

ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Nelson Malzoni

1ª Edição



Malzoni, Nelson

ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS / Nelson Malzoni. - São Paulo, 2023.

353 f.

Obra Literária – Área Jurídica – 01ª Edição, São Paulo, 2023.

Editora: Clube do Autor

1. Direito Administrativo. 2. Arbitragem. 3. Contrato Administrativo.

O AUTOR

Cidadão Emérito de Sorocaba/SP, nascido aos 12.10.1982, o Dr. Nelson Malzoni é Advogado, Escritor, Poeta, Jurista, Conciliador, Mediador, Psicanalista, Pesquisador, Historiador, Professor, Empresário, Consultor, Parecerista, Gestor Administrativo, Tutor e Conteudista Acadêmico, Assessor Jurídico, Coach, Palestrante e Consultor Empresarial.

É autor de quase 50 livros publicados e diversas antologias e livros como coautor. Também é autor de quase 3 mil poemas e leitor de 3.4714 livros (até Maio de 2023). Tem inúmeros projetos literários e culturais em andamento. Com 40 anos de idade, realizou 392 cursos certificados, que vão de 10h a 5 mil horas de duração cada um. Fez cursos de inglês, espanhol, italiano, francês, alemão, latim, aramaico, esperanto e grego. É membro da Academia Sorocabana de Letras e mais 26 Instituições Culturais ou Jurídicas no país, além de Presidente e Fundador da Academia dos Intelectuais e Escritores do Brasil que reúne mais de 100 grandes expoentes culturais e educacionais em todos os cantos do país.

PREFÁCIO

A presente obra tem como escopo conceituar os meios alternativos de solução de conflitos, em especial arbitragem, procurando citar também a negociação, conciliação e mediação, institutos utilizados com a finalidade de solucionar os conflitos existentes entre pessoas que buscam ou tutelam algo. Estes possuem uma importância singular para o sistema judiciário, pois o congestionamento no judiciário brasileiro tem prejudicado em muito o andamento dos processos, por deixá-lo demasiadamente lento dificultando, assim, inúmeros profissionais do direito e os seus clientes; para pôr fim a esse imbróglio, tem-se estimulados os mecanismos alternativos de solução de conflitos. O papel destes métodos é que se gere maior satisfação entre as partes envolvidas, pois nestes meios a real intenção é, não só resolver o conflito em questão, mas principalmente que o conflito solucionado atenda equilibradamente ambas as partes em choque, não necessitando passar por toda a lentidão da burocrática jurisdição estatal, desafogando, também, o Poder Judiciário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1 Origem e evolução

1.2. Negociação

1.3 Mediação

1.4. Conciliação

1.5 Arbitragem

1.5.1. Conceito

1.5.2. Natureza jurídica

1.5.3. Convenção de arbitragem e seus efeitos

1.5.4. Aspectos processuais da arbitragem

1.5.5. Árbitros

1.5.6 Procedimento arbitral. Sentença arbitral

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. Capacidade para contratar

2.2 Disponibilidade do Patrimônio Público

3. ARBITRAGEM E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Considerações Iniciais

3.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público

3.3 Supremacia do interesse público sobre o privado

3.4 Princípio da Legalidade

3.5 Publicidade do ato administrativo e a confidencialidade como atrativo para a arbitragem

4. ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1. Aspectos subjetivos e objetivos da arbitrabilidade

4.2 Argumentos contrários à arbitragem envolvendo o Poder Público

4.3. Privilégios e prerrogativas processuais do Poder Público

4.4 Previsões para utilização da arbitragem pela Administração Pública

4.5 Publicidade do ato administrativo e a confidencialidade como atrativo para a arbitragem

5. CÂMARAS DE ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO

6. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

É ponto pacífico que o Poder Judiciário do Brasil não consegue atender em tempo hábil todos os litígios que são instados a resolver. Em verdade, o julgamento definitivo de um processo pode levar anos, não apenas em função do excesso de litígios a serem julgados e falta de pessoal qualificado e capacitado, bem como dos recursos disponíveis para que advogados e promotores possam recorrer da decisão dada em primeira instância.

Todos esses fatores contribuem para a lentidão e ineficácia do Poder Judiciário, como é de conhecimento da população brasileira e dos operadores de direito. Mas, existem algumas alternativas legais que podem contribuir para reduzir a lentidão e a morosidade da justiça: a mediação e arbitragem que se presta a resolver casos específicos e situações específicas, conforme sublinha. (COUTO, 2019).

A arbitragem, da mesma maneira que a mediação visa à resolução de conflitos. Por meio deste instrumento delega-se a terceiro poderes decisórios para o julgamento do conflito, contra o qual não caberá recurso. As partes, por sua vez, são obrigadas a respeitar a decisão do árbitro que tem força de decisão judicial com a Lei nº 9.307/1996. A arbitragem possui caráter inquisitório e deve o árbitro arguir testemunhas e as partes, a fim de buscar uma solução justa ao conflito.

Uma das vantagens da mediação e da arbitragem são a rapidez e a eficiência na solução dos conflitos. Não por acaso, as pessoas buscam, nos últimos anos, utilizar este instrumento naquelas áreas em que cabe a sua aplicabilidade, isto é, no julgamento de questões relativas aos direitos patrimoniais disponíveis.

Para diversos operadores do direito, a mediação e a arbitragem é vista como um método alternativo de solução de conflitos. Em relação à arbitragem a Lei nº 9.307/1996 foi instituída com o objetivo precípua

de criar melhores condições de utilização eficaz da arbitragem. Outrossim, a lei que versa sobre mediação também passou por algumas mudanças com o fito de torná-la mais eficiente na solução dos conflitos.

Importante comentar que, a mediação e a arbitragem não ferem preceitos constitucionais. Muito pelo contrário, constituem instrumentos legais que coadunam com os princípios fundamentais da Constituição Federal, já que esta, em seu art.4º, inciso VII determina a solução pacífica dos conflitos em matéria internacional e coloca a solidariedade social como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Em linhas gerais, uma breve leitura e interpretação da Constituição levam a concluir que a Carta Magna estimula a utilização de métodos de composição amigável dos conflitos.

A Arbitragem é considerada um meio célere, eficaz e económico na solução de litígios. Hoje, com a crise no Judiciário, processos chegam a passar décadas

esperando uma sentença, enquanto a Arbitragem tem um prazo limitado para sua solução.

A Arbitragem no Brasil atual ainda é pouco utilizada na solução de litígios civis. Já no âmbito internacional é cada vez maior o número de empresas multinacionais e estados que utilizam a Arbitragem para a solução de seus litígios.

1. MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1 Origem e evolução

O homem é um ser social, que vive ajustando seus valores e se auto-definindo para melhor se posicionar na sociedade. Em meio à grande expansão do capitalismo e das revoluções industrial e francesa, foram provocadas radicais modificações na vida de milhões de seres humanos. As novas situações impostas pela sociedade capitalista fizeram com que os conflitos se tornassem complexos.

Segundo SILVA (2008, p.19): “Tal possibilidade acentua-se na sociedade contemporânea, pois com o progresso pós-revolução industrial, os homens se aglomeram em cidades, o que causou o aumento dos conflitos e, em consequência, a violência que deles nasce. ”

Na Doutrina, o conceito de conflito não é muito claro. Para Dinamarco (2001, p. 117):

Conflito, assim entendido, é a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizada pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo – seja porque negada por quem poderia dá-lo, seja porque a lei impõe que só possa ser obtido por via judicial. Essa situação chama-se conflito, porque significa sempre o choque entre dois ou mais sujeitos, como causa da necessidade do uso do processo.

Do mesmo modo, COLUCCI (2009, p.16)

Nasce um conflito de interesses todas as vezes que, para um mesmo bem, se voltam a as atenções de pelo menos dois indivíduos, havendo da parte de ambos uma tal intensidade de interesse em relação ao mesmo bem, que a exclusão do interesse contrário é a meta de ambos. A esse desejo de afastar o interesse alheio em benefício próprio denomina-se pretensão. Se da outra parte houver resistência, estaremos diante de uma lide ou litígio (litis), que, segundo definição de MOACYR AMARAL SANTOS, “é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”.

Já para KELSEN (2001, p. 04):

[...]. Onde não há conflitos de interesses, não há necessidade de justiça. Um conflito de interesses se apresenta, todavia, quando um interesse só pode ser satisfeito à custa de outro, ou seja, quando dois valores se contrapõem e não é possível concretizá-los ao mesmo tempo se a concretização de um implicar a rejeição do outro; quando é inevitável, para dar prioridade à concretização de um dos dois, decidir qual deles é mais importante, mais elevado maior. O problema de valores é, antes de tudo, o problema dos conflitos de valores. [...]

Sendo assim, o conflito é natural do ser humano. Pois, sendo o indivíduo um ser social, quando sente que seus direitos e valores estão sendo ameaçados, principalmente os da dignidade humana, busca encontrar uma solução para esclarecê-los.

Em outros tempos, quando se existia conflitos entre pessoas, ou melhor, insatisfação de uma pessoa diante de outras, para resolvê-los, as próprias pessoas envolvidas no conflito usavam de sua própria maneira para decidi-lo. Tal fenômeno é chamado de autotutela. De acordo com GRINOVER (2004, p. 23):

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para

superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. [...] A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.

Outra forma de solucionar os conflitos nos sistemas primitivos, e ainda mesmo utilizada hoje, é a autocomposição. Nesta forma, as partes fazem concessões recíprocas para afastar a controvérsia e, se feita antes da instauração do processo impede a abertura do mesmo e produzindo eficácias entre as partes. Para ROCHA (2007, p.13):

É modo de tratamento dos conflitos em que a decisão resulta das partes, obtida através de meios persuasivos e consensuais, residindo nisso sua diferença da autotutela, em que a decisão é imposta por uma das partes. Na autocomposição,

como a decisão é produzida pelas partes, seu grau de eficácia é elevado.

Em outras épocas, não existia no Estado uma organização de poder para controlar as disparidades de vontades entre as pessoas. Sendo assim, nasce o Direito para cumprir a função de garantir a ordem social. Na concepção de ROCHA (2007, p. 11):

A necessidade de viver em sociedade reúne os indivíduos e força-os a coordenar suas atividades particulares de maneira que cumpram uma função social no sentido de que devem servir à realização de um processo social determinado. No entanto, no seio da sociedade os fatores de união não são os únicos a agir, havendo, igualmente, os fatores de desunião. O próprio fato de a sociedade não constituir um organismo biológico, mas ser formada de indivíduos não programados previamente, torna o conflito inseparável da vida social. Daí a essencialidade da função de tratamento dos conflitos, no sentido de que o direito não só dirige as condutas, mas também edita regras para administrar os conflitos inerentes à vida gregária.

Sendo assim, o Direito tem a função de ordenar e coordenar as relações sociais que se manifestam na vida social, buscando redimir os conflitos para

assim, efetivar a sua função social. No entanto, Direito e Sociedade sempre estiveram inter-relacionados, vejamos (PAUPERIO, 1971, p. 177):

O Direito nasce com o próprio homem, com a própria vida social. Vida social alguma pode existir sem o Direito, que é o conjunto de normas existenciais do grupo. Quando a sociedade passa a existir – e ela é natural e inerente à natureza humana, pois o homem jamais poderia ter vivido sem ser em sociedade – quando, pois, o homem começa a viver em sociedade, desde esses primórdios afirma o Direito.

A tutela jurisdicional se desenvolve a partir do momento em que o Estado mediante provocação chama para si a responsabilidade de solucionar uma lide, aplicando as normas aos casos concretos, através da atividade exercida pelos seus órgãos investidos, ou melhor, os juízes. Segundo, ALVIM (2010, p. 172):

Com a mudança, porém do fundamento sobre o qual se assentava o Direito, que se pretendeu veio a residir essencialmente na vontade do povo, o que, pelo menos, foi e tem sido afirmado, a realização da justiça passou a ser feita em nome da República,

governada por leis elaboradas por mandatários do povo (democracia).

Verifica-se que, o Estado regula as condutas e busca realizar a promoção da paz social por meio da resolução de conflitos. Ele utiliza como mecanismo a função jurisdicional que, garante aos cidadãos do Estado o direito ao acesso às decisões judiciais.

O Estado, através do Direito, deve oferecer pressupostos para solucionar os conflitos entre indivíduos. No entanto, deve exercer a atividade jurisdicional para proteger os direitos lesionados, trazendo harmonia nas relações sociais. Dessa forma, as relações sociais tornaram-se cada vez mais complexas. Nesse diapasão, surgiu a necessidade do Estado criar suas normas, ou seja, legislar, através da Jurisdição. Assim, conforme Chiovenda (apud CÂMARA, 2008, p. 66), a jurisdição é:

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos

públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.

O Estado, através da jurisdição, se substitui aos sujeitos que estão em litígio, trazendo para si o poder-dever de pacificar, imparcialmente, os conflitos, atuando de forma justa e eficaz. Exercendo, portanto, a sua função de proteção aos direitos individuais e coletivos dos indivíduos, primando assim, pela resolução dos corriqueiros conflitos.

A questão do acesso à justiça é um tema de grandes discussões e pesquisas. Com essa abordagem criou-se a ideia de uma justiça acessível a qualquer cidadão e quando dela necessitar, seja atendido de forma com total eficácia.

Para DINAMARCO (1998, p. 304):

Acesso à justiça é mais do que um princípio, é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade,

mediante o exame de todos e de qualquer um dos princípios.

Diferentemente de GRINOVER (1996, p. 115), que defende:

A idéia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais. Nas palavras lapidares de Kazuo Watanabe, não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. E segundo, o mesmo autor, são dados elementares desse direito: o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica; o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características.

Outra concepção bastante conhecida sobre o tema é a de CAPPELLETTI (1988, p. 15), a qual defende que para se ter uma solução dos conflitos, primordialmente deve-se identificar os obstáculos que encontramos quando se busca o judiciário. Sendo assim, o autor identificou três barreiras, as

quais são: as custas judiciais, a morosidade da justiça e a desvantagem do litigante de poucos recursos.

Para CAPPELLETTI (1988, p.32), a primeira barreira para o acesso à justiça se encontra nas despesas individuais em que os litigantes teriam que arcar com os honorários advocatícios, pois para o autor os serviços dos advogados são muitos caros. Conferimos:

Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais.

A segunda barreira verifica-se na morosidade da justiça, pois se constata que os litigantes que buscam soluções formais no judiciário necessitam de anos por uma “decisão exequível”. Para o citado autor, tal morosidade “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a

abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”. (CAPPELLETTI, 1988, p.20).

Já a terceira barreira é a desvantagem em que as pessoas de baixo poder aquisitivo diante de demandas perante as pessoas de razoável padrão social. Vejamos CAPPELLETTI, (1988, p.21):

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; [...] De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. [...]

Sendo assim, os litigantes de baixo poder aquisitivo e de pouca formação provavelmente não terão a capacidade de demonstrar suas próprias situações litigiosas com tanta eficiência, pois estarão mais em desvantagem que protegidos, logo não poderão

suportar tais barreiras. Da mesma forma, demonstra SILVA (2004, p. 21):

A descoberta da cidadania, ao menos pelas associações representativas de direitos, fez tornar normal a busca pelo Judiciário. A excessiva burocracia de seus serviços, no entanto, está tomando tormentosa a ida ao Judiciário para a solução dos problemas jurídicos. Cria-se um clima de frustração de expectativas.

Nas sociedades contemporâneas há um grande dispêndio para os litigantes que buscam o Estado para a resolução formal de conflitos. Devido aos altos custos, cria-se, então, uma grande barreira para o acesso à justiça, conferimos em CAPPELLETTI, (1988, p.16):

[...] Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.

Portanto, a busca pelo Judiciário criou-se um clima de frustrações para os litigantes, pois a morosidade da justiça e outros diversos pontos negativos, tais como: as incertezas do rumo do processo, o resultado da demanda e as custas processuais tornam-se inviáveis para o desfecho das soluções dos conflitos, despertando na população que o Poder Judiciário não é o único que poderá solucionar os litígios.

1.2. Negociação

Antes da Constituição de 1988 do poder judiciário, estaria com o controle apenas de elementos de competências, objetos e méritos do ato. O arcabouço teórico serve para sustentar o entendimento de teoria do desvio do poder- détournement de pouvoir — do direito francês. Com o juízo de verificar se o ato encontra-se vinculado ao seu fim, sendo assim, que serão somente anulados os atos que forem contrários ao interesse Público ou ao objeto previsto

na norma. Sendo assim que essa teoria não resolve o problema que cresce nos atos administrativo discricionários, pois a oportunidade e conveniência seriam imunes ao controle judicial. Fortalecemos assim mérito significa exercício regular de discricionariedade.

Sendo que o estado é o Promotor por excelência da delegacia do cidadão e da sociedade, para elaborar e executar políticas e o controle e a fiscalização das atividades desempenhadas pela sociedade, em outra maneira, podem parecer também em alguma circunstância, como responsável direto e indireto pela violação de direitos, ao fazer e elaborar outras políticas públicas ou ao tentar esconder-se de fazer essas funções, deixando de adotar as medidas legislativas e administrativas.

Além da imprescindível satisfação à finalidade legal, da atual estatal deve, materialmente, guardar consonância com os ditames constitucionais, não sendo bastante a conformidade à lei, sobretudo, a adequação ao Direito. Para o parâmetro positivista

da legalidade precisa-se de um alargamento, sobretudo com a consolidação do modelo pós-positiva e a noção juridicidade.

Referindo-se aos direitos fundamentais pode-se asseverar que a norma disposta no artigo 5º, § 1º, da CF, “se conclui de norma de cunho inequivocamente princípio lógico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”.

Com o controle jurisdicional da Administração Pública, para a doutrina dominante, reserva-se à verificação da estrita legalidade da atividade administrativa, vedando-se examinar aspectos de mérito dos atos da Administração. O Poder Judiciário, com esta visão corrente doutrinária, tem terreno próprio de atuação, não podendo cancelar a seara privativa da Administração Pública, qual seja, a livre apreciação acerca da conveniência e da

oportunidade do ato que pretende apto ao alcance do resultado almejado pela norma.

Com o art 5º, inciso XXXV, na constituição Federal dispõe que a lei, de nenhuma espécie exclua do Poder Judiciário apreciação de lesão ou ameaça a direito. Com esta posição deixa explicado que mesmo os atos praticados pela Administração Pública devem ser apreciados pelo Poder Judiciário.

O controle jurisdicional exerce, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que descansa o Estado de Direito. Mas não adiantaria sujeitar-se a administração pública à lei se seus atos se não pudessem ser decretados por um órgão dotado de garantias e que seja imparcial permitindo assim apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

Para um controle de limitação do Poder fez-se um mecanismo que viabiliza a existência do Estado de Direito, pois se toda estrutura estatal pode sofrer fiscalização, por diversos meios, por diversos sujeitos, sempre tentando concretizar o propósito

original da criação da estrutura estatal, o saber, a asseguaração dos interesses sociais. Há inúmeras formas de controle da atividade estatal, todavia, neste restringimo-nos a falar sobre o controle jurisdicional da administração.

O Estado de Direito tem como princípio estruturante o controle jurisdicional como hoje se conhece a possibilidade de controle jurisdicional, é como influência da Constituição Americana, sobretudo de Marshall, do judicial review, aparece na Constituição de República, 1891, e sobrevive até agora. Sendo que a mola propulsora do Estado de Direito é a possibilidade de controle judicial.

Merecendo aqui o controle jurisdicional atenção especial, tendo em vista as suas peculiaridades causadoras de grandes e eloquentes discussões. Em primeiro momento da história este controle era realizado de forma bem tímida, pois se alega que, ao controlar a atividade administrativa o Judiciário estaria interferindo na esfera de competência própria do Executivo e, pois, ferindo o princípio da

separação de poderes. Conforme, primeiramente, caberia ao Judiciário apenas verificar os aspectos da competência e da forma. Portanto a evolução dos estudos jurídicos e a consciência de que o Estado não mais poderia ter os poderes usualmente concedidos ao príncipe absoluto, viabilizou a construção e concretização de um arsenal de instrumentos jurídicos para o controle do exercício da função administrativa.

As consequências do controle jurisdicional do conteúdo das decisões discricionárias e daquelas decorrentes da valoração de conceitos de prognose limitam-se, na maioria das vezes, a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. Entretanto, poderá ocorrer a determinação da substituição total do ato por outro, em casos excepcionais quando o ato ferir frontalmente princípios constitucionais da Administração, reduzindo-se a “discricionariedade a zero.” Tal acontece, quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade

entre diversas opções, a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível.

Sendo possível o controle jurisdicional dos antecedentes fáticos e das fundamentações jurídicas na emanção dos atos administrativos consistiu em um grande passo na evolução desse controle. Em primeiro momento não se admitia o controle dos fatos e das fundamentações jurídicas, mas apenas da competência e da forma. Tinha controvérsia quanto à admissão da apreciação dos fatos e provas relacionados à atividade administrativa. Portanto a evolução nos estudos jurídicos passou não apenas a admiti-los, mas a vê-lo como necessário para se impor limitações ao poder discricionário da Administração.

Conforme Miranda, não é fácil assinalar os limites entre Direito Constitucional e Direito Administrativo, uma vez que o "princípio da legalidade administrativa pressupõe o da constitucionalidade das leis", colocando que "o alargamento da intervenção do poder público na vida econômica,

social e cultural e as mudanças sofridas pela lei têm levado a alguma indefinição acerca das matérias que devem receber a qualidade de constitucionais e de outras que devem ter-se por administrativas. Assim que o Estado do século XX apresentou-se como um Estado administrativo, em vez de legislativo (Carl Schmitt), muito do que é administrativo trona-se constitucional; inversamente, quando a lei se traduz em medidas concretas, ou emana do Poder Executivo, é esse ato de Direito Constitucional que parece convalidar-se em ato de Direito Administrativo."

Portanto que o controle jurisdicional dos atos administrativos não abarca em seu cerne a possibilidade de controle e invalidação de todos os atos administrativos. Em razão na sociedade o seu papel, a Administração Pública necessita de certa "liberdade", para a sua atuação. Certamente que, em razão do Princípio Constitucional da Legalidade, tal atuação não poderá superar os limites impostos pela Lei e, indo mais longe, tal atuação precisa ficar

adstrita aos limites trazidos pelo legislador, sob pena de comprometer, em última análise, o próprio Estado de Direito.

Com relação às questões referentes à eficácia dos direitos fundamentais e uma teoria de argumentação jurídica aplicada ao objeto proposto, qual seja, possível através de uma decisão racional, devidamente justificada mediante argumentos lógicos, garantir em situações especiais a prevalência do interesse individual sobre o público? Essa é uma luta que sofre sérias resistências, principalmente dos publicistas que impõe o entendimento da supremacia do interesse público sobre o privado nas primeiras lições da graduação, como se fosse um dogma tal ensinamento. Esquece os publicistas quando da defesa restrita dos dogmas contidos que uma das principais características da nossa constituição é a importância atribuída aos direitos fundamentais.

Existe o perigo dessa supervalorização do interesse público, pois dificulta a concretização dos direitos

fundamentais, em virtude de uma ressurreição das razões do Estado, impondo um autoritarismo exacerbado, como por exemplo, o discurso da segurança nacional assedia o direito de liberdade. Importante destacar que se costuma associar o interesse público com os anseios de uma coletividade, levando em consideração o ser humano não em particular, mas pertencente de uma comunidade jurídica e o interesse privado, seria a carência do indivíduo desprovido e incompatível como os desejos da comunidade.

Essa aparente supremacia do interesse público sobre o privado, como já noticiado, sujeita os direitos fundamentais a sua eficácia e que já existe consequências nos dias atuais, como por exemplo, a taxaço dos inativos do serviço público que em detrimento da desconfiável saúde dos cofres públicos, atingiu a segurança jurídica, ferindo de forma grave o direito adquirido dos aposentados. Sendo assim, há a necessidade de revalorização

normativa da discussão da garantia e eficácia dos direitos fundamentais.

Tal assertiva nos faz refletir que, numa análise teleológica da atividade do Estado está a satisfação mínima da sociedade, através de seus mecanismos de garantia da prestatividade dos direitos fundamentais. Ademais, o princípio da supremacia do interesse público apresenta nuances autoritários, uma vez que não existe contemplação positiva no ordenamento jurídico constitucional pátrio, sendo fruto de um processo axiológico dos detentores do poder político.

Some-se ao fato de que um Estado que prima pela aplicação da defesa e garantia dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, promove a proteção do autêntico interesse público.

Desta forma, pode-se desdobrar o interesse público em duas faces; a prestatividade e a garantia da eficácia dos direitos fundamentais e o interesse do próprio Estado. Assim, constata-se que há tempos os comandantes políticos tratam o interesse como a

segunda opção descrita, pois esquecem que dentre a teleologia do ente estatal insere a obrigação de garantir aos cidadãos a satisfação mínima da garantia dos direitos fundamentais. Retomando o exemplo da “balança da ponderação”, clara está a ideia da possibilidade de superposição do interesse privado sobre o público, desde que devidamente fundamentado os enunciados normativos. Se colocarmos na balança os argumentos opostos, e ponderarmos de acordo com as situações que envolvem o caso, poder-se-ia constatar que é viável a garantia do direito fundamental de um cidadão frente aos anseios do interesse público.

O direito administrativo no Brasil é construído sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade de interesse público pela administração. Esses princípios se propõem a oferecer resposta teórica à tensão que se configura entre as prerrogativas da Administração e dos direitos administrados.