cortez, 1993, p. 63-75.

124

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução Edson Bini. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2008.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **A função social do processo no estado democrático de direito: à luz da teoria dos princípios de Ronald Dworkin e da teoria dos discurso de Jürgen Habermas**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

PERLATTO, Fernando. **Esferas públicas no Brasil: teoria social, públicos subalternos e democracia**. Curitiba: Appris, 2018.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. (Orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.