

Revista da ESDM - 2018 - v.4 - n.8 - Seção Temática - Autocomposição

Staff da Revista da ESDM

Diretor Geral da ESDM : Alexandre Salgado Marder

Diretora Editorial (Editora-Chefe): Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Diretora Institucional: Alexandra Cristina Giacomet Pezzi

Diretoria de Comunicação: Carin Prediger, Márcia Rosa de Lima e André Santos Chaves

Integrantes do Conselho Editorial

Alexandra Cristina Giacomet Pezzi (RS)

Alexandre Salgado Marder (RS)

Aloisio Cristovam dos Santos Junior (BA)

André Santos Chaves (RS)

Arícia Fernandes (RJ)

Arthur Maria Ferreira Neto (RS)

Carlos Augusto Silva (RJ)

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa (BH lotada no DF)

Cintia Estefania Fernandes (PR)

Cláudio Fortunato Michelin Jr. (Escócia)

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira (RS)

Daniela Silva Fontoura de Barcellos (RJ)

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho (BA)

Hamilton da Cunha Iribure Júnior (MG)

José Sérgio da Silva Cristóvam (SC)

Leandro Martins Zanitelli (MG)

Luciola Maria de Aquino Cabral (CE)

Luiz Gustavo Levate (BH)

Luiz Henrique Antunes Alochio (ES)

Marcelo Sampaio Siqueira (CE)

Márcia Rosa de Lima (RS)

Márcio Augusto Vasconcellos Diniz (PE)

Marco Ruotolo (Itália)

Maren Guimarães Tabora (RS)

Raffaele de Giorgi (Itália)

Rodrigo Brandão (RJ)

Vanessa Buzelato Preste (RS)

Vanice Regina Lirio do Valle (RJ)

Vasco Manuel Pereira da Silva (Portugal)

Pareceristas

André Santos Chaves (RS)

Carlos Augusto Silva (RJ)

Francisco Lisboa Rodrigues (CE)

José Sérgio da Silva Cristóvam (SC)

Kaline Ferreira (BA)

Márcia Rosa de Lima (RS)

Maren Guimarães Tabora (RS)

Editoração

Amanda Costa Moreira Teixeira

Ficha catalográfica

Revista da ESDM [recurso eletrônico] / Fundação Escola Superior de Direito Municipal – Vol. 4, n. 8 (2018) - .
Porto Alegre: ESDM, 2015 -

Semestral

ISSN online 2595-7589

Editora responsável Cristiane C. Fagundes de Oliveira

1. Direito - Periódicos. 2. Direito Municipal. I. Fundação Escola Superior de Direito Municipal - ESDM. II. Título.

CDU 34(05)

Apresentação.....	03
A ARQUITETURA DE ESCOLHA COMO FERRAMENTA QUE PODE LEVAR ÀS MELHORES SOLUÇÕES NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE MEDIAÇÃO E ADJUDICAÇÃO. Cristiane Santana Guimarães e José Euclimar Xavier de Menezes	6
A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA Felipe Barbosa de Menezes e Aurélio Ferreira de Moraes Neto	21
A AUTOCOMPOSIÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA Leny do Nascimento Gomes e Tiago Neu Jardim	34
A CRIAÇÃO DE MATERIAL DE APOIO NA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO Cristina Danielle Pinto Lobato e Fernanda Fagundes Alves.....	55
ARBITRAGEM NO DIREITO PÚBLICO: ANÁLISE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS Júlia Rizzatti Tedesco e Yuri Restano Machado.....	65
ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS Rafael Maffini e Rodrigo de Jesus Cirne.....	84
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MASSA, CONTENCIOSO DE SÉRIES E OS FALSOS LITÍGIOS - UMA CLASSIFICAÇÃO IMPORTADA DA DOUTRINA FRANCESA Kaline Ferreira	100
MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO E DE CIDADANIA Caroline Wüst	113
PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: INCIDÊNCIA E LIMITES SOBRE AS TRATATIVAS CONCILIATÓRIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Tatiana de Marsillac Linn Heck e Luciana Marques Bombino	125

Apresentação

Porto Alegre hoje oferece a possibilidade de que as questões jurídicas do setor público tanto municipal, como estadual ou federal, sejam tratadas por meio de conciliação, por ser a primeira capital do país onde existem câmaras de conciliação nas três esferas: a Central de conciliação do município, o Centro de conciliação do estado do Rio Grande do Sul e a Câmara local de conciliação no RS, da Advocacia-Geral da União.

Nesse pioneirismo, que se faz mais do que desejado, já que possibilita o tratamento dos conflitos da administração pública de maneira adequada e sistêmica, de modo a oportunizar que as próprias partes construam a melhor solução, de maneira eficiente, rápida e econômica, os esforços estão reunidos: procuradores municipais, procuradores do estado do RS e advogados da União, procuradores federais e procuradores da fazenda nacional tem reunido esforços em prol da mudança de cultura necessária à sedimentação da negociação, da conciliação, da mediação e da arbitragem como ferramentas à disposição do cidadão, a fim de apresentar melhores alternativas frente à realidade atual, em que o ente público é o maior demandante na justiça brasileira, que se tem mostrado lenta, cara e muitas vezes ineficiente.

Assim como as advocacias públicas em solo porto-alegrense se aproximaram na troca frutífera de experiências frente aos novos desafios, importante destacar o apoio recebido da OAB, por meio da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas, pioneira no Brasil, com grande experiência e conhecimento técnico, que fez belo acolhimento e tem dedicado efetivo apoio aos advogados públicos gaúchos nessa nova empreitada, comprovando o valor da instituição que é casa de todos os advogados.

O valor da união de esforços foi logo percebido pelos responsáveis pelas escolas das diferentes instituições envolvidas como algo tanto necessário à boa implementação das mudanças, como precioso. Assim, tem sido elementos aglutinadores essenciais nesses três anos de caminhada de ricos compartilhamentos o trabalho da Escola da AGU, da Escola da Associação dos Procuradores do Estado do RS, da Escola Superior de Direito Municipal e da Escola Superior de Advocacia – OAB/RS.

O trabalho conjunto dessas instituições visa a concretizar efetivos avanços para a sociedade, não somente no modo de alcançar a justiça com o cumprimento da lei, mas de propiciar a verdadeira resolução dos conflitos. No tocante à administração pública, busca-se trilhar caminhos mais eficientes que possam propiciar o funcionamento sistêmico da máquina administrativa, de modo que as diferentes peças da engrenagem efetivamente funcionem concatenadas, e não de forma isolada, como ainda se observa, o que tem sido também causa de ineficiências na prestação do serviço público, em prejuízo da sociedade.

Os desafios à implementação de novas formas de tratar os conflitos são inúmeros. Com relação à administração pública, há que se fazer grande esforço de integração. De um lado, não se pode corromper o instituto da mediação, cujos princípios, agora positivados,

servem a que se preserve seu cerne, não por capricho, mas para possibilitar que a mediação leve ao aprofundamento das questões que lhe é peculiar, e que tem comprovado ser modo muito eficiente de tratar os conflitos. De outro lado, não se pode, ainda que em um ambiente de mediação, em que é possível também tratar os conflitos da administração pública, extrapolar os limites do direito administrativo, tratando-se também de saber respeitar seus princípios e características, sob risco de se construírem acordos inexequíveis porque ilegais, quando não respeitam os requisitos jurídicos inerentes à administração pública.

Mesmo a arbitragem, ao ser utilizada em questões públicas, exige o conhecimento e respeito dos limites do direito administrativo, de parte do árbitro, bem como adequação dos advogados públicos ao funcionamento das câmaras arbitrais, o que requer que se avance com rigor técnico, a fim de que as mudanças se sedimentem.

Este novo cenário no direito brasileiro, que se humaniza por meio dessas mudanças, representa também grande desafio, por exigir integração de dois universos que podem parecer distantes, visto que a mediação, com suas ferramentas de negociação, mas também com técnicas terapêuticas, demanda que os profissionais afeitos à matéria jurídica desenvolvam novas habilidades a fim de que, além de excelentes advogados, aperfeiçoem-se no manejo dessas habilidades que hoje se apresentam disponíveis e, se utilizadas, qualificam o serviço prestado, em benefício da sociedade.

Assim, o esforço maior que ora se impõe consiste em despertar a consciência de que ao profissional do direito que passa a trabalhar com os meios autocompositivos, ainda que advogado experiente, se quiser ser hábil mediador, deverá apelar para sua curiosidade e abrir-se ao novo, de modo que as habilidades que dizem respeito ao melhor conhecimento das relações e sentimentos humanos sejam acrescentadas ao saber jurídico, como aliadas no manejo dos conflitos que estão por trás de qualquer questão jurídica.

Nesses recentes anos que temos participado de cursos, formações, palestras e seminários sobre mediação, conciliação, negociação, o que chama a atenção é a verdadeira alegria e deleite de colegas experientes que não se haviam, como eu até há pouco tempo, deparado ainda com conhecimento de técnicas como escuta ativa, estabelecimento de rapport, busca de interesses, geração de opções, e outras tantas que devemos utilizar nesse novo modo de operar o direito. A possibilidade de tratar nossos clientes como verdadeiros seres humanos que são, assim como a outra parte, seja pessoa física, seja membro ou representante de pessoa jurídica, seja servidor público, ao identificar e reconhecer os sentimentos que estão por trás de todos os tipos de conflitos, parece ser experimentada como libertadora do profissional que muitos de nós gostaríamos de ser.

Assim, encarar a formação necessária para exercer com competência as habilidades de mediadores e conciliadores não parece tarefa penosa, mas ao contrário, prazerosa e que possibilita preciosos e úteis aprendizados. Todos aqueles que contribuem com os artigos desse número da Revista da ESDM direcionam a visão ao horizonte revelado por essas novas possibilidades de atuação frente aos conflitos, sejam públicos, sejam particulares. A contribuição que aqui trazem decorre de sua atuação em suas diferentes áreas, seja a do serviço público, da advocacia privada, ou da formação de estudantes ou profissionais.

Partilham o desejo que de mediação, conciliação, negociação e arbitragem não sejam meras possibilidades, mas instrumentos efetivamente concretizados na nossa sociedade, e para isso contribuem aqui com o resultado dos estudos decorrentes do enfrentamento das tantas questões que ora se apresentam, e que precisam ser tratadas de maneira técnica e consistente para que avancemos nos novos temas com propriedade, o que se aqui ora propõe.

Este número da Revista coincide com a 3ª edição anual do Forum Nacional de Mediação e Arbitragem, já sediado em Salvador e em Goiânia, e que este ano se realiza em Porto Alegre, com artigos acerca exclusivamente destes temas. Da organização do evento participaram advogados públicos das três esferas da federação, municipal, estadual e federal, que exercem suas atribuições na capital, bem como de advogados membros da OAB gaúcha, por meio da presidência da Comissão de Mediação e da direção da ESA, e que buscam, através dessa e de outras realizações, contribuir efetivamente para que os meios de solução de conflitos que se apresentam como opção ao poder judiciário sejam difundidos e implementados no nosso país. A reunião de esforços com que se procedeu tanto à organização do evento, como deste número da Revista, é precioso valor que se agrega no desenvolvimento desses temas, já que a rica troca que temos vivenciado qualifica o trabalho de cada um, e reflete nas nossas instituições.

Os artigos aqui presentes advieram de vários cantos do país, tendo sido enviados por parceiros que nós gaúchos temos Brasil afora, nesse trabalho que consiste em verdadeira missão assumida, de maneira consistente, por aqueles que se dedicam à mudança de paradigma na operação do nosso direito.

Aos nossos companheiros de trajetória, nosso agradecimento. Aos leitores, em nome de todos os autores, nosso carinho.

Esse número da Revista é dedicado a todos aqueles que se empenham para que os meios consensuais, assim como a arbitragem, estejam de forma consistente ao alcance do cidadão, a fim de contribuir para a construção de um direito voltado à felicidade de todos e de cada um.

Porto Alegre, 1º de dezembro de 2018.

Tatiana de Marsillac Linn Heck

Advogada da União, Membro da Comissão Especial
de Mediação e Práticas Restaurativas – OAB/RS

A ARQUITETURA DE ESCOLHA COMO FERRAMENTA QUE PODE LEVAR ÀS MELHORES SOLUÇÕES NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE MEDIAÇÃO E ADJUDICAÇÃO.

The architecture of choice as a tool that can lead to the best solutions in the of conflicts resolution in the public administration: between mediation and adjudication

Cristiane Santana Guimarães

Procuradora do Estado da Bahia, atuando na área fiscal, vice-presidente da Associação de Procuradores do Estado da Bahia e superintendente da Câmara de Mediação e Arbitragem da APEB – CAMAPEB. Graduada em Direito e História pela UFBA e em Administração Pública pela UNEB. Mestranda em Direito, Governança e Políticas Pública pela UNIFACS. Mediadora e pesquisadora em mediação na Administração Pública, tendo recebido o Prêmio Diogo de Figueiredo *láurea* atribuída pelo artigo “O conflito na Administração Pública pode ser mediado? Uma proposta de giro: da cultura da sentença à cultura da pacificação”.

José Euclimar Xavier de Menezes

Graduado em Filosofia e Teologia. Especialização Lato Sensu, Mestrado e Doutorado em Filosofia Contemporânea/UNICAMP. Pós Doutorado em Filosofia Contemporânea na Pontifícia Universidade Lateranense/Roma. Instituições em que atuou: PUC.SP, Faculdade Ruy Barbosa, Faculdade Santíssimo Sacramento e na UCSal (Programa de Stricto Sensu, onde também fui Pró Reitor de Pesquisa e Pós Graduação entre 2013 a 2015). Está vinculado à Faculdade Social da Bahia no curso de Psicologia; Coordena o PIBIC e é Editor da Revista Diálogos Possíveis (Webqualis). Lidera o grupo de pesquisa Políticas e epistemes da cidadania/CNPq/Unifacs. Integra o corpo de pesquisadores do Instituto Jurídico Portualense, IJP/Universidade Portualense/Porto/Portugal. Coordena o Programa de Pós Doutorado criado pelo convênio celebrado entre Universidade Salvador/Bahia/Brasil/UNIFACS e Universidade Portualense/Porto/Portugal/UPT.

Resumo

Este artigo se propõe a estudar os fatores que levam à adoção de meios adjudicatórios em detrimento da mediação na solução de conflitos em geral e como ocorre a escolha da melhor alternativa de solução de conflitos na administração pública. Com apoio no referencial teórico da economia comportamental que analisa a irracionalidade do comportamento humano baseado nos vieses cognitivos, os quais conduzem a decisões subótimas, na pesquisa bibliográfica e no estudo de casos, aqui é utilizado o método dedutivo, que pretende analisar em que medida os estímulos de comportamento adotados pelo Estado, mediante uma política pública, pode contribuir para melhorar a conduta individual e coletiva na escolha da mediação de seus conflitos.

Palavras-Chave: Paternalismo. Libertário. Mediação. Arquitetura. Escolha.

Abstract

This article proposes to study the factors that lead to the adoption of adjudicatory means to the detriment of mediation in the solution of conflicts in general and how the choice of the best alternative of conflict resolution in the public administration occurs. With support in the theoretical framework of behavioral economics that analyzes the irrationality of human behavior based on cognitive biases, which lead to sub-optimal decisions, bibliographic research and case studies, using the deductive method, intends to analyze to what extent the behavioral stimuli adopted by the State through a public policy can contribute to improve the individual and collective conduct in the choice of mediation of their conflict.

Keywords: Paternalism. Libertarian. Mediation. Architecture. Choice.

Sumário

1. Introdução; 2. Paternalistas, libertários e paternalistas libertários; 3. Porque as partes em disputa necessitam de um estímulo por meio da arquitetura de escolha?; 4. Mediação como método de resolução de disputas padrão; 5. O estímulo certo: uma alteração no método de resolução de disputa padrão; 6. Casos reais nos quais as partes fizeram a opção informadas no comportamento; 7. Conclusão; 8. Notas; Referências

1. INTRODUÇÃO

A mediação tem provado ser superior à judicialização em casos de sua adequação e, mesmo assim as pessoas preferem esta última em detrimento da primeira, conforme estudos dos pesquisadores Daniel Watkins, Cass Sustein e Richard Thaler referenciados neste trabalho.

Não é tarefa simples identificar a origem desta predileção, e contudo é de conhecimento público e notório que por séculos, desde a o bachelarismo do século XIX¹, como sustenta Vera Cury.

Como consequência, o período entre nós foi marcado por uma cultura jurídica formalista, retórica, individualista e jurídicista e foi nesta junção do individualismo político do formalismo legalista que se moldou, ideologicamente, o principal perfil da nossa cultura jurídica: o bachelarismo liberal.

Deste modo, estrutura jurídica firmou-se na sociedade brasileira pela cultura do litígio, com profissionais aptos a movimentar a máquina do judiciário diante de demandas postas por sua clientela sem a oferta de soluções simples e conciliatórias para solução do conflito. Aliado a isto, notemos que a Fazenda Pública sempre utilizou-se dos incontáveis recursos jurídicos para protelar o momento da entrega do quanto determinado na tutela jurisdicional. A justiça gratuita presente nos juizados também pode ser considerada um fator de incremento, em razão da facilidade em que se toma a decisão pela judicialização de questões, as quais em outros países, é rotineiramente resolvida pela negociação, conciliação ou mediação.

Nas últimas décadas, especialmente a partir de 2010, tratou o sistema jurídico atual de fomentar novos modelos de resolução de conflitos para acompanhar as mudanças sociais que velozmente criam novas formas de negócios, em função da tecnologia e da economia compartilhada, que por sua vez, geram conflitos não solucionáveis através do modelo arcaico do sistema de justiça então vigente, produzindo mais insatisfação social e conflitos Inter geracionais. Esse influxo também foi constatado nos Estados Unidos na década de 70, tendo como solução a criação da teoria de um novo sistema de justiça *multidoors* em 1976, preconizado por Peter Sanders.

Nessa toada, em 1996 foi sancionada a Lei de Arbitragem (9.307), em 2010 a Resolução 125 do CNJ, e em 2015 o Novo Código de Processo Civil (13.105) e Lei de Mediação

(13.140), legislações que parametrizam contributos comportamentais, orientadas à utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, com o destaque para esta última Lei de Mediação que trouxe capítulo específico para regular a auto composição na administração pública, bem como a alteração da Lei de Arbitragem (13.129/2015) que, de igual modo, passou a disciplinar a aplicação do meio heterocompositivo na esfera pública.

Assim, indagamos: com todo o aparato normativo acima indicado, resignificado para a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, especialmente no que tange às controvérsias da administração pública, o que mais impede a administração pública dar o giro necessário para a melhor governança dos conflitos por ela ou em sua função gerados? Por que os seus agentes geram, cotidianamente, na relação com os particulares, controvérsias que, em geral, são judicializadas?

Kahneman e Twersky², em estudos da economia comportamental asseguram ser uma tendência de confiar em heurísticas e vieses cognitivos no processo de decisão, de modo a criar atalhos de menor esforço. Segundo esta teoria o homem é conduzido por dois sistemas de pensamento. O primeiro de avaliação básica, intuitiva e o segundo reflexivo, portanto mais demorado. Por óbvio, o cérebro lançará mão do sistema automático para as tomadas de decisão que se processa em segundos, rotineiramente.

Segundo os autores, o processo de pensamento estará submetido a alguns "vieses cognitivos", a inércia, a procrastinação, o enquadramento (*framing*) da informação, a influência das normas sociais e a disponibilidade.

Tomando como ponto de partida esses vieses, a economia comportamental afasta a aplicação dos paradigmas clássicos da economia aplicada ao direito, a exemplo da racionalidade plena, porquanto tem como certa que as decisões humanas não decorrem dos princípios de oferta e demanda ou de custo benefício apenas, de modo que se põe em questão sobre o fato de que um cidadão em controvérsia com o Estado, mesmo tendo à sua mão informações entre o valor e a utilidade da mediação para solução de seu problema, por falhas cognitivas derivadas de heurística ou de vieses comportamentais, opte pela judicialização.

Assim, mesmo tendo à mão as facilidades estruturais para negociação direta, conciliação e mediação, apesar de possuir a informação do custo benefício do método mais barato e rápido de solução de conflitos, é contumaz na preferência à porta do judiciário.

Para enfrentar a complexidade do debate, o trabalho busca justificativa no aparato teórico da economia comportamental, balizando-se nas obras de Sustain e Thaler³, que propõem a teoria do paternalismo libertário como estímulos comportamentais voltados a arquitetura da escolha. Nos casos concretos apresentados, a presença no cenário jurídico das mencionadas legislações autorizativas da mediação na administração pública indicam carecer de mais regulação que definam designs dentro dos quais o mediando possa ter sua situação subsumida naquela arquitetura, de modo a reduzir o contraste como ocorreu nas situações apresentadas, um onde o estímulo comportamental foi exercido para contemplar a mediação finalizada em acordo entre as partes e, outro, em que, embora com todas as informações postas e favoráveis a resolução de seu problema com cerca de 90% de benefícios seus, a medianda, ainda assim, preferiu judicializar.

2. PATERNALISTAS, LIBERTÁRIOS E PATERNALISTAS LIBERTÁRIOS

Os debates sobre políticas tendem a ser estruturalmente semelhantes. Quer o tópico seja cuidados de saúde, a regulação dos mercados financeiros ou a resolução de disputas fornecida pelo governo, duas filosofias opostas aparecem consistentemente: o paternalismo e o libertarianismo.

Os Paternalistas⁴ argumentam que parte do papel do governo é obrigar as pessoas a se comportarem de maneira ideal. O governo, segundo os paternalistas, está na melhor posição para determinar quais ações individuais são melhores para a comunidade como um todo - particularmente em áreas como resolução de disputas, onde o governo já desempenha um papel integral. Os paternalistas, portanto, tenderiam a se sentir confortáveis com os programas de mediação obrigatória convertendo um processo voluntário, ideal, em um processo compulsório.

Esse argumento é balizado por Claire Hill⁵,

Anti-paternalistas sinalizam que não há uma razão a priori, a partir de uma perspectiva libertária, para privilegiarem o futuro sobre o eu presente. Anti-antipaternalistas poderiam responder que se engajar em atividades agora que irá limitar as opções mais tarde efetivamente limitam a autonomia. Mas esse argumento pressupõe, sem justificativa, que a autonomia é medida pelo futuro, ao invés de presente. Inferir-se disto que, a autonomia consiste importante da capacidade física e mental para fazer escolhas em um determinado ponto no tempo. E o arrependimento? O arrependimento pode parecer dar um argumento para privilegiar o futuro. Mas como podemos saber se o que se sente como arrependimento não é tanto um "erro" como o que levou à ação a ser arrependida? Arrependimento também poderia ser sentimento barato: Eu quero pensar que eu não sou um hedonista de todo o coração-que eu tenho algum respeito pela minha saúde-mesmo que ontem eu tenha comido muito queijo e não tenha ido à academia.

O contra-ponto ao "anti,antipaternalismo" vem de Watkins⁶ quando diz que,

Para os fãs de mediação, a vantagem do sistema obrigatório é óbvia: as partes mediam com mais frequência. No entanto, esta prática vem com pelo menos três custos substanciais. Em primeiro lugar, quando a mediação é vista como parte e parcela do processo de litígio, como a mediação obrigatória é muitas vezes vista, as partes e mediadores tendem a se concentrar desnecessariamente em questões jurídicas. Este aspecto fulmina a oportunidade das partes em chegar a processos criativos extralegais de resoluções. Em segundo lugar, muitas vezes os juízes servem como mediadores nestas sessões obrigatórias apenas para julgar o mesmo caso, se as partes não chegarem a um acordo. Este duplo papel apresenta sérios problemas de imparcialidade, pois o mediador/juíz e as partes litigantes sofrerão uma confusão de papéis tanto nas etapas de mediação como de adjudicação. E, finalmente, há a questão mais ampla de saber se a mediação obrigatória é um oxímoro. Alguns argumentam que porque a autodeterminação está no cerne da mediação, a participação obrigatória é perversa e pode traduzir-se em pressão indevida para resolução do conflito.

Por seu turno, os Libertários⁷ argumentam que os mandatos do governo não podem produzir resultados ótimos. Como o governo opera fora do mercado, suas decisões políticas nunca podem alcançar a eficiência, a flexibilidade e a inovação que o mercado produz. Segue-se que, como o livre mercado depende basicamente de uma escolha individual irrestrita, os serviços governamentais, incluindo resolução de disputas, ser tão limitado quanto possível e inteiramente não obrigatório.

O sistema anglo-americano do adjudicação vestem-se de brandos libertários.

Os advogados privados fazem a maior parte do trabalho e o sistema só impõe um seleto grupo normas. Se a adjudicação não é ideal para algumas partes litigantes, eles são livres para selecionar algum outro método de resolução privada.⁸

O sistema de julgamento atual, portanto, atende bem aos libertários. Se a adjudicação não é ideal para algumas partes em disputa, elas estão livres para selecionar algum outro método privado de resolução de disputas. Em seus estudos, Thaler e Sunstein argumentam que as posições libertárias e paternalistas são falhas porque ambas se baseiam em falsas suposições sobre o comportamento humano.

A maior parte da teoria econômica do século XX, segundo Thaler e Sunstein, supunha a compreensão do homem a partir da dimensão econômica, cunhado pelos especialistas como *homo economicus*. Um *homo economicus*, ou *Econ*, é um indivíduo com extraordinária inteligência e força de vontade: “*pode pensar como Albert Einstein, armazenar tanta memória quanto o Big Blue da IBM e exercitar a força de vontade de Mahatma Gandhi*”. De formas diferentes, o libertarianismo e o paternalismo dependem da ideia de que fabricantes são Econs. Libertários acreditam que os agentes do mercado são Econs, enquanto os paternalistas acreditam que os reguladores do governo são Econs.

Mas o campo da economia comportamental revela que vivemos em um mundo não de Econs, mas de *homo sapiens*, segundo Watkins, Thaler e Sustein⁹ Enquanto Econs são maximizadores de utilidade racional que tomam decisões ótimas sempre que lhes são apresentadas informações perfeitas, os Humanos são humanos. Devido a vieses irracionais e erros cognitivos, eles previsivelmente deixam de fazer escolhas ótimas mesmo quando têm todos os fatos.

Armado com essa percepção, Thaler e Sunstein desafiam a narrativa libertária. Como o mercado livre é composto por seres humanos, não por Econs, não devemos sustentar o mercado como uma fonte última de eficiência. Pelo contrário, dada a irracionalidade previsível dos seres humanos, devemos esperar falhas de mercado sempre que os seres humanos sofrerem de preconceitos ou erros ao fazer escolhas de livre mercado. No interesse da otimização, o governo deve intervir no mercado para ajudar os seres humanos a eliminar esses vieses e erros, a fim de fazerem melhores escolhas.

Mas Thaler e Sunstein também discordam do paternalismo. Os autores afirmam, corretamente, que o governo deve ter um papel na criação do comportamento ideal. Mas o que os paternalistas não reconhecem é que o governo é composto de humanos, não de Econs. Como todas as políticas governamentais são construídas pelos seres humanos, todas as políticas governamentais estão sujeitas a desvios irracionais distorcidos e erros cognitivos mantidos pelos seres humanos que, por acaso, são formuladores de políticas.

Em suma, a crítica de Thaler e Sunstein ao libertarianismo e ao paternalismo leva a seguinte conclusão: os seres humanos sofrem de preconceitos irracionais ou erros cognitivos, o governo deve intervir para corrigir esses preconceitos e erros, a fim de criar um comportamento mais ideal. Mas o governo deve intervir de tal maneira que os preconceitos irracionais e os erros cognitivos dos seres humanos no mercado não sejam simplesmente substituídos pelos vieses irracionais e erros cognitivos dos seres humanos no governo.

Como os formuladores de políticas podem alcançar este objetivo aparentemente impossível?

Em Nudge¹⁰ os autores introduzem um conceito que, paradoxalmente, denominam "paternalismo libertário". A ideia é simples: é possível respeitar os valores libertários de livre escolha ao implementar medidas que ajudem paternalmente as pessoas a tomar melhores decisões. O paternalismo libertário é libertário na medida em que preserva o poder do indivíduo de escolher. Mas é paternalista porque permite ao governo orientar as pessoas para decisões "melhores". Para realizar este terceiro caminho, o paternalismo libertário "estimula" os tomadores de decisão em direção a escolhas ótimas, alterando o contexto no qual eles encontram opções - a "arquitetura de escolha".

O paternalismo libertário expressa-se exclusivamente por meio de alterações na arquitetura de escolha. A arquitetura de escolha adequada facilita a tomada de decisões corretas. Um formulador de políticas paternalista libertário primeiro pergunta o que determinado Humano ou grupo de Humanos quer, mas é incapaz de obter. Dependendo do contexto, pode haver economias suficientes para se aposentar, uma figura mais magra ou uma solução pacífica para uma disputa problemática. Essa resposta é considerada o melhor resultado - o objetivo. O formulador de políticas determina então quais vieses irracionais e / ou erros cognitivos fazem com que o Humano faça escolhas que não atinjam o objetivo ideal declarado.

Finalmente, o formulador de políticas altera a arquitetura de escolha na qual o Humano encontra as opções, a fim de facilitar a escolha da escolha ideal à luz dos vieses e erros do Humano. O resultado é que o Humano mantém sua autonomia decisória, mas agora tem uma chance significativamente melhor de alcançar seus próprios objetivos graças ao estímulo comportamental fornecida pela arquitetura de escolha alterada. O fato de o Humano reter sua capacidade de escolher livremente reduz o risco de que os próprios vieses irracionais e erros cognitivos do criador de políticas coloquem o Humano em um sistema subótimo.

3. POR QUE AS PARTES EM DISPUTA NECESSITAM DE UM ESTÍMULO POR MEIO DA ARQUITETURA DE ESCOLHA?

Mesmo quando os tomadores de decisão têm informações perfeitas, asseguram Thaler e Sunstein, os vieses irracionais e erros cognitivos levam a decisões abaixo do ideal, à luz da literatura econômica comportamental e a teoria da escolha.

Vieses irracionais e erros cognitivos em relação aos métodos de resolução de disputas a empregar ajuda a explicar como a mediação pode ser ao mesmo tempo, louvada, bem divulgada e ainda, assim, subutilizada. Os Humanos provavelmente sofrem do viés de disponibilidade irracional, do viés do status quo e de um erro cognitivo de excesso de confiança quando eles decidem entre mediação e adjudicação. Esses vieses e erros significam que a participação na mediação não pode aumentar somente através da disseminação de informações sobre os benefícios da mediação – mesmo a informação estando perfeita nem sempre pode superar vieses irracionais e erros cognitivos. Esses vieses e erros distorcivos podem ser mitigados ou mesmo remediados por meio de uma alteração na arquitetura de escolha em torno da decisão de mediar ou julgar.

Quando os seres humanos encontram uma idéia repetidas vezes, tendem a atribuir uma importância irracional a essa ideia em seus processos de tomada de decisão. Esse fenômeno é chamado de “viés de disponibilidade”. Para ilustrar, Thaler e Sunstein¹¹ apontam para o primeiros dias de viagens aéreas comerciais quando os corretores vendiam apólices de seguro de vida nos aeroportos. Naquela época, os viajantes sofriam de um viés de extrema disponibilidade causado por notícias de acidentes de avião - eles estavam muito mais familiarizados com a idéia de desastres aéreos do que com os idéia de não-desastres de avião. Enquanto uma pessoa Econ calcularia suas chances de morte dividindo o número de acidentes de avião que viu no noticiário no ano passado por uma quantidade estimada de vôos bem sucedidos durante o mesmo período e considerou o seguro de vida em vôos uma compra extremamente abaixo do ideal, um Humano concluindo que os acidentes aéreos acontecem com frequência e, dado isto, compram as apólices.

Os humanos provavelmente sofrem de um viés de disponibilidade ao decidir mediar ou litigar. Eles estão muito mais conscientes dos métodos de resolução baseados em direitos, como adjudicação do que métodos de resolução baseados em interesses, como mediação. Dramas de televisão, programas de notícias e até mesmo anúncios elevam a judicialização ou o método adjudicado. Resoluções consensuais que preservam relacionamentos, distribuem recursos eficientemente ou satisfazem necessidades emocionais subjacentes não são nem públicas, nem tão atrativas.

O viés de disponibilidade distorce a capacidade do ser humano de tomar uma decisão ideal ao escolher entre mediação e adjudicação. Isso é particularmente verdadeiro quando um Humano decide se deve buscar a mediação em um contexto anexo ao tribunal. As partes interessadas sentem-se mais familiarizadas com o processo de adjudicação porque ao longo das décadas este modelo foi introjetado, através dos meios de comunicação e, portanto, estarão menos propensas a participar de um processo novo e relativamente desconhecido, independentemente de receberem ou não boas informações sobre os benefícios potenciais da mediação. Veja como exemplo os primeiros viajantes aéreos que escolheram irracionalmente se segurar contra um evento extremamente improvável, as partes em disputa escolhem o julgamento sobre a mediação simplesmente porque a adjudicação é culturalmente difundida.

Segundo Kahneman, estudantes de políticas públicas observaram que a heurística da disponibilidade ajuda a explicar porque questões são muito proeminentes na mente do público, enquanto outras são negligenciadas. As pessoas tendem a estimar a importância relativa das questões pela facilidade com que são puxadas da memória – e isso é amplamente determinado pela extensão da cobertura da mídia. Tópicos mencionados com frequência ocupam a mente, mesmo quando outros fogem à consciência. Por sua vez, o que a mídia decidiu cobrir corresponde à opinião que eles têm sobre o que se passa na cabeça do público.¹²

Outro viés demonstrado em “Nudge” é o do *status quo*. Os humanos se opõem à mudança. Ao decidir entre um padrão e uma alternativa, os humanos tendem a escolher a opção padrão. Mesmo quando armados com informações perfeitas que mostram uma alternativa para ser melhor que um padrão, os humanos muitas vezes selecionam o padrão

por causa desse viés irracional. Como prova desse fenômeno, chamado de “viés do status quo”, Thaler e Sunstein apontam para a quantidade extraordinária de planejamento que os executivos de televisão colocam para determinar a ordem na qual os programas são transmitidos. Como esses executivos entendem o viés do *status quo*, eles sabem que às 20hs, o público do programa continuará a assistir irracionalmente ao canal até as nove da noite, em vez de explorar alternativas em outras estações. O sucesso do programa das 21 da noite depende, portanto, do sucesso do programa das 20h. O que torna a decisão de continuar assistindo o mesmo canal às 21 da noite é o pequeno custo de explorar alternativas. Tudo o que é necessário para investigar conteúdo alternativo, talvez superior, em outros canais é pressionar um botão no controle remoto ou consultar um horário de televisão. Enquanto um Econ calcularia rapidamente que a possibilidade de um programa melhor justifica este custo minúsculo, um Humano assiste às 21 da noite. O Humano irracionalmente favorece a opção que não requer mudanças.

Os seres humanos estão provavelmente sujeitos ao viés do *status quo* quando decidem entre mediação e adjudicação. Nos Estados Unidos, a adjudicação é o processo padrão de resolução de disputas. Afinal, a maior parte do mundo conhece a mediação como um método alternativo de resolução de disputas. Assim, os seres humanos automaticamente e irracionalmente escolhem o julgamento sobre a mediação.

Um terceiro viés trazido pelos autores Thaler e Sunstein é o de que os seres humanos tendem a ser excessivamente confiantes¹³ sobre suas chances de sucesso. Eles acreditam que suas chances pessoais são melhores do que aquelas situadas de maneira semelhante no lado oposto. Por exemplo, Thaler e Sunstein destacam um estudo de empreendedores que foram solicitados a avaliar sua probabilidade de sucesso. A maioria respondeu que sua chance de sucesso era de 90%, mas que outros empreendimentos em circunstâncias semelhantes representavam apenas 50% de probabilidade de sucesso.

Esse fenômeno está bem documentado na literatura de resolução de disputas. Tanto os demandantes quanto os réus optam rotineiramente por julgar por causa do otimismo irrealista sobre suas chances de ganhar. Essas decisões subótimas para julgar muitas vezes levam a perdas espetaculares para Humanos excessivamente confiantes. O problema do excesso de confiança é tão prevalente que, na mediação anexa ao tribunal nos Estados Unidos, os mediadores gastam um tempo extraordinário esclarecendo às partes em disputa para ter certeza de que entendem que tipo de coisas o juiz exigirá para decidir a seu favor.

Essa confiança errônea provavelmente torna difícil para um Humano selecionar um método adequado de resolução de disputas. A fim de induzir as partes em conflito a selecionar a mediação sobre a adjudicação, um advogado na mediação deve fornecer evidências de que a mediação não é apenas melhor do que a adjudicação na realidade, mas melhor do que adjudicação no mundo de fantasia otimista do qual as partes obtêm suas expectativas de sucesso. Assim, fornecer à parte confiante demais informações perfeitas sobre os benefícios e desvantagens de vários procedimentos de resolução de disputas não pode induzi-la a tomar uma decisão ideal. O humano superconfiante precisa de mais do que informação perfeita para fazer uma boa escolha.

4. MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PADRÃO

Como apresentado acima, a decisão entre mediação e adjudicação¹⁴ é provavelmente distorcida por vieses irracionais e erros cognitivos. Essas distorções significam que a decisão está madura para um ajuste na arquitetura de escolha, a fim de obter resultados mais otimizados. Nudge, Thaler e Sunstein apresentam uma série de alterações na arquitetura de escolha, visando a otimização nas decisões.

Este item considera a adequação de alguns ajustes de arquitetura de escolha e revela que compensar os preconceitos e erros envolvidos na decisão de mediar ou julgar é bastante espinhoso para concluir que uma mudança no método de resolução de disputa padrão é o melhor ajuste para produzir decisões ótimas pelas partes em conflito.

Os estímulos potenciais para opção entre mediação e adjudicação seriam aqueles nos quais a pessoa percebe que há um erro de expectativa ou permite um mapeamento a priori. No primeiro caso, os sistemas de decisão devem ser projetados para esperar esse erro e alertar os humanos sobre o erro o mais rápido possível. É o que ocorre com a mensagem “aperte o cinto” que os carros dão aos motoristas quando eles falham irracionalmente, por terem tomado a decisão sub-ótima de não colocar o seu cinto. Ou as mensagens “olhe para a direita” pintadas na rua em todos os principais cruzamentos de Londres para ajudar os turistas a evitarem ser atingidos pela direita enquanto erroneamente procuram o tráfego que se aproxima à sua esquerda. Ambos são exemplos de sutis estímulos a alteração de suas decisões e permitem aos humanos a superar suas próprias irracionalidades e erros imediatamente após tomarem uma decisão subótima com base nessas irracionalidades e erros.

Um estímulo similar de “erro de expectativa” na decisão entre mediação e adjudicação provavelmente seria ineficaz. O estímulo pode se manifestar como uma advertência depois que uma queixa é apresentada informando às partes que a adjudicação é freqüentemente uma má escolha e que eles devem considerar a mediação. Mas o sucesso de apertar o cinto de segurança e as passadas de “esperar erros” na faixa de pedestres de Londres depende de um Humano perceber imediatamente que sua decisão foi abaixo do ideal. Devido ao erro de excesso de confiança em particular, as partes em conflito demoram a admitir que sua decisão em optar pela via judicial foi a errada. Uma mensagem de “erro de expectativa” no contexto de resolução de disputas, portanto, falharia em aumentar o uso ideal da mediação.

A arquitetura de boa escolha permite, ainda, que os seres humanos “mapeiem” a conexão entre uma escolha particular e seu bem-estar após essa escolha. Nas sorveterias a variedade de sabores é muitas vezes espantosa. Como alguém pode saber se o sabor A é melhor que o sabor B? Para ajudar a resolver esse problema, muitas sorveterias permitem que os clientes experimentem sabores, uma degustação, antes da compra para melhor “mapear” a relação entre sua escolha de sabor e seu bem-estar após essa escolha.

Não existe uma possibilidade óbvia de “mapeamento” para decisões de resolução de disputas. Em contraste com a amostra grátis na sorveteria, nenhum programa pode dar às partes em disputa um sabor realista do processo de adjudicação. Mesmo os esforços direcionados à educação sobre o funcionamento do sistema legal não podem replicar os

riscos, as emoções e a pressão envolvidos na adjudicação real. E quando as partes entram no processo, sair não é fácil. Somente *players* contumazes no sistema de adjudicação são capazes de mapear a relação entre sua escolha para julgar e seu eventual bem-estar. Não há como prover as partes em conflito com um sabor realista do processo de adjudicação, portanto um ajuste na arquitetura de escolhas através do mapeamento é inviável.

5. O ESTÍMULO CERTO: UMA ALTERAÇÃO NO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTA PADRÃO

Para certos tipos de conflitos, a mediação deve substituir a adjudicação como o processo padrão de resolução de disputas como é oferecido pelo sistema de cortes nos EUA.¹⁵

Para julgar, uma parte teria que recusar o processo de mediação. Esta é simplesmente uma versão reversa do esquema padrão de adjudicação atualmente em vigor. Das diferenças que Thaler e Sunstein discutem em *Nudge*, uma mudança no processo de resolução de disputa padrão é a alteração da arquitetura de escolha com maior probabilidade de produzir decisões ótimas entre as partes em conflito. Especificamente, essa inovação atenuará o viés de disponibilidade, o viés de *status quo* e o erro de excesso de confiança que provavelmente levam a decisões abaixo do ideal para julgar em vez de mediar.

Os padrões são poderosos. Por causa do difundido e irracional viés do *status quo*, os Humanos selecionam padrões não necessariamente porque são ótimos, mas porque não requerem um ato afirmativo. Assim, quando uma alternativa se torna um padrão, os Humanos automaticamente se comportam de maneira diferente. Para ilustrar, Thaler e Sunstein examinam um estudo de 2003 sobre doação de órgãos¹⁶. Os participantes foram convidados a imaginar que eles se mudaram recentemente para um novo estado. O primeiro grupo foi informado de que a lei estadual exigia que os residentes optassem por se tornarem doadores de órgãos. 42% optaram por se tornarem doadores de órgãos. O segundo grupo foi informado de que a lei estadual presumia que os residentes consentissem na doação de órgãos, a menos que eles optassem por sair do Estado. Surpreendentemente, 82% tornaram-se doadores de órgãos ao recusar a exclusão. Em ambos os cenários, tudo o que era necessário para aceitar ou recusar era o clique de um mouse de computador.

Uma troca de padrão é a melhor alternativa de arquitetura de escolha para decisões de resolução de disputas, pois neutraliza os vieses e erros que afligem as partes em conflito. Primeiro, conforme observado, quando a mediação se torna a escolha padrão, o viés do *status quo* funcionará a seu favor. As partes em conflito vão, sem pensar, mas otimamente, selecionar a mediação sobre a adjudicação simplesmente porque isso não exigirá um passo afirmativo. Em segundo lugar, a mediação como padrão atenuará o viés de disponibilidade à medida que as partes se familiarizam com a ideia de ir à mediação, em vez de judicializar. Em terceiro lugar, a mediação mitigará os efeitos do erro de excesso de confiança, pois orientará as partes para longe da adjudicação baseada em direitos e para a mediação baseada em interesses. As partes litigantes terão menos probabilidade de se engajar em cálculos errôneos sobre suas chances de sucesso na adjudicação se não considerarem a adjudicação como a principal arena para a resolução de disputas.

Os sistemas judiciais devem fornecer mediação como padrão de resolução de dis-

putas para as partes mais afetadas por vieses e erros de decisão. Como demonstrado no exemplo de mapeamento supra, demandantes contumazes, como advogados especialistas, são mais capazes de mapear a relação entre a seleção de um determinado método de resolução de disputas e bem-estar final, a fim de superar vieses e erros. Por outro lado, as partes profissionais muitas vezes têm pouca capacidade de prever se a escolha do método de resolução de disputas atenderá às suas necessidades. Os casos de duplo lucro, portanto, parecem ser os mais maduros para um regime de mediação-como-padrão.

Este não é um movimento sem custos. Se a mediação substituir a adjudicação como um padrão de resolução de disputas para determinados casos, mudanças significativas serão necessárias no sistema judicial. Os tribunais precisarão de mais mediadores e mais espaço para as sessões. Mas também devemos ter em mente os custos inerentes em deixar a adjudicação como o método padrão de resolução de disputas. Como Thaler e Sunstein apontam, é impossível para o governo evitar a estruturação da escolha. A questão é se vamos impor os resultados abaixo do ideal da arquitetura de baixa escolha nos seres humanos individuais ou se nós, como sociedade, absorveremos os custos incidentais de estimular os seres humanos para decisões ótimas através de arquitetura de escolha mais cara.

6. CASOS REAIS NOS QUAIS AS PARTES FIZERAM A OPÇÃO INFORMADAS NO COMPORTAMENTO

Como uma das vias que oportunizam o estímulo para autocomposição de conflitos (art. 3º do CPC) em processo já judicializados nos Sistemas de Juizados, portanto de menor complexidade jurídica, a Procuradoria-Geral do Estado da Bahia tem apoiado, desde 2016, em fase de laboratório, a realiação de Mediações na área fiscal, especialmente no que tange conflitos decorrentes de lançamentos de ITCMD e o IPVA.

Os casos aqui apresentados foram judicializados nos Juizados de Fazenda Pública de Salvador. Em tentativas de mediação pós ajuizamento para redução dos custos dos serviços jurídicos, além da real solução do conflito sem a interferência do juízo, os Autores das demandas aqui denominados Juliet e Jack foram convidados a mediar na Representação Fiscal da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia. A narrativa dos casos será acompanhada das soluções apresentadas, inferindo-se os vieses comportamentais e o estímulo dado pela nova arquitetura preordenada por reiteradas decisões judiciais, bem como a necessidade de resolução de conflito padrão da mediação para os casos.

Janet teve seu veículo clonado em 2013 e em razão disso teve imputada contra si notificações de trânsito e pontuações em sua carteira. Em julho de 2017 recebeu autorização do órgão de trânsito para troca de placa. Em dezembro do mesmo ano passou a ter novos problemas com notificações, inclusive em uma das atuações o carro novamente clonado foi detido com o condutor Antonio da Silva, porém liberado. Requer em juízo que liminarmente lhe seja liberado o pagamento do IPVA e Licenciamento anual do seu veículo sem as multas; seja novamente determinada a troca de placa; sejam os réus (Estado, Detran e Antônio) condenados a pagar danos morais.

Convidada à Sessão de Mediação com a Administração Pública, o Estado e o DETRAN concordaram com os pedidos da autora inclusive com atendimento em 48 horas. Ou

seja, Janet teria troca de placa, a retirada dos pontos da carteira e a emissão dos boletos de pagamento do IPVA e Licenciamento sem as multas, sem custos pela troca da placa e o bloqueio de circulação do veículo clonado.

Porém Janet insistia que o Estado ali representado fizesse vir à nova sessão de mediação o Antônio da Silva, sendo-lhe explicado que considerando o fato da clonagem, ato criminoso aquela não seria a instância para tutelar aquele seu interesse (nem na mediação, ou no juizado por ela escolhido). Também lhe foi informado que o resultado da tutela judicial seria exatamente a mesma que a administração em ato revisional estaria provendo, só que meses após à referida sessão de mediação. Enfim, que o Juízo da Fazenda Pública também não teria competência para conduzir a questão criminal como era de seu desejo.

Restou evidente que Janet desejava a condução coercitiva do autor das clonagens muito mais que as soluções trazidas pela administração, embora estas resolvessem o seu problema. As mediadoras em validação de sentimento detectou o animo de vingança da própria autora, que insistia em afirmar que o resultado do processo judicial seria mais efetivo porque levaria o autor das clonagens para cadeia e o Estado e DETRAN seriam penalizados pela demora na solução de seu problema.

No segundo caso, Jack alienou o veículo em 1999 sem a efetiva transferência no DUT e foi surpreendido por cobranças do Estado de IPVA em 2011, 2012 e 2013, pagando-as. Requer em juízo a devolução dos valores pagos, a transferência do bem para o proprietário atual, o bloqueio do veículo. Jack se fez acompanhar de advogada na sessão de mediação para colaboração nas alternativas de solução do conflito.

Neste caso, o contributo de advocacia das partes, traquejadas na mediação foi de grande importância para a resolução do conflito. Conhecendo das reiteradas decisões nos Juizados da Fazenda Pública, que em casos similares (i) não condena o Estado ou o DETRAN, bem como (ii) exclui da relação o adquirente, sob o argumento da falta de legitimidade de estar naquele juízo, orientou bem a advogada do mediando, dentro deste "frame" estabelecido em reiteradas decisões, pela realização do acordo na mediação. O DETRAN transferiu o veículo para o atual proprietário do bem, conforme informado no processo judicial, ao tempo em que Jack abriu mão da restituição de valores pagos a título de IPVA ao Estado (Fazenda Pública) nos períodos de 2011 a 2013.

Verifica-se da análise do primeiro caso que além da precária informação, Janet sucumbiu a todos os erros cognitivos decorrentes dos vieses comportamentais acima apresentados, a disponibilidade de optar por outra alternativa de solução, o excesso de confiança em que seria vencedora no processo judicial, a preferência pelo *status quo*.

Decerto Juliet teria muito mais vantagens na aceitação do que lhe foi ofertada na sessão de mediação e, neste caso, se fosse esta alternativa padronizada não haveria como hesitar na escolha. Apesar de toda arquitetura ter sido desenhada em seu favor ela não soube discernir como Econs, mas com o Humano, em face do seu rancor, emoção validade em sessão de mediação, em face da demora do Estado em resolver a questão da clonagem e punir o infrator. Em casos como o apresentado, verifica-se o valor da utilização da abordagem do paternalismo libertário na construção de uma arquitetura própria da administração

pública com o estímulo comportamental adequado à melhor opção na solução de conflitos, para quem, assim como Janet, não se encontra na condição de escolha (por heurística ou erros cognitivos) este caso a mediação como método e opção padronizada seria ideal, de modo que pudesse, através dos facilitadores/mediadores, se contruir para alcançar a melhor arquitetura para a escolha da Janet.

No caso Jack, além de muito bem informado e orientado dos desdobramentos na esfera judicial, a opção pela mediação proporcionou a resolução em menor tempo e satisfação do autor/mediando.

Repita-se, em face dos casos apresentados, uma troca de padrão é a melhor alternativa de arquitetura de escolha para decisões de resolução de disputas, pois neutraliza os vieses e erros que afligem as partes em conflito.

7. CONCLUSÃO

Diante dessa lógica é prioritária a mudança das crenças inculcadas na sociedade para vencer a inércia provocada pelo problema coletivo. A solução não será a de incentivos nem punições, mas a constatação da necessidade de desenvolvimento de alternativas de regulação de comportamento não limitadas ao modelo do principal-agente. Em vez disso devem ser buscadas soluções propulsoras de mudanças na percepção dos cidadãos sobre a mediação.

O paternalismo libertário é caracterizado pela rejeição do sistema de regulação baseado no comando e controle, consistindo na formulação de políticas preservadoras da liberdade de escolha, embora tornem legítimo o exercício do poder de influência dos arquitetos de escolhas no comportamento das pessoas. Este paternalismo propõe a utilização dos "nudges", expressão dos autores Thaler e Ssutein, ou seja, os estímulos de comportamento. Para os autores, os estímulos consistem em qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de alterar de maneira previsível a conduta humana, sem proibir nenhuma opção ou oferecer incentivos econômicos.

Assim as descobertas da economia comportamental podem ser vistas como oportunidade de melhorar a eficácia e a eficiência das intervenções do Estado, notadamente pela internalização da potencial irracionalidade do público afetado e, por esta razão, emerge o paternalismo libertário, enfim, conceituado pelos autores:

[...] nós sustentamos que o paternalismo libertário fornece a base para entender e repensar inúmeras áreas do direito contemporâneo, incluindo aqueles aspectos relacionados ao bem-estar do trabalhador, com a proteção ao consumidor e da família. Nossa ênfase é no fato de que, em muitos domínios, faltam às pessoas preferências claras, estáveis e bem ordenadas. O que elas escolhem é um produto dos efeitos do enquadramento, pontos de partidas e regras de *default* estando o precisosignificado "preferências", obscuro.¹⁷

8. NOTAS

1. CURY, Vera de Arruda Roza. *Introdução à formação jurídica no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 23
2. KAHNEMAN, Daniel; TWERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science, New Series*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/tea->

[ching/Tversky_Kahneman_1974.pdf](#). Acesso em 15 de nov de 2018.

3. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness**. New York:Penguin Group, 2009.

4. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness**. New York:Penguin Group, 2009.

5. Hill, Claire Ariane, Anti-Anti-Anti Paternalism. NYU Journal of Law & Liberty, Vol. 2, No. 3, 2007; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=956153>

6. WATKINS, Daniel. **A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions** (September 12, 2009). The American Journal of Mediation, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1472470>. Acesso em 19 nov 2018.

7. Ibidem

8. WATKINS, Daniel. **A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions** (September 12, 2009). The American Journal of Mediation, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1472470>. Acesso em: 19 nov 2018.

9. Ibidem. “But the field of behavioral economics reveals that we live in a world not of Econs but of homo sapiens, or “Humans”. Thaler e Sunstein, em obra mencionada neste artigo (pp. 6-8), usam o substantivo apropriado “humano” para se referir ao ator econômico postulado pela economia comportamental, uma prática continuada neste trabalho.

10. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness**. New York:Penguin Group, 2009.

11. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness**. New York:Penguin Group, 2009.

12. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar, duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de janeiro: Objetiva, 2012.

13. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness**. New York:Penguin Group, 2009.

14. Resolução 125/2010 do CNJ. Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. ([Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13](#)). Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>.

15. O programa de ADR compulsório de Delaware para reclamações inferiores a US \$ 100.000 adotou recentemente esse incentivo de troca padrão. Antes dessa mudança, não havia inadimplência - as partes tinham que escolher afirmativamente arbitragem ou mediação. Provavelmente devido ao erro de excesso de confiança e ao viés de disponibilidade, as partes escolheram esmagadoramente a arbitragem sobre a mediação. Mas agora a mediação é o processo padrão. Uma vez que essa nova política tenha a chance de criar raízes, as estatísticas sobre o uso de mediação devem fornecer um teste conveniente para a eficácia desse ajuste de arquitetura de escolha. Veja-se, em geral, Joshua W. Martin III, Sara E. DiLuzio e Suzanne M. Hill, Mudanças Recentes na Resolução Alternativa de Disputas Compulsória no Superior Tribunal, 10 DEL. L. REV. 199 (2008).

16. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Ha-**

ppiness. New York:Penguin Group, 2009

17. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York:Penguin Group, 2009.

REFERÊNCIAS

CNJ. Resolução 125/2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 19 nov. 2018.

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91.

CURY, Vera de Arruda Rozo. **Introdução à formação jurídica no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2002.

HILL, Claire Ariane, Anti-Anti-Anti Paternalism. **NYU Journal of Law & Liberty**, Vol. 2, No. 3, 2007; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-02. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=956153>.

JOLLS, Christine; Sustein, Cass R.; Thaler, Richard. **A Behavioral Approach to Law and Economics**. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765. Acesso em: 14 de nov. 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Libertarian paternalism is not an oxymoron**. University of Chicago Law Review, v. 70, n. 4, p. 1159-1202, 2003. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=405940>. Acesso em: 14 nov. 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H.. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

WATKINS, Daniel. A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions (September 12, 2009). **The American Journal of Mediation**, 2010. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1472470>.

Recebido em: 22/11/2018

Aceito em: 05/12/2018

A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

The autocomposition as a form of concretization of administrative efficiency

Felipe Barbosa de Menezes

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós Graduação em Direito Público com Ênfase em Magistério Superior pela UNISUL/SC. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro da Comissão de Advogados Públicos da OAB-ES (desde 2012). Procurador do Município de Cariacica-ES. Advogado e Consultor Jurídico. Endereço para correspondência: Rua Professor Almeida Cousin, 125, Sala 1709, Ed. Enseada Trade Center, Enseada do Suá - Vitória/ES. Telefone: (27) 3039-8006. Email: fbmenezes.adv@gmail.com.

Aurélio Ferreira de Moraes Neto

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estagiário no escritório Alves Hibner Advogados Associados. Endereço para correspondência: Avenida Saturnino Rangel Mauro, 1231, Ap. 101, Pontal de Camburi- Vitória/ES – CEP: 29062033. Telefone: (27) 99779-6087. Email: aaurelioferreira@gmail.com.

Resumo

O presente trabalho traça uma análise da evolução dos meios adequados de resolução de conflitos, especialmente no que tange a sua aplicação em litígios envolvendo a Administração Pública. Para tanto, se analisará a Resolução 125/2010 do CNJ, bem como a Lei 13.140/2015, que regula a prática da mediação. Por fim, sob análise do princípio do interesse público e sua compatibilidade com os meios consensuais, se buscará compreender a utilização destes como forma de concretização do princípio da eficiência administrativa.

Palavras-chaves: Autocomposição. Administração. Eficiência. Interesse. Princípio

Abstract

This paper presents an analysis of the evolution of adequate means of conflict resolution, especially regarding its application in disputes involving Public Administration. To this end, CNJ Resolution 125/2010 will be analyzed, as well as Law 13.140 / 2015, which regulates the practice of mediation. Finally, under analysis of the principle of public interest and its compatibility with consensual means, an attempt will be made to understand the use of these as a form of implementation of the principle of administrative efficiency.

Keywords: Self-composition. Administration. Efficiency. Interest. Principle

Sumário

1. Introdução; 2. A Crise no Judiciário Brasileiro e as falhas na utilização exclusiva dos meios heterocompositivos; 3. O CPC de 2015 e o incentivo aos métodos autocompositivos; 4. A aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflitos em litígios envolvendo a Administração Pública; 5. A utilização da autocomposição como forma de concretização do princípio da eficiência administrativa; 6. Conclusão; 7. Notas; Referências

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública e todos os seus componentes possuem um regime jurídico próprio, repleto de peculiaridades e prerrogativas. Além disso, o rol de princípios que moldam sua atuação é extenso, havendo, muitas vezes, dificuldades em aplicá-los. Princípios como a legalidade, a eficiência, o interesse público e o dever de autotutela, vez ou outra, necessitam ser compatibilizados para a uma atuação adequada da máquina pública.

É nesse cenário (de compatibilização de princípios) que se situam os métodos alternativos de conflitos, especialmente aqueles caracterizados pela consensualidade. Afinal, é possível aplicá-los sem infringir princípios como a legalidade e o interesse público? Outrossim, sua aplicação pode funcionar como uma forma de concretização de outros princípios, como o da eficiência administrativa? É no cerne dessas questões que o presente trabalho irá se concentrar.

Como veremos, os métodos consensuais de resolução de conflitos, caracterizados por serem uma segunda via para a resposta de um litígio, diferente da Jurisdição Estatal, poderão ser utilizados pela Administração Pública, para que esta possa resolver os seus litígios de uma forma mais adequada, célere e eficiente.

Assim, desde que seja respeitado determinados critérios, não há de se falar em impossibilidade da Administração de utilizar os métodos consensuais de resolução. Uma vez que estes, se utilizados da forma adequada, poderão ser meios para alcance de fins últimos dos órgãos estatais, como o interesse público e a própria eficiência no agir administrativo.

2. A CRISE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS FALHAS NA UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DOS MEIOS HETEROCOMPOSITIVOS

A complexidade do meio social, repleto de pessoas distintas, com formações culturais heterogêneas, faz com que surjam diversos conflitos entre os seus componentes. A princípio, o Direito Estatal surgiu como o meio mais eficiente para a solução de tais litígios, especialmente na figura do Estado-Juiz. Utilizando-se de um viés histórico, pode-se dizer que a justiça primitiva (MIRANDA, 1997, p.170), pautada na resolução de conflitos pela utilização da força, isto é, a autotutela, foi sendo substituída pelo monopólio da justiça estatal, através do exercício da Jurisdição. Tal forma de dirimir conflitos possui como características principais, a heterocomposição e a imparcialidade (DIDIER JR., 2007, p. 156/157). Isso significa dizer que, na hipótese de surgimento de um conflito, este será solucionado através de um terceiro imparcial, o Estado, que será responsável por aplicar a decisão ao caso concreto. Essa lógica de espera por uma decisão, por parte das partes, perdurou por muitos anos na cultura processual, especialmente na brasileira.

Tal modelo resolutivo, pautado na espera por uma solução pronta, feita por um terceiro imparcial (Estado), foi, por muitos anos, adotado de forma exclusiva no sistema processual brasileiro. Com o passar do tempo, percebeu-se suas falhas, passando a se discutir novas formas de solução de litígios, os chamados meios alternativos de resolução de conflitos (EIDT, 2015, p.60).

Em primeiro lugar, há de se dizer que o próprio modelo de Estado Brasileiro atual,

pautado num sistema democrático e participativo, não se adequa à noção de Estado como única forma de solução de litígios. A ideia de uma relação processual, envolvendo as parte e o juiz, onde se espera, exclusivamente, um provimento final do órgão estatal, passa a se tornar defasada. A compreensão de que o Juiz é o único capaz de solucionar os litígios apresentados, pautada em brocardos latinos como *iura novit curiae* e *da mihi factum, dabo tibi ius* (ALVARO DE OLIVEIRA, 1998, p. 64), já não se adequa à noção de Estado Democrático participativo. Em tal modelo, onde a participação popular é tão importante, não se pode pensar num processo onde as partes se encontram inertes, aguardando a resposta de um terceiro estranho ao problema. Exige-se uma maior participação dos envolvidos no litígio, para que eles, de forma autônoma, possam construir a solução adequada para o problema (CAMBI; MACHADO DE SOUZA, 2017, p. 131). Isso é o que chamamos de autocomposição, elemento indissociável da maioria dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Seguindo essa linha de raciocínio, Eduardo Cambi e Fernando Machado de Souza (2017, p. 131) lecionam:

É preciso superar a cultura da sentença como único modo de solução do conflito, pois tal forma de composição dos litígios é insatisfatória, pois mesmo quem obtém a tutela jurisdicional, precisa arcar com a duração, nem sempre célere, do processo judicial. Logo, devem ser incentivados os métodos alternativos de solução de controvérsias, reservando a tutela tradicional somente aqueles casos em que a utilização de tais meios se mostrem inviáveis.

Adentrando ainda nos problemas dessa cultura heterocompositiva de litígios, faz-se necessário destacar as dificuldades do próprio Estado na prestação jurisdicional. O excesso de litígios – principalmente após a onda de acesso à Justiça, surgida no final do século XX (CAPPELLETTI, 1988) -, somados à ineficácia do judiciário, faz com que a prestação jurisdicional se torne cada vez mais morosa, diminuindo gradativamente a confiança do cidadão nas instituições do judiciário brasileiro. De acordo com Elisa Berton Eidt (2015, p.59) e conforme dados do ICJ Brasil (Índice de Confiança no Judiciário), relacionados ao 2º e ao 3º trimestre de 2014, constata-se que “a má avaliação do judiciário como prestador de serviços públicos segue a tendência, já identificada nos períodos anteriores. Para 89% dos entrevistados o Judiciário é moroso, resolvendo os conflitos de forma muito lenta ou muito lentamente.”

Ainda nesse sentido, o “Relatório Justiça em Números 2015” (CNJ, 2015) revela que tramitaram no Brasil 99,7 milhões de processos no ano de 2014, sendo que 91,9 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 92% do total. Além disso, informa que a capacidade produtiva anual da Justiça de Primeiro Grau é de apenas 27% da demanda (casos novos + acervo) imposta à sua apreciação. Isto significa que o Judiciário Brasileiro precisaria ficar praticamente quatro anos parado, sem nenhum processo novo, para que se pudesse concluir todos os litígios pendentes.

Como se vê, tais dados são alarmantes, fazendo-se necessária a busca por outras formas de solução de litígios, distintas da jurisdição estatal. O monopólio de Jurisdição pelo Estado não torna o poder judiciário o único meio para dirimir litígios (PINHO, 2011, p.53). Como se verá, existe uma segunda via, a dos chamados métodos alternativos de resolução (arbitragem, conciliação e mediação). Assim, a junção de todos esses meios de solução (heterocompositivos e autocompositivos) configurará um verdadeiro sistema multiportas de

prestação de Justiça (CUNHA, 2017, p. 640), onde o cidadão optará pelo instrumento de solução mais adequado ao seu litígio.

Destarte, há de se ressaltar que o próprio Estado, enquanto parte no processo, deve se adequar ao novo modelo de resolução de litígios. Até porque, na atual conjuntura do Judiciário Brasileiro, a Administração Pública é a pessoa que mais figura como parte nos processos. Assim, após adentrar nos tipos alternativos de resolução de conflitos, se vislumbrará a aplicação de tais meios como forma de concretização de um Estado eficiente, seja ele como parte ou como prestador de Justiça.

3. O CPC DE 2015 E O INCENTIVO AOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

O novo CPC alterou toda a dinâmica do sistema processual brasileiro, trazendo diversas novidades. Pautado em premissas distintas do modelo anterior (CPC/73), tais como a celeridade, a informalidade e a valorização do julgamento do mérito, o novo modelo veio como forma de dar maior efetividade aos processos brasileiros.

Nesse sentido, em que pese a utilização das premissas citadas anteriormente, o novo código também traz uma outra, tão importante quanto as demais: a valorização dos chamados “meios alternativos de resolução de conflitos”, isto é, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Esses métodos alternativos foram introduzidos no novo código, sendo extremamente valorizados como forma de solução de controvérsias das quais a sociedade tem a seu dispor (EIDT, 2015, p.60). Assim, ressalta-se, desde já, que tais meios de resolução não são alternativas ao mau funcionamento do Judiciário, mas sim, alternativas possíveis para a resolução de cada tipo de controvérsia.

Dessa forma, conforme entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 639), o termo mais adequado a ser utilizado seria “meios adequados de resolução de conflitos”, uma vez que cada forma de solução seria adequada para resolver um tipo de litígio, formando um verdadeiro “Sistema de Justiça MultiportaS” (CUNHA, 2017, p. 640), e abandonando a ideia de Jurisdição estatal como forma exclusiva de solução de litígios em uma sociedade.

Passada essa análise preliminar, nas próximas linhas será discutida a importância que o novo CPC deu para os métodos alternativos de conflitos, especialmente os consensuais, nas figuras da conciliação e da mediação. A arbitragem, por também se tratar de um meio heterocompositivo, assim como a jurisdição estatal, não será tratada no presente trabalho, sendo importante destacar apenas aqueles meios que se distanciam do modelo heterocompositivo de resolução, como bem demonstrado anteriormente.

O CPC/2015 buscou incentivar a adoção dos meios autocompositivos de resolução de conflitos (mediação e conciliação), conforme se observa na parte responsável por disciplinar suas normas fundamentais. Logo em seu art. 3º, §§ 2º e 3º, fica determinado que o Estado deverá promover a solução consensual dos conflitos, bem como estipula que todas as partes envolvidas no processo devem incentivar a adoção da conciliação, da mediação e de outros meios consensuais. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 654):

Há no projeto, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução

de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder do Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido.

Além do incentivo, o código, em seus arts. 165 a 175, também disciplina e conceitua tais institutos, traçando os seus parâmetros de aplicabilidade.

No que se refere à conciliação, esta pode ser definida como um meio autocompositivo de resolução de conflitos, onde não há um vínculo anterior entre as partes, com possibilidade de atuação ativa do conciliador na propositura de soluções alternativas, sem qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (CAMBI; MACHADO DE SOUZA, 2017, p. 135/136).

Apesar do novo código ter atribuído tamanha importância para tal instituto, estabelecendo sua obrigatoriedade de ocorrência antes mesmo do réu apresentar contestação (Art. 334, CPC/2015), já se discutia sua aplicação em meados do ano de 2010, quando foi implementada a resolução 125/2010 do CNJ, que trazia os parâmetros gerais de aplicação da conciliação e da mediação.

Já em relação à mediação, é possível defini-la como um outro meio autocompositivo de resolução de conflitos, onde as partes possuem um vínculo anterior ao litígio, e que o mediador é responsável por reestabelecer o diálogo entre os envolvidos, para que estes, sozinhos, possam negociar uma solução. Assim, diferentemente da conciliação, o papel do mediador não é tão ativo, sendo restrito ao restabelecimento do diálogo entre as partes (CAMBI; MACHADO DE SOUZA, 2017, p. 136).

Destaca-se que, apesar das diferenças, tais meios autocompositivos possuem a mesma lógica de aplicação, isto é, a possibilidade das partes, de forma autônoma, chegarem a um consenso e resolverem o litígio elas mesmas. Ademais, o próprio código, em seu art. 166, traça os princípios norteadores de ambos os meios, sendo eles: a) independência; b) imparcialidade; c) autonomia da vontade; d) confidencialidade; e) oralidade; f) informalidade; e g) decisão informada.

Por fim, faz-se necessário dizer que, com a valorização desses meios consensuais no nosso sistema processual, começaram a surgir diversas discussões sobre a sua aplicabilidade em litígios envolvendo a Administração Pública como parte, principalmente em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público. Diante de tais discussões, criou-se a Lei 13.140/2015, responsável por regulamentar a mediação e a sua aplicação em tais tipos de litígios.

4. A APLICAÇÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM LITÍGIOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A observância de alguns critérios para a utilização da autocomposição na resolução de um litígio, é imprescindível para a correta aplicação dessa técnica. São, basicamente, três requisitos indispensáveis para uma correta aplicação dos meios consensuais: a observância da ordem pública e do bom costume; o consenso entre as partes; e a disponibilidade do direito sacrificado (PERLINGUEIRO, 2017, p. 127 apud PICARDI, 2010).

No que tange ao primeiro, não há muitas discussões, pois a homologação de acordo judicial ou extrajudicial dependerá da observância das normas fundamentais e regramentos da ordem jurídica vigente. Já em relação ao consenso, podemos afirmar que este faz parte da própria essência dos métodos autocompositivos, uma vez que as partes, para chegarem em uma solução de forma autônoma, precisam concordar entre si.

O problema que surge - principalmente em relação à possibilidade de aplicação dos meios autocompositivos no âmbito da Administração Pública - é em relação ao último requisito: a disponibilidade do direito sacrificado no litígio. Como se sabe, a Administração Pública é regida por diversos princípios e regras, distintos, muitas vezes, da legislação aplicada nas relações privadas. Uma dessas regras norteadores da atuação administrativa é o interesse público. Tal disposição “deve ser sempre o norte da atividade administrativa” (PERLINGUEIRO, 2017, p. 132). Assim, todo o agir administrativo - seja ele no âmbito extrajudicial ou na esfera judicial, isto é, na forma de Administração Pública ou na de Fazenda Pública (CUNHA, 2017, p. 15) - deve ser pautado no respeito aos interesses da sociedade como um todo.

Partindo-se disso, pode-se definir tal conceito como sendo o conjunto de interesses de todos os indivíduos, porém, concentrado na figura de um único ente, a sociedade. Esse interesse deve ser preservado e defendido em toda atuação da Administração Pública, sendo vedada a sua disponibilidade pelo Estado. Afinal, aparentemente, resta impossível dispor aquilo que não lhe pertence. Nesse mesmo sentido, segundo Elisa Berton Eidt (2015, p. 67):

O interesse público é regulado pelo regime do direito público, que possui como fundamentos a sua supremacia e a sua indisponibilidade, além da sua adstrita observância ao princípio da legalidade.

Deste modo, diante da obrigatoriedade de respeito ao interesse público, imposta à máquina administrativa, bem como da proibição de sua disponibilidade, como aplicar os métodos autocompositivos no âmbito dos litígios envolvendo a Administração pública/Fazenda Pública? Como veremos, a resposta não é tão simples.

Em primeiro lugar, valendo-se da classificação de Renato Alessi, ora adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 62/63), faz-se necessário a distinção do interesse público em primário e secundário, para que, só assim, se possa analisar as possibilidades de aplicação dos meios autocompositivos.

O interesse primário seria aquele relacionado aos interesses de toda coletividade, cujo alcance é atingido pelas funções precípua do Estado, sendo vedada a sua disponibilidade. Já o secundário, seria o interesse relacionado ao Estado enquanto pessoa jurídica, dotada de direito e obrigações e com interesses próprios de natureza patrimonial. Segundo Bandeira de Mello (2006, p. 62/63), tal interesse seria disponível. Vejamos:

[...] Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregados dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa.

Assim, sendo disponíveis os direitos relacionados a esse tipo de interesse, logo, também serão passíveis de serem dispostos em eventuais litígios envolvendo a Administração Pública, utilizando da autocomposição para tanto.

Via de regra, as relações que envolvem o interesse público secundário, e por consequência, direitos que a Administração Pública pode dispor, são de esfera patrimonial. Nesses tipos de relações, a Administração Pública “se encontra no mesmo nível do particular, agindo sem qualquer manifestação de autoridade” (CAMBI; MACHADO DE SOUZA, 2017, p. 134). Em tais condições, respeitando o próprio princípio da igualdade, que também rege a atuação da Administração Pública, não se faz razoável limitar a atuação da autoridade administrativa, no que diz respeito à possibilidade de dispor interesses. Seria um contrasenso à própria lógica das relações privadas, caracterizada pelo autorregramento das partes envolvidas (CAMBI; MACHADO DE SOUZA, 2017, p. 135).

Ressalta-se, entretanto, que a atuação da Administração Pública em uma relação de direito privado não se dá da maneira irrestrita. “Ela deve sempre respeitar os direitos fundamentais, bem como os demais princípios inerentes à atividade administrativa” (CAMBI; MACHADO DE SOUZA, 2017, p. 136). Dessa forma, apesar da possibilidade de dispor direitos, não se pode ultrapassar os limites impostos constitucionalmente à Administração Pública. Assim, segundo Heitor Sica (2015, p. 2 e 3):

Parece razoável o entendimento de que os direitos patrimoniais da Fazenda Pública são disponíveis nos limites traçados pelo ordenamento jurídico, baseado na mais simples ideia de princípio da legalidade. Ou seja, é necessária norma jurídica expressa para definir quais direitos da Fazenda os agentes públicos que a representam podem dispor, e os limites e condições para que assim o façam, sem que com isso se considere ferida a indisponibilidade do interesse público.

É justamente por isso que, pautando-se nessa linha de raciocínio, foi promulgada a Lei 13.140/2015, responsável por regulamentar a prática da mediação de um modo geral, bem como sua utilização nos litígios envolvendo pessoas jurídicas de direito público. Para alguns autores, essa legislação passou a ter tamanha importância, que pode ser considerada como sendo o novo marco da mediação no Brasil (FAGUNDEZ; GOULART, 2016, p.151), ampliando, ainda mais, o reconhecimento dado aos meios autocompositivos pela Resolução 125/2010 do CNJ.

Logo de imediato, em seu art. 3º, percebe-se a incidência da discussão travada anteriormente, no que diz respeito à possibilidade de autocomposição em litígios envolvendo direitos disponíveis e indisponíveis. O legislador esclarece que só poderá “ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (Art. 3º, Lei 13.140/15). Assim, a princípio, a Administração Pública só poderá realizar transações envolvendo direitos disponíveis (relacionados ao interesse público secundário), além dos direitos indisponíveis que admitam transação.

Segundo tal diploma, a mediação será implementada, no âmbito dos litígios envolvendo pessoas jurídicas de direito público, por meio da criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (Art. 32, Lei 13.140/15). Essas terão o seu funcionamento e composição dispostos em regulamento próprio (Art. 32, § 1º, Lei 13.140/15), sendo vinculadas ao seu respectivo órgão federado. Ademais, os casos que poderão ser suscetíveis à transação também estarão determinados em regulamento (Art. 32, § 2º, Lei 13.140/15).

No que tange aos órgãos vinculados à Administração Pública direta, suas autarquias e fundações, o procedimento é um pouco distinto, sendo mais rígido. A solução consensual

se dará através da chamada transação por adesão, cujo o fundamento deve se encontrar respaldada por autorização do Advogado-Geral da União, com base em jurisprudência pacífica dos STF ou de tribunais superiores; ou parecer do Advogado Geral da União, aprovado pelo Presidente da República (Art. 35, I e II, Lei 13.140/15). Esse tipo de transação terá seus requisitos e condições definidos em resolução administrativa própria (Art. 35, § 1º, Lei 13.140/15).

Ressalta-se, ainda, que essa aplicação da mediação na Administração Pública ganhou um grau de importância tão elevado, que a instauração do processo consensual administrativo possui o condão de suspender o prazo prescricional para ajuizamento de demanda judicial. Além disso, o acordo entre as partes se torna um título executivo extrajudicial, sendo possível a realização do seu processo de execução no âmbito judicial.

Dessa forma, não se tem mais dúvidas da possibilidade de aplicação dos meios autocompositivos no âmbito da administração pública, sendo, inclusive, algo que deveria ser incentivado, como forma de alcançar o próprio interesse público, bem como concretizar princípios básicos da Administração Pública, tais como a eficiência.

5. A UTILIZAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

O princípio da eficiência é um dos pilares que moldam a atuação da Administração Pública em suas relações. Conforme o Art. 37 da CF, “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Apesar da atual disposição expressa no texto constitucional, tal princípio não é algo recente. Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 19 - responsável por adicionar a eficiência ao rol de princípios constitucionais a serem obedecidos pela Administração Pública – se falava, seja no âmbito doutrinário, legislativo ou jurisprudencial, desse princípio. O dever de boa Administração, respaldado pela Lei n.200/1967, é um exemplo de tal incidência (FLESCHE, 2015, p. 212). Além disso, a própria Constituição, de maneira implícita, tratava da eficiência como padrão de comportamento dos órgãos públicos (MODESTO, 2000, p. 108). A doutrina jurídica também não se esquivou de analisar a temática. Segundo Paulo Modesto (2000, p. 109), autores como Herly Lopes Meirelles já apontavam que, entre os poderes e deveres do administrador público, estaria o chamado dever de eficiência, podendo este ser comparado ao dever de boa administração da doutrina italiana.

Todavia, é com a Emenda Constitucional Nº 19 que a eficiência assume destaque na atuação da Administração Pública. A partir disso, passou-se a se analisar o seu conteúdo com maior profundidade, suas formas de aplicação, bem como os seus efeitos no modo de agir da máquina pública.

Nesse sentido, no âmbito do Direito Público, pode-se definir eficiência como a maximização dos recursos disponíveis para alcançar determinado fim, sendo este alcançado de maneira satisfatória e excelente (MODESTO, 2000, p. 113). Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Wallace Paiva Martins Junior (2014, p. 485):

Eficiência é o princípio que determina atuação administrativa com capacidade de produção de resultados destinados à consecução dos fins do Estado através dos meios correspondentes adequados, na medida da satisfação das necessidades da população.

Dessa forma, podemos compreender a eficiência através da relação de dois aspectos: meios disponíveis e fins alcançados. A atuação eficiente diz respeito à utilização adequada dos meios disponíveis para alcançar um fim, sendo este, no final, alcançado de forma excelente. São três os critérios para se averiguar a utilização do meio adequado para alcance de um fim: a idoneidade, a economicidade e a satisfação (MODESTO, 2000, p. 113).

Portanto, para uma correta aplicação do princípio da eficiência administrativa, o agente público deve optar pela ação mais eficaz, mais otimizada e com maior qualidade (dentre as disponíveis), para que o fim seja alcançado de uma forma excelente.

Por conta desse conteúdo, resta impossível estipular todas as concretizações de tal princípio na prática, uma vez que são inúmeras, sendo evidente mais uma das suas características: a pluridimensionalidade. A eficiência pode se manifestar de diversas formas, isto é, em diversas ações da Administração Pública, como por exemplo, na atuação em litígios.

É nesse aspecto que se concentra a atuação dos métodos consensuais, sendo meios adequados para se atingir uma solução eficiente em determinado litígio. Afinal, é óbvio que o prolongamento de um processo gera custos e tempo para a Administração Pública. Seja em razão das despesas consideráveis com a remuneração de seus procuradores, que poderiam se concentrar em outros processos, cujo o prolongamento realmente se faz necessário. Seja em virtude dos próprios gastos no fim do litígio, por meio do valor das condenações, dos honorários e dos juros moratórios, que poderiam ter sido evitados com a ocorrência de um acordo entre a Administração Pública e a outra parte envolvida.

Desse modo, a correta utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos serviria como forma de concretização do princípio da eficiência. O Administrador Público, ao analisar determinado caso, optaria pela consensualidade (se for o meio mais adequado) para a sua resolução. Compatibilizando, assim, a ideia de eficiência (ação idônea, econômica e satisfatória para alcance excelente de determinado fim), com o já citado sistema multiportas de Justiça, que determina que para cada caso há uma solução adequada dentre as disponíveis.

O problema, no caso da Administração Pública, é o estabelecimento de critérios para a escolha entre a consensualidade e a Jurisdição como via mais adequada para solução de determinado conflito. Um excelente critério para a realização desse filtro é a chamada análise de risco (FAGUNDEZ; GOULART, 2016, p. 154). De acordo com tal critério, na busca pela concretização da eficiência no âmbito dos litígios, o administrador deve averiguar o grau de certeza do direito da outra parte, bem como a probabilidade de vitória por parte do órgão público. Se o autor da demanda assistir razão, a atitude mais eficiente seria o reconhecimento total ou parcial do pedido. Já na hipótese de ausência de fundamento fático ou jurídico ao autor da demanda, a ação mais prudente seria o prosseguimento do processo. Finalmente, nos casos em que há dúvida sobre a procedência ou não do pedido do autor, ocorrerá espaço para a aplicação dos métodos consensuais, sendo esta, a depender do caso, a solução

mais eficiente (FAGUNDEZ; GOULART, 2016, p. 154).

Por fim, retomando a discussão travada anteriormente, relacionada à aplicação dos meios consensuais em litígios envolvendo o interesse público primário e secundário, há de se fazer uma ponderação. Agora, sob a ótica do princípio da eficiência, bem como do dever de autotutela da Administração Pública, não se pode afirmar no sentido de ser impossível a aplicação de meios consensuais em litígios envolvendo o interesse público primário da Administração.

O referido interesse público, associado primordialmente ao interesse público primário, se mostra, a princípio, antagônico à possibilidade de transação. [...] Contudo, essa estreita visão pode levar a considerações errôneas. Não se pode presumir que a Administração Pública está proibida de abdicar de pleito próprio ou de reconhecer pretensões individuais, revendo os seus próprios atos ilegais, independentemente de intervenção judicial. Trata-se de postura decorrente do seu poder administrativo de autotutela e do dever de cumprir o direito (princípio da juridicidade) e, com isso, atender ao interesse público (PERLINGUEIRO, 2017, p. 138).

A Administração Pública, visando corrigir os erros cometidos, bem como alcançar a solução mais eficiente para o caso concreto, poderá reconhecer o dano causado, utilizando-se, para tanto, do dever administrativo de autotutela e/ou dos meios consensuais.

Aliás, vale registrar que a disposição sobre direitos e interesses transitoriamente defendidos pela administração em contrariedade ao direito pátrio, bem como a utilização de meios consensuais de resolução de conflitos representa, inclusive, ao lado das atividades consultiva e contenciosa, uma das funções típicas da advocacia pública, qual seja, a de controle interno de juridicidade dos atos da Administração Pública (MADUREIRA, 2015, p. 102).¹

Com efeito, o controle interno da juridicidade é realizado, concretamente, por ocasião do exercício das atividades contenciosa e consultiva pelos advogados públicos (MADUREIRA, 2015, p.106), sendo a representação judicial, a consultoria e o assessoramento reforçados com a função de controle interno de juridicidade, “que irrompe como consequência natural das três primeiras, por ser desempenhada no exercício daquelas” (GRANDE JUNIOR, 2009, p. 64).

Dessa forma, quando do exercício da consultoria jurídica, o advogado público naturalmente controla a aplicação do direito pela Administração Pública, conduzindo-a à postura administrativa mais adequada ao caso concreto, dentro das exigências do interesse público, ou seja, dentro da observância na ordem jurídica (correta aplicação do direito). No mesmo contexto, no controle de juridicidade do agir administrativo realizado no âmbito da atividade de contencioso judicial, é possível que o advogado público disponha de interesses transitoriamente defendidos em juízo, em uma lide concreta, que se revelem contrários ao Direito, cumprindo-lhe “empregar os mecanismos que o direito põe à sua disposição para reverter essa situação”, que se revela ilegal (ou antijurídica), “deixando de apresentar defesa e recursos, bem como procurando promover a conciliação no processo” (MADUREIRA, 2015, p. 312).

Assim, em tais hipóteses, valendo-se dos critérios já citados, a Administração Pública poderá utilizar os meios consensuais nos litígios envolvendo o interesse público primário, o que representa a aplicação correta do direito pátrio por meio do controle interno de juridicidade do agir administrativo, sendo, inclusive, um instrumento útil para alcance desse mesmo fim, uma vez que a aplicação correta do princípio da eficiência é uma das vias a serem percorridas para a realização do interesse público.

6. CONCLUSÃO

A tamanha importância atribuída, no nosso atual ordenamento jurídico, aos métodos adequados de resoluções de conflitos, especialmente com as inovações trazidas pela Resolução 125/2010 do CNJ, pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/15, também refletiram na resolução de conflitos pela Administração Pública.

Conforme se pôde observar, a Administração Pública, como pessoa jurídica que mais participa de litígios no Brasil, também está inserida no modelo atual de Justiça Multipor-tas, onde se faculta às partes a escolha do método de resolução mais adequado para o seu litígio. Entretanto, em virtude das suas particularidades, a utilização de tais meios deve obedecer alguns critérios, seja quando o direito em questão for disponível, seja quando for indisponível. No caso do último, a aplicação é mais rigorosa, devendo se observar se a utilização da consensualidade será uma via adequada para o alcance do próprio interesse público primário, na forma de concretização do dever de autotutela e do princípio da eficiência administrativa.

Assim, em tais casos, a utilização dos meios consensuais (mediação e conciliação) será uma importante arma para a atuação de uma Administração Pública cada vez mais eficiente, célere, econômica e preocupada com a realização do interesse público, que, em última análise, é a sua razão de existência.

7. NOTAS

1. Temática abordada na Dissertação de Mestrado apresentada por Felipe Barbosa de Menezes. MENEZES, F. B. A remessa necessária no código de processo civil de 2015 e seus desdobramentos na atuação da Advocacia Pública: problema ou solução? Vitória, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Universidade Federal do Espírito Santo.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 15, 1998. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>. Acesso em 03 Jun. 2018.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; MACHADO DE SOUZA, F.. A disponibilidade do interesse público no Novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência da Administração. **Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, v. 44, p. 107-154, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris,

1988. 168 p.

CNJ. Relatório Justiça em Números 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 02 jun. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 941 p.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 18ª ed. Salvador: Juspodivim, 2007. 799 p.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Teoria geral e princípios do direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters. Ed. Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. 635 p.

EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública**. RPGE. Porto Alegre, v. 36, nº 75, p.55-74, 2015.

FAGUNDEZ, P. R. Á.; GOULART, J. R. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na Administração Pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**. v. 2, n. 2, p. 148 – 164, 2016.

FLESC, Carla Machado. A submissão da Administração Pública ao princípio da eficiência visando à satisfatória consecução de seus fins. **Boletim Científico ESMPU**, a. 14, N. 45, p. 211 – 237, 2015.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. *In*: Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza. (Org.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um estado de Justiça**. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. v. 1. p. 59-86.

MACHADO DE SOUZA, F. A disponibilidade do interesse público no Novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência da Administração. **Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, v. 44, p. 129-153, 2017.

MADUREIRA, C. P. . **Advocacia Pública**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. v. 1. 388p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. Ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 2006. 1063 p.

MENEZES, F. B. **A remessa necessária no código de processo civil de 2015 e seus desdobramentos na atuação da Advocacia Pública: problema ou solução?**. 2016. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Processual Civil, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 1997, p.170.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, v. 51, p. 105-116, 2000.

PERLINGUEIRO, Gabriel. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 18, p. 122-145, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a mediação**: reflexões e ponderações. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF: Senado Federal. v. 48, n. 190, t. 1, p. 219-235, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Arbitragem e Fazenda Pública**. [S.1], 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2flZNOe>. Acesso em: 07 jun. 2018.

Recebido em: 21/11/2018

Aceito em: 04/12/2018

A AUTOCOMPOSIÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

The autocomposition in tax matters

Leny do Nascimento Gomes

Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEM/ Santa Rosa/RS. Especialista em Gestão de Pessoas pela Faculdade da Amazônia – FAAM, Ananindeua/ Pará-Brasil. Possui graduação em Administração pela mesma Faculdade.

Tiago Neu Jardim

Mestre em Direito, com distinção, pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Finanças pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA. Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM e em Direito pela mesma Universidade. Professor dos cursos de Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina - FAHOR e de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEM/ Santa Rosa e da Sociedade Educacional Três de Maio – SETREM. É Procurador do Município de Horizontina/RS.

Resumo

O presente artigo versa sobre a possibilidade de extinção dos créditos tributários mediante concessões mútuas, ou seja, da aplicabilidade da resolução de conflitos em matéria tributária através da autocomposição. O problema da pesquisa reside na seguinte questão: os métodos alternativos de resolução de conflitos podem ser aplicados em matéria tributária sem que isso comprometa ou ponha em risco a indisponibilidade e a supremacia do interesse público? Para dar conta de responder a essa pergunta, foi preciso buscar as raízes do Sistema Tributário Brasileiro, procurando compreender o tributo a partir dos seus aspectos principiológicos. O propósito aqui foi o de tentar relativizar a tese da indisponibilidade, ainda muito arraigada ao Direito Administrativo, procurando demonstrar um novo conceito de interesse público, à luz da economicidade e da eficiência. Assim sendo, o objetivo geral do trabalho reside em avaliar os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos e seus benefícios a fim de propor a regulamentação e normatização de tais mecanismos no Sistema Tributário brasileiro. A pesquisa tem como justificativa a ineficiência dos métodos tradicionais de cobrança dos créditos tributários, dentre os quais a Execução Fiscal, que oneram demasiadamente os cofres públicos, além de ser moroso e pouco eficaz no que concerne à constrição do devedor que não possui patrimônio para saldar a dívida. A falta de autonomia da Fazenda Pública em extinguir o crédito tributário, em condições adversas como essa, expõe a precariedade do sistema de cobrança. A relevância da pesquisa reside, portanto, justamente em tentar propor um "novo" modelo arrecadatório, incorporando a hipótese de que dispor do crédito público em determinadas condições para tentar solucionar o conflito também é uma forma de atender ao interesse público.

Palavras-chave: Tributo. Arrecadação. Interesse público. Indisponibilidade. Autocomposição. Eficiência.

Abstract

This article deals with the possibility of extinguishing tax credits through mutual concessions, that is, the applicability of conflict resolution in tax matters through self - determination. The research problem lies in the following question: can alternative dispute resolution methods be applied in tax matters without compromising or jeopardizing the unavailability and supremacy of the public interest? In order to answer this question, it was necessary to seek the roots of the Brazilian Tax System, seeking to understand the tribute from its principiologic aspects. The purpose here was to try to relativize the

thesis of unavailability, still very much rooted in Administrative Law, trying to demonstrate a new concept of public interest, in the light of economy and efficiency. Thus, the general objective of the work is to evaluate the extrajudicial mechanisms of conflict resolution and its benefits in order to propose the regulation and regulation of such mechanisms in the Brazilian Tax System. The research has as justification the inefficiency of the traditional methods of collecting the tax credits, among which the Fiscal Execution, which overburden the public coffers, besides being slow and ineffective with regard to the constriction of the debtor who does not have assets to pay the debt. The lack of autonomy of the Public Treasury to extinguish the tax credit, under adverse conditions such as this, exposes the precariousness of the collection system. The relevance of the research is, therefore, precisely to try to propose a "new" collection model, incorporating the hypothesis that having public credit under certain conditions to try to solve the conflict is also a way to serve the public interest.

Keywords: Tribute. Collection. Public interest. Unavailability. Self-composition. Efficiency.

Sumário

1. Introdução; 2. Aspectos históricos da tributação e as raízes do sistema tributário brasileiro; 3. O interesse público e o paradigma da indisponibilidade; 4. Métodos alternativos de solução de conflitos; 5. A autocomposição: espécies e principais benefícios materiais e processuais; 6. Da execução fiscal a uma nova perspectiva do processo tributário; 7. Considerações finais; 8. Notas; Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo encontra justificativa na falta de autonomia que tem a Fazenda Pública em celebrar a autocomposição no recebimento dos créditos tributários, visto que, de acordo com princípio da indisponibilidade do interesse público, à Administração Pública não cabe dispor do crédito tributário. A restrição do uso desses métodos alternativos de resolução de conflitos, devido em grande parte, a uma intromissão inadequada de alguns princípios administrativos no Direito Tributário, vem ocasionando aumentos significativos das demandas no Poder Judiciário brasileiro, onerando demasiadamente os cofres públicos, e elastecendo sobremaneira o tempo de cobrança e de recuperação do crédito público. A análise perpassa, ainda, pela necessidade de rever o paradigma da indisponibilidade e de redimensionar o conceito de interesse público.

Os métodos tradicionalmente utilizados na cobrança do crédito tributário, encontram-se ultrapassados, não suprimindo os anseios da sociedade quando os recursos deixam de ser direcionados para o bem-estar do povo, e nem mesmo da Administração Pública que deixa de arrecadar, a cada ano, vultosas quantias devido ao exaurimento dos meios tradicionais de cobrança. Tomando por base o que revelam as pesquisas, o presente artigo versará sobre a possibilidade de extinção do crédito tributário mediante concessões mútuas, visto que, extinguir o crédito tributário, em condições adversas como essa, expõe a precariedade do sistema de cobrança.

A relevância da pesquisa reside, portanto, justamente em tentar propor um "novo" modelo arrecadatório, incorporando a hipótese de que dispor do crédito público em determinadas condições para tentar solucionar o conflito também é uma forma de atender ao interesse público. O problema da pesquisa reside, portanto, em responder à seguinte questão: os métodos alternativos de resolução de conflitos podem ser aplicados em matéria tributária sem que isso comprometa ou ponha em risco a indisponibilidade e a supremacia do interesse público?

Nesse sentido, o propósito deste artigo foi o de tentar relativizar a tese da indisponibilidade, ainda muito arraigada ao Direito Administrativo, procurando demonstrar um novo

conceito de interesse público, à luz da economicidade, da eficiência e, acima de tudo, da eficácia arrecadatória. O objetivo geral do trabalho reside em avaliar os métodos extrajudiciais de solução de conflitos e seus benefícios para a sociedade diante da utilização de tais mecanismos no Sistema Tributário brasileiro como forma de agilizar o recebimento do crédito tributário por meio de ações mais céleres e menos dispendiosas para o erário. Os objetivos específicos se encontram consubstanciados em apresentar os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos atualmente existentes no Brasil e em analisar a real aplicabilidade do interesse público sobre o interesse privado bem como as eventuais restrições à transação em matéria tributária. Na metodologia utilizada, adotou-se a pesquisa teórica, pois sua temática foi desenvolvida por meio de documentação indireta (pesquisa documental e bibliográficas em livros, artigos científicos, doutrinas, legislações jurisprudenciais) e direta intensiva, consistindo em examinar fatos e fenômenos estatísticos.

No que concerne à produção dos dados, constituiu-se em uma pesquisa quantitativa e qualitativa. Em relação à análise dos dados obtidos, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo. Por fim, a hipótese sustentada é a de que se é possível ao Ente público dispor da totalidade do crédito tributário mediante remissão, então também deveria ser possível o recebimento de uma parcela do crédito nos casos em que existe reduzida ou nenhuma probabilidade de êxito na cobrança através de métodos forçados de execução, possibilitando a extinção do crédito mediante autocomposição. Para isso será preciso construir um novo paradigma de interesse público que leve em conta não apenas a expectativa de receita, mas acima de tudo os custos dessa improvável arrecadação. É preciso, pois, repensar o atual sistema de cobrança, incorporando a esse modelo uma perspectiva utilitarista e econômica, segundo a qual algumas vezes deixar de onerar os cofres públicos com instrumentos inadequados e pouco efetivos de arrecadação também é uma forma de atender ao interesse público.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA TRIBUTAÇÃO E AS RAÍZES DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O Direito Tributário enquanto ramo cientificamente autônomo é relativamente recente. Durante muito tempo a tributação esteve atrelada à ciência das finanças ou ao orçamento público, estando, por isso, muito próximo da administração e da arte de governar. O Direito Tributário decorreu do Financeiro e ambos nasceram da necessidade de receita para o Estado como forma de suprir seu papel.

Nesse sentido, o Direito Tributário cuida apenas de parte da receita pública, ou seja, das entradas nos cofres do Estado que é o tributo e o Direito Financeiro tem por objetivo qualquer receita do Estado, seja ela proveniente de seu patrimônio, dos contribuintes, seja das próprias despesas. O Direito Financeiro regula toda a atividade financeira do Estado e não apenas os tributos enquanto que o Direito Tributário estuda apenas a receita compulsória e derivada que é o tributo. Mas nem sempre foi assim. A partir do século XVIII, a Europa sofre significativas mudanças em seu sistema de produção, visto que a situação econômica de Portugal passa por momento desfavorável economicamente não propiciando investimentos em caras e custosas viagens na busca de produtos a serem enviados à Europa por preços insignificantes e assim conclui pela ocupação das terras brasileiras e como atividade

econômica passa a extrair pau-brasil árvore nativa brasileira.

A partir da ocupação, o Brasil passa a ser colônia de Portugal. Os primeiros anos de ocupação que se segue, Portugal procurou viabilizar o processo de ocupação do território brasileiro trabalhou na busca de criar condições para desenvolver atividades econômicas e rentáveis para tanto adotou os padrões administrativos da metrópole portuguesa. Nesse ínterim, imperava as leis fiscais desse país, como preleciona Martins,

Portugal entendia que o pau-brasil era monopólio real. O particular, mediante contrato com a Coroa Portuguesa, poderia explorá-lo, mas deveria pagar um quinto do produto da venda. O pagamento era feito em espécie e não em moeda. Havia a cobrança de 10% sobre as mercadorias importadas e exportadas. Quinto era a quinta parte cobrada dos metais e pedras preciosas, como o ouro, prata etc. Dizimo era a cobrança da décima parte do pescado e das colheitas de todos os produtos da terra. Sisa era a cobrança por cabeça de índio tornado escravo (MARTINS, 2005, p. 22)

O autor faz referência a diversos impostos dentre os quais o “quinto”, o qual decorria da cobrança do pau-brasil, tendo sido esse o primeiro tributo brasileiro exigido pela coroa portuguesa visto que à época era adotado os padrões administrativos da metrópole portuguesa. O Brasil sofre os impactos sobre os impostos cobrados por este país. As medidas relatadas permanecem até sua independência. Os movimentos de independência, deu origem a elaboração da primeira Carta constitucional de 1824. Nesse período, o sistema de arrecadação era caótico, os tributos eram cobrados de maneira cumulativa, não havia no Brasil nada que pudesse ser caracterizado como sistema tributário, o que havia, era tão somente normas esparsas e sem qualquer conexão entre elas que pudessem ser caracterizadas como normas no sentido que entendemos hoje.

A Constituição de 1824, denominada Constituição do Império, apesar de pouco acrescentar em termos tributários elenca o princípio da capacidade contributiva na intenção de limitar o poder do Estado o qual expressa claramente em seu art. 179, inciso XV, “[...] ninguém será exempto de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres” (BRASIL, 1824), e no item X do art. 15 dispõe a competência do Poder Legislativo que fixa anualmente, as despesas públicas e a repartição a contribuição direta.

A regulamentação do Direito Tributário como ramo autônomo na ordem jurídica no Brasil, somente teve início a partir da Revolução Industrial com a Emenda Constitucional nº 18 de 01 de dezembro do ano de 1965. Como bem adverte Nogueira (1995, p. 31), “[...] foi especialmente depois da I Guerra Mundial que o Direito Tributário veio alcançar a situação de ramo jurídico autônomo, pelo conteúdo e pela forma que hoje indiscutivelmente possui [...]”. A nova norma instituiu uma classificação de impostos baseada em nomenclatura econômica e não mais jurídica, como ocorria antes.

Nessa vertente, a Constituição Federal de 05.10.1988, conservou no seu Capítulo I, Título VI, os artigos 145 a 162, que regulamenta o Sistema Tributário Nacional e estabelece os princípios gerais e as limitações ao poder de tributar, discriminando os impostos federais, estaduais e municipais e dispondo ainda sobre a repartição das receitas tributárias. O reconhecimento do Direito Tributário como o ramo autônomo, encontra-se elencado no Código Tributário Nacional - CTN e dispõem em seu Livro I sobre o Sistema Tributário Nacional e no Livro II sobre as Normas Gerais de Direito Tributário. Sendo classificado como ramo jurídico

pertencente ao direito público.

A partir da autonomia do direito tributário, ocorre a evolução do Estado de Direito, a cobrança do tributo passa a ser disciplinada por força da lei conforme destaca Nogueira:

A tributação ou forma de obtenção da receita tributária foi assim, aos poucos, sendo disciplinadas por normas, paralelamente à evolução do constitucionalismo e influenciando sobretudo no advento do Estado de Direito, hoje já alcançando a posição de Estado Social de Direito, no sentido de proteger, com mais intensidade, não apenas os direitos individuais, mas igualmente, os sociais [...] (NOGUEIRA, 1995, p. 5).

Com autonomia do direito tributário ocorre a evolução do Estado de Direito e a cobrança do tributo passa a ser exigida por força da lei. Dessa forma, pode-se assegurar que o Estado Moderno brasileiro se encontra amparado na lei, lei esta, que é votada em duas casas do Congresso Nacional. Para alguns autores há um questionamento quanto a autonomia do direito tributário, Sabbag adverte que a autonomia do Direito Tributário está longe de ser totalmente independente em relação aos demais ramos da ciência jurídica como segue:

[...] com boa dose de segurança, que o conhecimento do Direito Tributário está longe de prescindir do estudo das demais regras do ordenamento jurídico, afetas às ciências jurídicas, pois o direito tributário está visceralmente ligado a todo o universo das regras jurídicas em vigor, não podendo dispensar, nas suas construções, qualquer delas, por mais distante que possa parecer (SABBAG, 2015, p. 47).

De certa forma, constata-se que o Direito Tributário necessariamente se encontra entrelaçado aos demais ramos do direito, tais como o direito constitucional, o direito financeiro, o direito administrativo, o direito penal, o direito processual, o direito internacional público, o direito civil e outros ramos da ciência.

Nesse viés, Martins (2005, p. 36), adverte sobre a autonomia do direito no sentido de que ocorre apenas em aspecto puramente didático pois como segue: “[...] não se pode dizer, porém, que um ramo do Direito seria autônomo do próprio Direito, pois seria o mesmo que admitir a autonomia da espécie em relação ao gênero [...]”, e acrescenta que somente haveria autonomia de um dos ramos do Direito se seus princípios, regras e instituições estabelecerem diferenças entre as demais searas e esclarece a possibilidade de duas teorias como segue:

A primeira teoria é denominada de monista. Ela entende que o Direito Tributário pertence ao Direito Financeiro e dele não se separou. A segunda teoria é chamada de dualista, indicando que o Direito Tributário é autônomo em relação ao Direito Financeiro. Tanto o Direito Financeiro, como o Direito Tributário são originários da mesma raiz, da necessidade de receita para o Estado poder cumprir seu papel. O Direito Tributário cuida apenas de parte das entradas nos cofres do Estado, apenas de parte da receita pública, que é o tributo. O Direito Financeiro tem por objetivo qualquer receita do Estado, seja ela proveniente de seu patrimônio, dos contribuintes, seja das próprias despesas. O Direito Financeiro regula toda a atividade financeira do Estado e não apenas os tributos. O Direito Tributário estuda apenas a receita compulsória e derivada que é o tributo. Não tem por objetivo estudar despesas públicas, que ficam a cargo do Direito Financeiro (MARTINS, 2005, p. 36)

O autor assinala que para o Direito Tributário ser autônomo, necessariamente deveria existir um método próprio no estudo do direito, o que não ocorre. Pois para o autor, “[...] o método é um só e vale para todos os seus ramos” (MARTINS, 2005, p. 36). Para melhor esclarecer a autonomia do direito o Art. 109 do CTN, estabelece a autonomia do Direito

Tributário com relação a outros ramos do Direito por conter princípios próprios como o da legalidade tributária, capacidade contributiva, anterioridade, proibição do confisco dentre outros. Tem autonomia didática, pois as faculdades de Direito oferecem cadeira própria, ou seja, oferecem no mínimo dois semestres da disciplina. As faculdades Ciência Econômica, Ciências contábeis e administração oferecem uma cadeira.

Os Princípios Constitucionais regedores da Administração Pública encontram-se elencados no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Tais princípios nem sempre se encontram de forma explícita. Para a doutrina e a jurisprudência independentemente de estarem ou não explícitos, os princípios possuem a mesma relevância jurídica. O teor do art. 4º da lei 8.429/92 (Lei de improbidade administrativa), com clareza define: "Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos" (BRASIL, 1992).

Nesse sentido, o Direito Tributário está informado por princípios próprios. Esses princípios permitem que a Administração e o Judiciário estabeleçam o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas do administrador. Celso Antônio Bandeira de Mello ao dispor sobre os princípios tributários afirma que:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro ali-cerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas. Componde-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2002, apud ALEXANDRE, 2013, p. 116).

Nesse diapasão, pode-se afirmar que somente a partir de um estudo minucioso dos princípios, é que se poderá compreender as normas integrantes de um determinado ramo do direito como um todo no ordenamento jurídico. Os Princípios da Administração Pública (direta e indireta), encontram previsão Constitucional expressa em rol exemplificativos no art. 37, caput da Constituição Federal de 1988, e contempla os princípios regentes da Administração Pública, dispondo sobre a legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, este último acrescentado pela EC 19/98. No Título VI, (Da tributação e do Orçamento), Capítulo I (Do sistema tributário nacional), arts. 145 a 162.

Os princípios tributários decorrem do texto constitucional e tem por objetivo estabelecer regras gerais de tributação, encontram-se elencados na Lei nº 5.172/66, CTN, sendo esta lei, considerada uma Lei Complementar. Nesse entendimento Nogueira, assinala que,

Os princípios constitucionais que incidem diretamente sobre o campo tributário são mesmo princípios constitucionais tributários, comando da tributação, mas além desses, há princípios constitucionais não tributários e que estão relacionados, por suas consequências, com o Direito Tributário. Assim, por exemplo, o princípio constitucional que garante o exercício de profissão lícita ou da livre iniciativa. O poder tributário não poderá impedir essa garantia, antes deverá ser exercido em harmonia com esse princípio. Outro exemplo é a garantia constitucional da propriedade; por isso um tributo não pode ter efeito confiscatório, daí se vê que são precisas as vinculações entre esses dois ramos jurídicos, pois a própria lei tributária não terá valor, se for inconstitucional (NOGUEIRA, 1995, p. 68)

Isto posto pode-se afirmar que os princípios são construções que servem de base

ao Direito como fontes de sua criação, aplicação ou interpretação. Sua finalidade é nortear a cobrança dos impostos e a sistematização da realização da atividade estatal, de forma a assegurar o cumprimento dos fins a que se dispõe. Nessa vertente, Machado (2015, p. 44), afirma que “[...] os princípios jurídicos da tributação existem para proteger o cidadão contra os abusos do poder”.

Os princípios tributários na verdade, são considerados como limitações constitucionais ao poder de tributar e por definição legal é prestação “instituída em lei” como dispõe o artigo 3º do CTN (BRASIL, 1966). A Lei 9.784, de 29.1.1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em art. 2º, relaciona como princípios, a legalidade, a finalidade, a motivação, a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, a ampla defesa, o contraditório, a segurança jurídica, o interesse público e a eficiência. A partir do estudo e análise dos princípios compreende-se que o Direito Tributário tem princípios próprios, instituições próprias, conceitos e regras próprias o que enseja a sua autonomia pelo simples fato de existir um Código de forma sistemática e ordenada.

O princípio da legalidade é um princípio basilar da Administração Pública, e encontra previsão constitucional no caput do art. 37 e art. 150, inciso I da Constituição Federal e no plano infraconstitucional, no art. 97 da lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), tendo carga valorativa. A legalidade tributária comporta um dos princípios basilares da tributação visto que a natureza do Direito Tributário, portanto é *ex lege*, ou seja, decorre da previsão da lei. A esse respeito Sabbag dispõe sobre o Princípio da Legalidade na órbita doméstica:

O princípio da legalidade é multissecular, com previsão na Carta Magna inglesa, de 1215, do Rei João Sem Terra. À época, a nobreza e a plebe, reunindo esforços e se insurgindo contra o poder unipessoal de tributar, impuseram ao príncipe João um estatuto, visando inibir a atividade tributária esmagadora do governo. Em outras palavras, objetivavam impor a necessidade de aprovação prévia dos súditos para a cobrança dos tributos [...] (SABBAG, 2015, p. 59-60).

Diante de tal afirmação, percebe-se que a legalidade sempre foi instrumento de desajudado da população, mas a previsão legal somente se concretizou a partir de uma nova fase da tributação, fase essa denominada de “Estado de Direito”. Onde não é mais permitido o cometimento de ações arbitrárias por particulares, ou seja, a exigência de cobrança de tributos sem critérios baseado tão somente na relação força/poder não é mais permitido. A lei passa a ser interpretada e aplicada pelo poder judiciário, tal como assinala Nogueira,

O tributo atingiu assim a situação atual de categoria jurídica e o obrigado status de cidadão- contribuinte. Aquele que é juridicamente obrigado o é nos termos e limites da lei. Não precisa fazer doações, prestar simples favores ou auxílios, nem ficar sujeito a surpresas, excessos ou confiscos, mas deverá compulsoriamente contribuir para os gastos públicos na proporção de seus haveres, na medida e na conformidade da lei (NOGUEIRA, 1995, p. 6).

A partir do Estado de Direito, o fenômeno da tributação passa a ser juridicizado e realizado dentro da legalidade. Os princípios jurídicos a partir de então, passam a orientar os entes tributantes assinalando que estes não poderão exigir ou aumentar tributos sem antes sejam estabelecidos por lei. A partir dessa nova definição, “[...] a lei é a proposição jurídica que trata igualmente todos que estejam na mesma situação. A vontade da lei se impõe tanto aos particulares como aos agentes do Estado e ao próprio Estado como pessoa de direitos e obrigações”, como bem define Nogueira (1995, p. 6). A legalidade na Administração não

se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação. Desse modo, Hely Lopes Meirelles ensina que:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37caput), significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso (MEIRELLES, ALEIXO, FILHO, 2015, p. 90).

Isto posto, tal fundamento se firma nos ideais de segurança jurídica tal qual dispõe o artigo 97, inciso I do CTN, “Somente lei pode estabelecer a instituição de tributos, ou a sua extinção”. A orientação é clara ao que tange os entes tributantes que não poderão exigir ou aumentar tributos sem que a lei anteriormente o prescreva, visto que a Constituição em seu art. 5º, II, estatui que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988), o que sinaliza que qualquer excesso em relação à lei constituirá um vício que pode ser submetido a controle jurisdicional, vício esse denominado ilegalidade.

Nesse diapasão, Costa (2012, p. 160), dispõe que o “[...] controle de legalidade é aquele que diz respeito à observância dos atos administrativos praticados com os dispositivos delineados na lei”. Mas é importante frisar que algumas matérias não estão sujeitas ao princípio da legalidade, podendo ser disciplinadas por meio de ato infra legal, como é o caso de Decreto Presidencial.

3. O INTERESSE PÚBLICO E O PARADIGMA DA INDISPONIBILIDADE

O Princípio da Indisponibilidade do Interesse público é também denominado de princípio da supremacia do interesse ou da finalidade pública (MEIRELLES, ALEIXO, FILHO, 2015). Constitucionalmente, é um princípio implícito no qual os autores têm certa dificuldade em estabelecer uma nomenclatura exata. Para Meirelles (2015, p. 110), o fato de tal dificuldade, advém de que o “[...] interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto”. Vale destacar que os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o princípio da indisponibilidade de interesse público, são princípios fundamentais do regime jurídico do direito público e é observância obrigatória pela Administração Pública, pois todo o Sistema de Direito Administrativo está subordinado a esses dois princípios.

O Princípio da Indisponibilidade do Interesse público sobre o interesse privado se torna evidente no art. 5º, incisos XXIV e XXV da Constituição Federal. Sua fundamentação encontra-se estabelecida em lei infraconstitucional especificamente no art. 2º da Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, lei esta, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta. O art. 2º, Parágrafo Único, inciso II da referida lei, estabelece critérios a serem observados no Processo Administrativo, quais sejam: atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei. Dessa forma, Mello entende que,

[...] o *interesse público* deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerado em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem (MELLO, 2014, p. 62).

Cumpra ressaltar que o interesse público representa o somatório dos interesses individuais que representa a vontade da maioria. O interesse público pode ser primário (vontade do povo) ou secundário (vontade do Estado enquanto pessoa jurídica) (MELLO, 2014). O ideal é que tais interesses sejam coincidentes, pois do contrário, prevalecerá o interesse primário, ocorrerá a interferência do Poder Judiciário. Nesse entendimento, Meirelles dispõe que do Princípio da Supremacia do Interesse Público,

[...] decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral, da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, como representante da coletividade, e, por isso, só ela, pelos seus representantes eleitos, mediante lei, poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia (MEIRELLES, ALEIXO, FILHO, 2015, p. 110).

As pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. A Administração Pública não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, visto que ao particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, enquanto que ao administrador público só é permitido agir de acordo com a lei. Nesse entendimento ocorre que à Administração Pública não cabe a renúncia (dispor) do interesse público, salvo quando autorizada pelo direito. Nesse sentido os poderes da Administração têm caráter de poder-dever, os quais ela não pode deixar de exercer sob pena de responsabilização por omissão. Assim sendo, a autoridade administrativa não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são atribuídas por lei. O paradigma da indisponibilidade, importado do Direito Administrativo, restringe as possibilidades que a Fazenda Pública e os Procuradores têm de entabular acordos e fazer transações, ainda que disso decorra maior eficácia na cobrança e satisfatividade na Execução, reduzindo o tempo da cobrança e os custos incorridos na Execução Fiscal. Com efeito, se o Ente público pode fazer a remissão do seu crédito, desde que observados os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, por que não poderia dele dispor parcialmente para tentar evitar a frustração completa da arrecadação? Afinal, quem pode o mais, também deveria poder o menos. É nesse sentido que os métodos alternativos de solução de conflitos contribuem para trazer mais efetividade na cobrança da dívida ativa. Para isso, contudo, é preciso substituir a ideia de que, ao transacionar, o fisco estaria abrindo mão de um bem coletivo pela concepção racional e utilitarista de que, ao fazer isso, a Fazenda Pública ganha maior liquidez, melhora o seu fluxo de caixa e reduz despesas para a recuperação de créditos com poucas chances de satisfatividade.

4. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

O conflito se fez presente na história da humanidade. A luta pelo poder ocorria por meio das batalhas armadas. Na história do Direito Tributário, não foi diferente, o conflito foi parte integrante, é que ainda nos dias de hoje as formas conflitantes se fazem presentes atingindo diretamente a sociedade em todas as esferas sociais. Ao que tange a cobrança do crédito tributário, o conflito persiste, de forma que figura como agente central na cobrança de créditos tributários entre o fisco e o contribuinte. Para esclarecer melhor Vasconcelos, sintetiza o “conflito” da seguinte maneira:

O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados.

Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum (VASCONCELOS, 2014, p. 21).

O autor alerta para a importância da conscientização do conflito por tratar-se de algo inerente às relações humanas e deixa evidente que o conflito, não deve ser encarado de forma negativa ao afirmar que, “[...] o conflito, quando bem conduzido, evita a violência e pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo” (VASCONCELOS, 2014, p. 21). Nesse diapasão, Vasconcelos (2014, p. 24) adiciona ainda que, “[...] ao se compreender a inevitabilidade do conflito se é capaz de desenvolver soluções auto-compositivas”. Seguindo o mesmo entendimento, Bastos; Corrêa; Passani, (2014, p. 69), afirmam que “[...] o conflito não é positivo nem negativo, nem destrutivo nem produtivo: é ambos de uma só vez. É o modo como enfrentamos que fará que tome um curso destrutivo ou positivo”.

Dessa forma, pode-se concluir que o conflito pode tornar-se nocivo ou benéfico à sociedade, para tal, dependerá da importância que lhe será dado de forma que a solução do conflito dependerá da pessoa que o conduzirá. Em termos práticos, na história do Brasil, sempre existiu grande preocupação em se solucionar conflito de forma pacífica, é o que dispõe o Livro 3º, T20, §1º das Ordenações Filipinas conforme segue:

Livro 3º, T20, §1º: E o começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes que, antes que façam despesas e se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso (BASTOS; CORRÊA; PASSANI, 2014, p. 20).

Tal ordenamento também pode ser percebido no art. 161 da Constituição do Império de 1824: “Art. 161: Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum, e, sem se demonstrar que se tentou uma solução amigável, ninguém será admitido em juízo” (BRASIL, 1824).

Assim, as inovações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, faz com que a sentença de mérito muitas vezes, põe fim apenas à lide no plano de direito, mas nem sempre extingue o conflito entre as partes, o que torna necessário a utilização de mecanismos de pacificação social capazes de regular a ação do homem, ou seja, pacificar as ações conflitantes de forma breve, objetiva e satisfatória.

Foi pensando em uma justiça célere que no ano 1982, foi criada a Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS), por iniciativa do Magistrado Luiz Antônio Corte Real, tendo sido instalada na Comarca do Rio Grande, o Conselho de Conciliação e Arbitramento. De acordo Giacomolli, o Conselho era denominado, popularmente, de Juizado de Pequenas Causas,

Esse conselho tinha por objetivo aproximar o Poder Judiciário da população mais carente, a qual, via de regra desconhece, os meios que possui quando seu direito é atingido ou não dispõe de condições econômicas para reivindicar seus direitos, permanecendo sem acesso à prestação Jurisdicional (GIACOMOLLI, 2009, p. 13).

O objetivo do Conselho como bem dispõe o autor, era aproximar a sociedade do poder judiciário, pois assim estabelece o Princípio do Acesso à Justiça (inciso XXXV do art. 5.º) da Constituição Federal de 1988, que assim estabelece: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). O objetivo do Conselho foi almejado, tendo sido editada em 26.09.1995, a Lei n. 9.099 – Lei dos Juizados Especiais. De acordo com o art. 3º, § 2º da referida lei, ficou de fora certas peculiaridades conforme segue:

Art. 3º: O juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

§2º Ficam excluídas da competência dos Juizados Especiais as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também das relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial (BRASIL, 1995).

Em razão de tal dispositivo, as causas relativas à Fazenda Pública ficaram excluídas da apreciação da Lei n. 9.099 de 1995 – a qual passa a dispor tão somente sobre as causas Cíveis e Criminais. O Princípio do Acesso à Justiça referido no inciso XXXV do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, constitui para Bastos, Corrêa e Passani, uma interpretação restritiva:

[...] durante muito tempo esse acesso à justiça foi interpretado de forma restritiva: o acesso única e exclusivamente por meio dos processos judiciais. Mas a realidade brasileira atual torna imprescindível que essa interpretação inclua outras formas de socorrer os cidadãos de modo mais abrangentes [...] (BASTOS; CORRÊA; PASSANI, 2014, p. 19).

O autor sugere métodos alternativos de Resolução de Conflitos condizentes com a atual realidade da sociedade as quais inclui a mediação, a negociação, a conciliação, a arbitragem entre outros, pois os métodos assinalados, constituem estímulo às pessoas, tornando-as empoderadas para solucionar seu próprio conflito.

Seguindo esse entendimento, “Podemos dividir os meios de solução de conflito em três grandes grupos: autocomposição, heterocomposição e autotutela”. (MOORE, 1998, apud BASTOS; CORRÊA; PASSANI, 2014, p. 72). Os Métodos ou Meios Alternativos de Solução de Conflitos - MASCs, ou, Meios Extrajudiciais de Solução os Conflitos MESCAs, apresentados pelo autor, seja judicial ou extrajudicial de acesso à justiça, compõe hoje o denominado sistema multiportas que engloba as práticas restaurativas, de facilitação de diálogos, entre outros. Meios dos quais o cidadão pode utilizar aquele que se mostre mais adequado em cada caso concreto de forma que possa constituir maior vantagem para a coletividade.

5. A AUTOCOMPOSIÇÃO: ESPÉCIES E PRINCIPAIS BENEFÍCIOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

Em se tratando dos métodos autocompositivos, pode-se afirmar que a autocomposição é um importante mecanismo de pacificação social, uma prática de solução pacífica da controvérsia pelos próprios interessados, que chegam a um resultado consensual sem a intervenção de terceiros. Dentro do processo de autocomposição encontram-se inseridas a negociação, a conciliação e a mediação as quais serão identificados no decorrer do estudo tal qual suas principais peculiaridades.

A negociação é uma forma de autocomposição direta onde as partes se unem volun-

tariamente sem a interferência de um terceiro num relacionamento temporário. Esse método de resolução de conflitos advém da transação que é definida por Vasconcelos (2014, p. 54) como “[...] o planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos na ou transformação ou restauração, na solução de disputas ou troca de interesses”.

A negociação é um método que tem por finalidade a união das partes, ou seja, “informar a outra parte sobre suas necessidades e interesses, trocar informações específicas ou resolver questões” (BASTOS; CORRÊA; PASSANI, 2014, p. 72). Nesse encontro, as partes têm objetivos comuns e cada um ouve o outro despidos de interesses que não verse sobre a causa do litígio, o que se busca é um acordo de ganhos mútuos. Quando a negociação não alcança êxito (não é possível diretamente com a pessoa envolvida), para retomar o diálogo torna-se necessário a colaboração de uma terceira pessoa, que atuará como mediadora. Para bem esclarecer, os termos da negociação é confidencial.

A transação por sua vez encontra-se inserida dentro do contexto da autocomposição e encontra fundamento no artigo 98, inciso I e artigo 156, inciso III da Constituição Federal de 1988 e ainda na lei infraconstitucional art. 171 caput do CTN. No CTN, a transação figura como sendo o instituto jurídico de natureza contratual que tem por objetivo, dentre outras finalidades, extinguir o crédito tributário. A transação só será permitida em relação a direitos patrimoniais. Para tanto a jurisprudência prevê a realização da transação mediante requisitos que possibilitem extinguir o crédito tributário.

Os requisitos da transação, possibilita que as partes utilizem os métodos da negociação, da conciliação e da mediação. A conciliação é uma forma indireta de autocomposição adotada pelo CNJ desde de 2006 como forma extrajudicial de solução de conflitos. O CNJ há nove anos promove as Semanas Nacionais pela Conciliação, momento em que os tribunais são incentivados a juntar as partes e promover acordos pré-processual e endo processual. A conciliação pode ser definida como ato processual que só pode ocorrer na presença do magistrado onde a atividade mediadora é focada no acordo.

Por meio do mecanismo da conciliação, um terceiro neutro e imparcial, é escolhido pelas partes ou designado pelo tribunal para intermediar as discussões. O conciliador não pode dizer quais são os direitos das partes, mas somente orientá-las, exerce a função de um facilitador de diálogos. Vasconcelos, dispõe sobre a conciliação da seguinte forma:

[...] a conciliação é uma atividade mediadora focada no acordo, qual seja, tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com a particularidade de que o conciliador exerce leve ascendência hierárquica, pois toma iniciativas, faz recomendações, advertências e apresenta sugestões com vistas à conciliação (VASCONCELOS, 2014, p. 58).

Nesse sentido, a conciliação é Ato Jurisdicional por meio do qual as partes litigantes sobre a interveniência da autoridade jurisdicional transacionam matéria objeto da lide. A conciliação encontra fundamento nos princípios da Independência, (pode ocorrer em qualquer momento do processo); da Imparcialidade (daquele que promover a conciliação); da Autonomia (da vontade das partes); da Confidencialidade e da Oralidade/Informalidade. No processo de conciliação, busca-se soluções que atendam aos interesses de todos (ganha-ganha).

A Mediação trata-se de um método dialogal e auto compositivo, é um procedimento todo oral e desburocratizado que ocorre de forma voluntária entre as partes e está substanciada na Lei n. 13.140 de 26 de junho do ano de 2015. A referida lei, dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. O parágrafo único do art. 1º da lei em comento, estabelece a mediação como “[...] atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015). Ao mediador cabe tão somente colaborar com os mediandos, para que estes pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns. Nessa perspectiva, Vasconcelos, esclarece os procedimentos para mediação conforme segue:

[...] os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumo do(s)mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo. (VASCONCELOS, 2014, p. 54).

Vale esclarecer que a mediação possui até oito fases que são a pré-mediação, a abertura, a investigação do conflito, agenda organizada das prioridades, alternativas, escolha de opção e fechamento ou termo de acordo e compõe de sete técnicas: escuta ativa, parafraseamento (ato de repetir as respostas), formulação de perguntas que induzam à solução, resumo seguido de confirmações, isolamento, tempestade de ideias e teste de realidade. “O teste de realidade trata-se do dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento” (BRASIL, 2010). A título de esclarecimento, não há obrigatoriedade em seguir todos os tramites apresentados. As técnicas de mediação, tratam-se de alternativas multidisciplinares onde se faz necessário conhecimentos jurídicos, sociológicos, psicológicos, contábeis dentre outros. Segundo Bastos; Corrêa; Passani,

[...] a mediação pode tratar de todo o conflito ou apenas de parte dele e se divide em três tipos:

Extrajudicial: é feita antes do ingresso de um processo na Justiça. As partes em conflito buscam mediadores e, havendo um acordo, a decisão tomada terá força de uma sentença judicial, sendo a assistência por advogado obrigatória, a menos que as partes abram mão desse direito;

Judicial: quando há um processo no Judiciário. A mediação terá um prazo de 60 dias para acontecer e, somente não havendo acordo, o processo passará a tramitar normalmente no judiciário;

Pública: quando os conflitos envolvem a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios, a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações (BASTOS; CORRÊA; PASSANI, 2014, p. 26).

Dentre as formas de resolução de conflitos apresentadas, temos ainda o processo judicial que aborda o conflito como um fenômeno exclusivamente jurídico, ou seja, como lide processual. A lide processual pode excluir aspectos relevantes para as partes por não levar em consideração as emoções (lide social), visto que o conflito na relação processual pode se tornar mais gravoso para as partes.

6. DA EXECUÇÃO FISCAL A UMA NOVA PERSPECTIVA DO PROCESSO TRIBUTÁRIO

A execução fiscal no Brasil é regida pela lei especial de nº 6.830 de 22 de setembro do ano de 1980 e dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias, aplicando-se subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil no que se refere à execução em geral. A lei de execução fiscal também é classificada como uma subespécie de execução por quantia certa, fundada em título executivo extrajudicial.

Nesse entendimento, tem-se que a Lei 6.830/80 foi editada precipuamente objetivando conferir maior celeridade e eficiência à cobrança dos créditos tributários, uma vez que a Fazenda Pública tem a imperatividade na defesa do interesse público. De forma que o PL 5.282/2009 traz novas possibilidades de resolução na cobrança do crédito tributário pela Fazenda Pública e a extinção do crédito tributário, por meio de transação tributária. Sendo que para haver transação, deve-se existir um litígio visto que a transação só irá ocorrer depois da existência do litígio e não antes dele. Logo, não se aplica a regra do art. 840 do Código Civil no sentido de que a transação irá prevenir litígio. Todavia de acordo com o que dispõe Martins (2005, p.213), a transação só poderá ocorrer se houver previsão legal:

A transação tributária tem como pressuposto a existência de lei regulando o assunto. Não havendo lei, a transação não pode ser feita. Assim a autoridade administrativa não está autorizada a transigir, salvo na existência de lei expressa nesse sentido. Do contrário, poderia haver malversação do dinheiro público, com compensação de dívidas por interesses pessoais de cada administrador (MARTINS, 2005, p. 213).

Nesse sentido, a palavra *litígio* empregada no art. 171 do CTN, somente é caracterizada com a instauração da lide, que quer dizer na pretensão formulada e resistida em juízo. Caso a lei determine a transação, esta poderá ser feita tanto no processo judicial quanto no processo administrativo, levando-se em consideração que o aumento do número de processos judiciais, representam custos elevados, tanto para as empresas quanto para o Estado durante os processos. De acordo com Bastos; Corrêa; Passani, pesquisas que retrata o custo das empresas para litigar judicialmente,

[...] demonstrou que o comprometimento das finanças das empresas com processos judiciais chega a quase 2% do que faturam em um ano, percentual que, em 2012, representou R\$ 110,96 bilhões. O levantamento partiu da análise das demonstrações financeiras de 7.485 empresas, de 21.647 processos judiciais, da arrecadação tributária de 2012, e do faturamento das empresas por CNAE do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT). Em 2012, existiam 74,38 milhões de ações na Justiça das quais as empresas faziam parte – como autoras ou rés. As grandes companhias estavam presentes em 53,4% delas, o gasto de manutenção desses processos foi de 1,67% do faturamento, o número médio de ações por empresas foi de 186. Já as médias empresas responderam por 23,8% dos processos e comprometeram 1,89% de seu faturamento; e as pequenas participaram de 22,80% das ações e gastaram o equivalente a 1,43% do que ganharam em 2012. As custas judiciais e extrajudiciais representaram R\$ 23 bilhões; os gastos com advogados, chegou a quase R\$ 17 bilhões; perícias, R\$ 2,1 bilhões; viagens e hospedagens, R\$ 529 milhões; valores usados com pessoal e sistemas de controle, R\$ 2 bilhões. O maior montante, porém, foi pago pelas empresas condenadas em processos finalizados em 2012. A conta com multas, encargos legais e indenizações (como danos morais) correspondeu a R\$ 65 bilhões naquele ano (BASTOS; CORRÊA; PASSANI, 2014, p. 29).

O autor destaca os autos custos das empresas privadas com as ações judiciais que

além de comprometer as finanças, também é prejudicial para a imagem da empresa. Nesse sentido como forma de amenizar os custos, as grandes corporações passam a investir maciçamente em mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos por tratar-se de formas mais eficientes para o alcance dos objetivos. Com as empresas públicas a situação não é diferente, ainda de acordo com os autores, neste mesmo estudo,

Os números mostram que dos 92 milhões de processos, 51% são dos governos, entre federal, estaduais e municipais, 38% do sistema financeiro e 6% das telecomunicações. Esta soma dá 95%. Ora, são grandes corporações que estão em juízo. Se é assim, é possível que nós pensemos em uma estratégia nacional, que tenha por base, por meta principal, a mediação, para que nós possamos resolver os conflitos e evitar cada vez mais a sua judicialização (BASTOS; CORRÊA; PASSANI, 2014, p. 30).

Ao mencionar esses números, os autores evidenciam os altos índices que as empresas privadas dispõem para custear os processos judiciais, levando em consideração os altos valores envolvendo as custas processuais, perícias e possíveis penhoras. Com os órgãos públicos a questão não é diferente. Segundo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em Relatório publicado no ano de 2011, sobre "A Execução Fiscal no Brasil e o Impacto no Judiciário", ficou demonstrado os números dos processos em tramitação pela justiça brasileira. O estudo foi fornecido por duas entidades, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) que examinou as inter-relações entre o processo administrativo e o judicial na esfera fiscal.

O outro estudo foi realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) que abrangeu o desafio de estimar o custo e o tempo médio para o Judiciário dos processos de execução fiscal na Justiça Federal que respondem por 34,6% da carga processual desse ramo do Judiciário. Os dois estudos oferecem insumos valiosos para retratar o panorama da execução fiscal no Brasil. As pesquisas em última fase que envolveu a tabulação e concreção da análise de dados, foi apresentado o relatório final em dois volumes no qual o primeiro tratou da pesquisa jus-sociológica de Campo e o segundo a pesquisa jus-doutrinária comparada que revelou o que segue:

O Poder Judiciário Nacional não está aparelhado para lidar com as demandas tributárias. A falta de garantias inerentes à magistratura por parte dos membros da administração tributária encarregados do julgamento de lides tributárias gera desconfiança na isenção da Administração Pública e aumenta a demanda judicial. Não há diferença essencial entre as funções administrativa e a judicial, podendo a própria coisa julgada material ser conferida a atos administrativos, denotando uma forma arcaica de divisão de poderes, da qual a administração ainda é dependente. Quando iniciada a execução do título executivo extrajudicial, esta pode ser embargada, permitindo ao contribuinte repetir no judiciário toda a discussão havida na esfera administrativa quanto a questões de fato e de direito. Não há regra que determine o aproveitamento de elementos do julgamento administrativo na via judicial, fato que pode levar à repetição do trabalho, gerando duplicação de esforços. A arrecadação pelo atual sistema de execução fiscal é uma demonstração cabal de sua ineficiência e uma das principais causas da aposta crescente dos contribuintes na vantagem de não pagar os tributos no prazo, dado que o Estoque da Dívida Ativa da União representa cerca de metade do valor de toda a Dívida Pública da União. RELATÓRIO CNJ publicado no ano de 2011, sobre "A Execução Fiscal no Brasil e o Impacto no Judiciário".

O relatório teve como principal objetivo, motivar o debate sobre possíveis novos rumos para a execução fiscal no Brasil, de maneira a aprimorar a prestação jurisdicional não somente em matéria relativa à execução fiscal, mas do sistema judicial de forma geral.

A pesquisa comprovou um aumento considerável de demanda na esfera administrativa, visto que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) passou de 30.000 processos em 2008 para 70.000 em 2010 (BRASIL, 2011). O estudo relata ainda que a maior parte dos julgados das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJs) é ajuizada improcedente e, por via de regra, a decisão é confirmada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Ainda assim, a maior parte desses julgados acaba desmorrando no Judiciário.

Segundo o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 2017, ano base de 2016 as despesas e receitas totais¹, do Poder Judiciário somaram R\$ 84,8 bilhões o que representou crescimento de 0,4% em relação ao último ano e uma média de 3,9% ao ano desde de 2011. As despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,4% do produto interno bruto (PIB) nacional, ou a 2,5% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em 2016, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 411,73 por habitante. A despesa da Justiça Estadual, segmento mais representativo, que abarca 79% dos processos em tramitação, responde por aproximadamente 57% da despesa total do Poder Judiciário. O relatório Justiça em Números aponta ainda o Panorama Global² que o Poder Judiciário, finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório aguardando alguma situação jurídica futura.

Os estudos revelam que durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos no Poder Judiciário. Um crescimento em relação ao ano anterior na ordem de 5,6% e 2,7% respectivamente. Tal incremento da produtividade dos magistrados e servidores chegou a 30,8 milhões de casos julgados em 2016. Chama atenção a diferença entre o volume de processos pendentes e o volume que ingressa a cada ano. O Relatório ao analisar o Poder Judiciário como um todo, dispôs que, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas e mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar as demandas.

Os gargalos da execução³, a cada ano a publicação do Relatório Justiça em Números destaca o impacto negativo gerado pela fase de execução nos dados de litigiosidade do Poder Judiciário brasileiro, que acumula alto volume de processos e alta taxa de congestionamento. Esse volume dificulta a efetivação da tutela jurisdicional. De acordo com o Relatório, a maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representa 75% do estoque. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, tendo em vista que representam aproximadamente 38% do total de casos pendentes, apresentando congestionamento de 91% em 2016, a maior taxa entre os tipos de processos constantes desse Relatório.

Conforme o Relatório, no quadro geral das execuções fiscais⁴, o maior problema é a fiscal. De acordo com o Relatório, o executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram a via administrativa, provocando

sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotados, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional.

Acabam chegando ao Judiciário títulos cujas as dívidas já são antigas, e por consequência, mais difíceis de serem recuperadas. Essa classe de processo apresenta alta taxa de congestionamento. O relatório aponta que 91%, ou seja, de cada 100 (cem) processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2016, apenas 9 (nove) foram baixados. A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal. O Relatório dispõe que a conciliação abrange um percentual significativo de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de decisões terminativas proferidas. Em 2016, 11,9% das sentenças e decisões proferidas no Poder Judiciário, foram homologatórias de acordo.

A tendência é o aumento das homologatórias de acordo. A conciliação é uma prática adotada pelo CNJ desde de 2006 que promove as Semanas Nacionais pela Conciliação, momento em que os tribunais são incentivados a juntar as partes e promover acordos pré e endo processual.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos entendimentos acima expostos, é possível vislumbrar que pesquisar sobre a matéria tributária possui extrema relevância no funcionamento do Estado como um todo, além disso, seus princípios se fazem fundamentais para o correto e devido funcionamento da máquina estatal na função de arrecadar tributos. A diversidade de modalidades de transação tributária, a serviço do interesse público, representa um importante passo para o desenvolvimento da sociedade brasileira. Nessa ordem, o Projeto de Lei nº. 5.082/2009, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

A partir da Constituição de 1824, denominada Constituição do Império a regulamentação do Direito Tributário começa a dar seus primeiros passos, mas somente com a Emenda Constitucional nº 18 de 1965, ocorreu a regulamentação e seguidamente em 1966 o Direito Tributário veio alcançar a situação de ramo jurídico autônomo na ordem jurídica do Brasil com a publicação do CTN e posteriormente com a Constituição Federal de 05.10.1988, alcançou definitivamente o reconhecimento do Direito Tributário como o ramo autônomo pertencente ao direito público.

O Estado Moderno passa então a ser regulado por lei, com a intervenção direta do Estado na vida dos cidadãos, alcançado a forma de Estado Social de Direito e exercendo o denominado poder de tributar. Mas ao exercer o poder de tributar precisa respeitar limites ao poder fiscal do Estado. Mas a supremacia do Estado é ilimitada, havendo a obrigatoriedade de reverenciar as normas constitucionais tendo como princípios basilares a legalidade e a indisponibilidade do Interesse público sobre o interesse privado. Para melhores esclarecimentos, a indisponibilidade do interesse público representa o somatório dos interesses individuais, ou seja, representa a vontade da maioria. Segundo esse princípio a Administração

Pública não pode dispor desse interesse geral, da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado.

Nesse entendimento, diante de toda a trajetória pela qual passou o Direito Tributário, o segundo capítulo da pesquisa apresentou as principais formas de resolução extrajudicial de conflitos, dando especial atenção à autocomposição, ocorre, que à Administração Pública não cabe a renúncia (dispor) do interesse público, para solucionar um interesse individual do contribuinte, salvo quando autorizada pelo direito.

Nesse sentido os poderes da Administração têm caráter de poder-dever, os quais ela não pode deixar de exercer sob pena de responsabilização, pois o poder de tributar do Estado não é absoluto. O ideal seria que tais interesses fossem coincidentes, pois do contrário, prevalece o interesse primário e a interferência do Poder Judiciário.

Consoante ao exposto percebe-se as mudanças constantes ocorridas na sociedade como um todo não surtiu efeitos suficientes para pôr fim aos conflitos entre os indivíduos de forma a transformar significativamente o modo de vida dos brasileiros. Desse modo, os conflitos são levados ao Judiciário por meio de ações coletivas ou individuais causando o aumento de ações e consequentemente uma sobrecarga de processos no Poder Judiciário brasileiro, afetando drasticamente a economia do país, representando custos elevados para o Estado e sobrepos a sociedade como um todo.

Ao finalizar o estudo abordou-se um aumento considerável de demanda na esfera administrativa, visto que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) passou de 30.000 processos em 2008 para 70.000 em 2010. E revela que a maior parte dos julgados das Delegacias da Receita Federal do Brasil (DRJs), são ajuizadas improcedentes, desajuando no judiciário.

Segundo o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 2017, as despesas e receitas totais, do Poder Judiciário somaram R\$ 84,8 bilhões. O Relatório aponta que o Poder Judiciário, finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. O estudo revela que durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos no Poder Judiciário e acrescenta, "se o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas e mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar as demandas".

Resta evidente que o volume de processos, dificulta a efetivação da tutela jurisdicional. Relatório de 2016 aponta que a maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representa 75% do estoque. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, tendo em vista que representam aproximadamente 38% do total de casos pendentes, apresentando congestionamento de 91% em 2016. E ainda revela que o executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram a via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providencias de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributá-

rio já adotados, sem sucesso, pela administração fazendária. Os títulos da dívida pública quando chegam ao Judiciário já são antigos, e por consequência, mais difíceis de serem recuperadas. Essa classe de processo apresenta alta taxa de congestionamento.

O relatório destaca que 91%, ou seja, de cada 100 (cem) processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2016, apenas 9 (nove) foram baixados. A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal. Consoante a todo o exposto, o que se verifica é que a sentença de mérito finaliza a lide levada ao judiciário, mas na maioria das vezes o conflito permanece por não haver a participação das partes na tomada da decisão final.

O estudo nos leva a refletir que o Estado brasileiro precisa evoluir com a sociedade ao que tange a cobrança do crédito tributário. De forma tal que precisa adotar métodos alternativos de solução de conflitos eficazes e capazes de solucionar litígios em matéria tributária.

Para fins de entendimento e analisando os métodos de solução de conflitos apresentados no decorrer da pesquisa, nota-se, que o Estado brasileiro dispõe de uma infinidade de previsões legais capazes de solucionar conflitos e aplicar a cultura de pacificação social nos diferentes ramos da Justiça Nacional. Porém em se tratando de matéria tributária, ainda não dispõe de métodos eficazes, capazes de solucionar litígios que envolvem a Fazenda Pública. Visto que não há previsão legal estabelecendo meios alternativos de solução de conflitos de forma consensual em face princípio da indisponibilidade do interesse público sobre o interesse privado.

Os resultados obtidos com essa pesquisa precisam urgentemente motivar o debate sobre possíveis novos rumos para a execução fiscal no Brasil levando-se em consideração que o Estado brasileiro encontra-se caoticamente submerso em processos judiciais necessitando urgentemente adotar meios alternativo para solucionar conflitos tributários de forma que conflito em uma demanda possa tratado de maneira benéfica à sociedade, para tal, dependerá da importância que lhe será dada e a forma como será conduzido.

Em resposta ao problema da pesquisa, constata-se que os métodos alternativos de resolução de conflitos podem ser aplicados em matéria tributária sem que isso comprometa ou ponha em risco a indisponibilidade e a supremacia do interesse público. Nesse sentido, a pesquisa propõe a utilização da transação como ferramenta capaz de dirimir conflitos em matéria tributária, aplicando-se o que estabelece o art. 156, inciso III e art. 171, caput do CTN, como forma de reduzir a litigiosidade no âmbito tributário e consequentemente a redução dos custos com estes processos minimizando os prazos para recebimento dos créditos e potencializar o grau de eficiência e eficácia da Administração Tributária em juízo de oportunidade e conveniência, restando claro que a transação só poderá ocorrer em havendo previsão legal. A falta de autonomia da Fazenda Pública em extinguir o crédito tributário, em condições adversas como essa, expõe à precariedade do sistema de cobrança, onerando demasiadamente os cofres públicos, além de ser morosidade e pouca eficácia no que concerne à constrição do devedor que não possui patrimônio para saldar a dívida.

A pesquisa sugere um debate no aprimoramento da prestação jurisdicional em matéria relativa à execução fiscal e propõe um “novo” modelo arrecadatário, incorporando a

hipótese de que dispor do crédito público em determinadas condições para tentar solucionar o conflito também é uma forma de atender ao interesse público.

8. NOTAS

1. <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros> .p.53
2. <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros> .p.67
3. <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros> . p. 109
4. <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros> . p. 113

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

BALTHAZAR, Ubaldo César. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro; CORRÊA, Marcelo Girade; PASSANI, Andrezza Gaglionone; Panorama da Autocomposição no Brasil. In: OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.). **Resolução de Conflitos para Representantes de Empresas**. 1. ed. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília/ UFB, 2014, p. 01-159.

BRASIL. Câmara Federal. **Projeto de Lei nº 5.082/2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431269>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei 13.105/2015**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei 2.848/1940**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07 jun. 2018.

BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei nº 5.172/1966**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A Execução Fiscal no Brasil e o Impacto no Judiciário**. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 08 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 07 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.830/1980**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.429/1992**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.099/1995**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 514351 PR 2003/0023163-7**. Primeira Turma. Ministro Luiz Fux. Julgado em: 20 mar. 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/210316/recurso-especial-resp-514351-pr-2003-0023163-7#.06-05-1711:27>. Acesso em: 09 jun. 2018.

COSTA, Elisson Pereira da, **Direito administrativo II**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais**: Lei 9.099/95: abordagem crítica. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. atual. São Paulo: Malheiros 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2014.

MOORE, Christopher. **O processo de mediação**. Estratégias práticas para resolução de conflitos. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito Tributário Essencial**. 3. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SANTOS, Maria Januária Vilela. **História Geral**: 1º grau. 2. ed. São Paulo: Ática, 1978.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 3.ed.rev. e atual. e amp. São Paulo: Método, 2014.

Recebido em: 20/11/2018

Aceito em: 04/12/2018

A CRIAÇÃO DE MATERIAL DE APOIO NA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

Creation of support material in mediation activity

Cristina Danielle Pinto Lobato

Diretora de Projetos Especiais do Grupo I CAN. Mestranda em Bens Culturais e Projetos Sociais pelo CPDOC/FGV. Av. Jaime Poggi, nº 99. Bloco 3, apt 1604. cristina_lobato@hotmail.com.

Fernanda Fagundes Alves

Instituto Solar do Sentir. Mestre em Educação pela Universidade de Brasília. Q 322 casa 14 Del Lago, Itapoã-DF. fernandafa@gmail.com.

Resumo

O desempenho da atividade de mediar conflitos é a arte de estar aberto ao outro, inteiramente presente, observando e ouvindo as narrativas das pessoas que sozinhas não conseguiram chegar a um consenso. Nesse caminho, podemos considerar alguns fundamentos significativos: a Comunicação Não-Violenta, sistematizada por Marshall Rosenberg, os nove degraus da escalada do conflito, apresentados por Glasl, bem como o modelo da Mediação Transformativa desenvolvido por Bush e Folger. E nesse exercício, o mediador pode fazer circular toda inspiração, observação, pesquisa e fundamentação teórica e prática de processos de transformação de conflitos criando materiais pedagógicos. Como foi o caso do livro recém lançado Ciranda do Ser de autoria de Cristina Lobato, advogada e mediadora. No presente artigo, serão apresentados alguns dos referenciais do livro e um resumo da obra.

Palavras-chave: Comunicação Não-Violenta. Escalada do Conflito. Mediação Transformativa. Material Pedagógico. Cultura de Diálogo.

Abstract

The practice of conflict mediation activity is the art of being open to the present, observing and listening to the narratives of people who could not reach a consensus. Following this line of thought, we have considered the following fundamental bases: Nonviolent Communication, systematized by Marshall Rosenberg, the nine escalation of the conflict, presented by Glasl, as well as the model of Transformative Mediation developed by Bush and Folger. And in this practice, the mediator can share all inspiration, observation, research, theoretical foundation, practice conflict transformation processes and create pedagogical materials. Such as the case of Ciranda do Ser, recently launched by Cristina Lobato, lawyer and mediator. This article will present some references from her book and a summary of the work.

Keywords: Nonviolent Communication. Conflict Escalation. Transformative Mediation. Educational Material. Culture of Dialogue.

Sumário

1. Introdução; 2. A comunicação não-violenta; 3. Os nove degraus da escalada do conflito; 4. Transformação das interações entre as pessoas em conflitos; 5. Processo criativo da elaboração de material pedagógico; 6. Conclusão; Referências

1. INTRODUÇÃO

Você tem medo do quê? Muitas pessoas poderiam dizer ter medo de conflito, muito embora conforme Lederach (2012) aponta conflito possa ser entendido como algo comum nos relacionamentos humanos e desencadeadores de mudanças, bem como condição de crescimento, como na perspectiva proposta por Fayga Ostrower (1987, p. 28), para quem:

[...] criar representa uma intensificação do viver, um vivenciar-se no fazer; e, em vez de substituir a realidade, é a realidade; é uma realidade nova que adquire dimensões novas pelo fato de nos articularmos, em nós mesmo e perante nós mesmos, em níveis de consciência mais elevados e mais complexos.

Conflito é oportunidade e visto sob a perspectiva, tal como Gilbert (2015) aponta, do potencial criativo, pode ser o elemento para despertar a coragem para ampliar as capacidades para o autodesenvolvimento e ressignificar o processo de aprendizagem sobre a conflituosidade. Há “conflito social quando pelo menos um ‘ator’ (um partido, ou seja, uma pessoa, grupo etc.) vivencia a diferença de modo a sentir-se estorvado, pela ação do outro ‘ator’, para viver ou realizar as próprias imaginações, sentimentos ou propósitos” (GLASL, 2012. p.23).

De acordo com Glasl (2012) o desenvolvimento da autoafirmação diante dos conflitos é uma atitude que se encontra no meio do caminho entre o receio e a vontade de brigar, estando atrelada à consciência sobre os seus medos para agir de forma mais equilibrada.

Aquelas pessoas que têm receio de conflitos tendem à fuga e frequentemente colocam os interesses dos demais acima dos seus. Em sentido diametralmente oposto, aquelas cujo padrão é a vontade de brigar, têm a tendência à agressão e a estarem centradas nos próprios interesses.

A autoafirmação, por sua vez, pressupõe a compreensão de que há efeitos positivos e negativos dos conflitos e de que quando nos conscientizamos dos nossos próprios medos, estes já não influenciam com a mesma força as nossas respostas automáticas. Isto implica, assim, o exercício do direito existencial de autopoicionamento: ser coerente consigo mesmo, com suas necessidades, interesses e valores, e agir considerando a própria responsabilidade pelos eventuais impactos das suas atitudes para os demais.

Nesse sentido, as seguintes suposições básicas são destacadas por Glasl (2012) na habilidade em conflitos:

Agressões são energia: eu as transformarei em energia positiva!

Conflitos ajudam a livrar-se de convencionalismos!

Diferenças são vitais; trabalhar as diferenças enriquecem a todos!

Essa tomada de consciência permite assumir o autocontrole das próprias atitudes para agir de forma conectada com as percepções sobre os resultados dos seus atos, cuidando das consequências das suas ações, lidando com as diferenças de modo criativo e construtivo. É entender a diferença entre ter um conflito e o conflito ter a você.

Nessa perspectiva a proposta da Comunicação Não-Violenta, desenvolvida por Marshall Rosenberg, contribui para tomada de consciência, que auxilia os envolvidos a tra-

balharem a percepção da realidade em um processo de responsabilização em que cada participante pode se conectar com o que o afeta e ressignificar as ações que contribuem para o conflito.

Marshall Rosenberg (2006) afirma que “a violência é a expressão trágica de uma necessidade não atendida” e apresenta a Comunicação Não-Violenta como uma forma de nos expressarmos com mais honestidade e empatia, construindo interações com mais conexão por meio do reconhecimento dos sentimentos e das necessidades humanas universais.

Bush e Folger (2005) ao falarem sobre a Mediação Transformativa destacam a capacidade de transformação da qualidade da interação das pessoas em conflito, apoiando-as no fortalecimento pessoal (*empowerment*) e no reconhecimento (*recognition*), isto é, na autodeterminação dos envolvidos.

A autodeterminação está atrelada à autonomia e ao exercício das próprias escolhas sobre qual o caminho que deseja seguir diante da consciência sobre as infinitas possibilidades existentes no momento presente. É sentir a inteireza do ser diante da complexidade do conflito e tomar decisões de maneira informada, com olhar prospectivo, entendendo o processo de aprendizado com o passado.

Nesses termos, a Mediação Transformativa preserva a essência da mediação como método autocompositivo, ao considerar que o mediador é um facilitador que dá suporte para que as partes percebam seus padrões de comportamentos e possam construir novos parâmetros para uma comunicação com mais qualidade.

Assim, o mediador que compreende a importância do seu autodesenvolvimento desempenha a sua atividade de forma mais profissional, cuidando dos valores e dos princípios do processo da mediação, bem como da autodeterminação dos mediados, que em muitas situações ou estão frágeis ou autocentrados diante de um conflito. O papel do mediador, consequentemente, é cuidar da interação entre as partes para que elas possam superar essa crise e co-criarem uma interação construtiva.

Nesse caminho, compartilhar suas experiências por meio da criação de materiais de apoio é uma forma de contribuir para o contínuo aperfeiçoamento da atividade de mediação, também para o fortalecimento da cultura de diálogo. Com o material de apoio é possível tornar a fundamentação teórico-conceitual da transformação de conflitos acessível a todos os participantes e assim, fortalecer a prática do mediador.

2. A COMUNICAÇÃO NÃO-VIOLENTA

A Comunicação Não-Violenta é uma forma de estar no mundo, de se relacionar consigo e com os demais seres. Foi sistematizada por Marshall Rosenberg, psicólogo norte-americano, após vários anos de sua experiência prática com Carl Rogers.

A abordagem terapêutica de Carl Rogers foi desenvolvida em torno da ideia de que existe um movimento natural para o próprio enriquecimento dentro de cada pessoa: uma tendência atualizante. Partindo dessa premissa, seu papel como terapeuta era criar um ambiente favorável ao desenvolvimento de a pessoa por meio de condições facilitadoras e

de atitudes.

Uma das condições facilitadoras do Carl Rogers é a compreensão empática, que consiste em estar “sensível aos sentimentos e às reações pessoais que o cliente experiênciava a cada momento, quando pode apreendê-los ‘de dentro’ tal como o paciente os vê, e quando consegue comunicar com êxito alguma coisa dessa compreensão ao paciente” (ROGERS, 1961/1987, p. 66).

Marshall Rosenberg, considerando os fundamentos da compreensão empática, apresenta a Comunicação Não-Violenta como a linguagem da vida “uma forma de comunicação que nos leva a nos entregarmos de coração” (ROSENBERG, 2011, p.11). Isso porque em sua abordagem valoriza alta qualidade da comunicação que promoveria uma autêntica conexão para que a vontade espontânea de contribuir para transformação dos conflitos surja.

O termo “não-violência” é utilizado na mesma acepção de Mahatma Gandhi: estado compassivo quando a violência se afasta do coração.

São quatro os componentes didáticos da Comunicação Não-Violenta que facilitam um percurso para uma comunicação mais consciente expressada com honestidade e enriquecida pela empatia:

1º. Observação – observar as situações como elas se apresentam, tomando consciência do que é julgamento do que é fato observável.

2º. Sentimentos – reconhecer por meio da percepção atenta quais sentimentos, afetos, emoções e sensações estão presentes.

3º. Necessidades – compreender quais valores, princípios e significados fundamentais podem estar sendo cuidados ou descuidados.

4º. Pedido – expressar de forma honesta, simples e positiva aquilo que precisa para nutrir a sua vida.

A Comunicação Não-Violenta está baseada em três perspectivas: intrapessoal – você com você mesmo – interpessoal – vocês com as demais pessoas, e sistêmica – você em sociedade.

O primeiro ponto de conexão da Comunicação Não-Violenta com a mediação é na perspectiva intrapessoal: como profissional de gestão de conflitos, como estou cuidando de mim mesmo? Para apoiar pessoas é fundamental ter primeiro autoempatia, para que então seja possível oferecer ao outro espaço para a empatia.

Durante uma sessão de mediação, por sua vez, é possível que seja estimulada a Comunicação Não-Violenta na perspectiva interpessoal, com os mediandos e entre eles. A perspectiva sistêmica, por sua vez, está atrelada ao impacto da mudança de paradigma da mediação: da cultura de violência para a cultura de paz, de diálogo e de cooperação. Assim como, na construção de sistemas de apoio para que a partilha sobre os desafios desse caminhar possa ser um elemento de força para a construção das transformações sociais desejadas.

3. OS NOVE DEGRAUS DA ESCALADA DO CONFLITO

Para Glasl (2012), enquanto as diferenças são objetivas e pessoais, há um conflito. Quando o conflito passa a ser sobre o conflito e sobre as suas soluções, o conflito tem a você. Nessa dinâmica da escalada do conflito ele destaca nove degraus: 1º - endurecimento, 2º - debate e polêmica, 3º - ações em vez de palavras, 4º - imagens e coalizões, 5º - perder a cara, 6º - estratégia de ameaça, 7º - ataques limitados de destruição, 8º - desunião e 9º - juntos para o abismo.

O primeiro degrau é o endurecimento, momento em que os pontos de vistas se enrijecem e colidem, quando a comunicação deixa de ser fluida e surgem as reservas interiores. Nessa fase a prontidão para cooperação é maior do que a competição.

Por debate e polêmica entende-se a polarização em extremos com opiniões que parecem se excluírem mutuamente, com sucessivos argumentos e contra-argumentos. Consequentemente, há alternância entre cooperação e competição.

Quando no terceiro degrau há ações em vez de palavras, percebe-se uma desconfiança mútua entre as pessoas, que então se organizam em partidos, o que compromete a percepção sobre o outro. Assim, a competição é superior a cooperação. Até este ponto a autoajuda ainda é possível, isto é, as tentativas das próprias pessoas envolvidas no conflito ainda são eficazes.

Nesse sentido, uma mudança de cultura, da violência para a paz, perpassa por apoiar o desenvolvimento de “habilidades sociais no maior número possível de pessoas, para que em situações de conflitos elas pudessem praticar o máximo de autoajuda” (GLASL, 2012, p 11).

Já no degrau das imagens e coalizões há uma brutal distância entre os partidos, que já estão com percepções bastante comprometidas sobre o saber e as habilidades do outro. Portanto, a ajuda de pessoas próximas que não estejam envolvidas no conflito e tenham confiança das partes ou de profissionais faz-se necessária para que sejam compreendidas as percepções distorcidas.

O quinto degrau da escalada refere-se a perder a cara, ou seja, quando um dos partidos acredita que desvendou as reais intenções destrutivas do adversário, perdendo a crença no outro. Os aspectos do litígio passam ser sobre questões de princípios dos envolvidos, como, por exemplo, sobre religião, ideologia ou valores.

No sexto degrau a confrontação torna-se mais radical e violenta, pois diante da estratégia de ameaça há recíprocas exigências para que a outra parte ceda, com constrangimentos mútuos sobre a aplicação de sanções de acordo com a capacidade de sancionar que eventualmente possuam.

O degrau seguinte, ataques limitados de destruição, traduz-se nas ameaças concretizadas em ações, quando o outro é visto como categoria de coisa, desumanizado. Caminha-se lentamente em direção ao abismo quando as partes permanecem obstinadas com o conflito.

No oitavo degrau, desunião, o desejo é pela destruição do outro, estando a coesão interior enfraquecida. Diante dessa situação, a atuação do mediador torna-se mais difícil, haja vista a necessidade de as partes estarem interessadas em colaborar para uma eventual solução.

Por fim, juntos para o abismo é ao nono degrau em que as pessoas já não conseguem mais enxergar outra forma de agir, sacrificando a própria autodestruição para a destruição do outro. Ainda assim, sempre há espaço para reflexão, o que exige dos envolvidos o auto-encontro: sair do círculo vicioso e não saltar para o abismo, optando pela não-violência.

4. TRANSFORMAÇÃO DAS INTERAÇÕES ENTRE AS PESSOAS EM CONFLITOS

Entender essa dinâmica da escalada do conflito permite ao profissional que deseje atuar como mediador primeiro desenvolva a si mesmo, para então ter recursos internos que durante o processo de mediação possam ser utilizados para apoiar os mediados no que eles desejarem. Compreender o contorno da sua atuação é fundamental para não invadir o espaço de autodeterminação das partes, cuidando da transformação da interação entre as pessoas em conflito nos limites que elas estejam dispostas a seguir.

A Mediação Transformativa, nessa perspectiva, considera que são as partes que têm a autonomia para aceitarem, seguirem e interromperem o processo, que contém um potencial único para transformar uma interação conflituosa e, como resultado, gerar mudança nos repertórios mentais dos envolvidos. É, portanto, o exercício da sua própria autodeterminação, é sentir a inteireza do ser diante da complexidade do conflito e tomar decisões de maneira informada, com olhar prospectivo, entendendo o processo de aprendizado com o passado.

O potencial transformativo decorre da profunda conexão do mediador com os mediados, favorecendo a regeneração de duas importantes dinâmicas: o empoderamento e o reconhecimento. O empoderamento entendido como a compreensão sobre o senso de valor e força na própria capacidade de tomar decisões, enquanto o reconhecimento é ter empatia pela situação do outro.

Quando uma das partes está fragilizada, tende a apresentar comportamentos que denotam insegurança, confusão, medo, desorganização e incerteza, sendo, assim, necessário o seu empoderamento. Por outro lado, quando uma pessoa em conflito está autocentrada, adota posturas autoprotetivas, defensivas, hostis, estando fechada para o outro, sendo necessário o reconhecimento de outros pontos de vista.

Nesse modelo de mediação, o mediador é um terceiro sem interesse ou diretividade na condução dos resultados do processo, pois atua de acordo com a perspectiva trazida pelos mediados e mantém uma contínua conexão com eles. Em razão disso, não se estabelecer regras para a dinâmica do processo de comunicação, trabalha-se com o diálogo da forma que ele se apresenta, sem introduzir qualquer componente artificial na conversa.

É entender o mediador como colaborador no que for útil para as partes, e enquanto assim for, pois são elas que controlam o processo: desde a adesão à mediação, à continui-

dade e ao acordo. As técnicas utilizadas visam ao estímulo do fluxo contínuo da fala para o sucessivo aprofundamento das questões trazidas. Portanto, a conexão é um dever do mediador, o que propicia um estímulo à reflexão sobre os comportamentos dos mediandos, quando eles tomam consciência de suas próprias dinâmicas relacionais.

O papel do mediador, conseqüentemente, é cuidar da interação entre as partes para que elas possam superar essa crise e co-criarem uma convivência construtiva. Desse modo, é oferecido um novo paradigma: o mediador colabora com o que, como e para o que quiserem as partes. O centro do processo é olhar para as pessoas, estimulando o seu potencial e os elementos de mudanças para uma interação diferente, com escuta plena, para que o diálogo seja transformador.

Segundo John Paul Lederach (2012), a transformação de conflitos é mais do que um conjunto de técnicas específicas; é um modo de olhar e ao mesmo tempo enxergar. Tanto para olhar como para enxergar precisamos de lentes. Portanto, a transformação de conflitos sugere um conjunto de lentes pelas quais conseguiremos enxergar o conflito social.

O autor sugere o uso das lentes da transformação de conflitos para enxergar a situação imediata, os padrões subjacentes e contexto, bem como a estrutura conceitual das relações, ou seja, “criar uma estrutura capaz de tratar do conteúdo, do contexto e da estrutura do relacionamento” (LEDERACH, 2012, p. 24).

5. PROCESSO CRIATIVO DA ELABORAÇÃO DE MATERIAL PEDAGÓGICO

Os materiais de apoio pedagógicos são recursos potentes para serem utilizados tanto nas sessões de mediação, quanto em momentos de formação e sensibilização sobre a mediação.

Muito está sendo produzido sobre o tema da mediação de conflitos, contribuindo para o contínuo aperfeiçoamento dos profissionais e o compartilhamento das experiências favorece a melhoria da qualidade das atividades desempenhadas.

O livro *Ciranda do SER* lançado no mês de outubro de 2018 pela autora Cristina Lobato representa o esforço em traduzir de forma lúdica elementos da Comunicação Não-Violenta tais como o propósito, o processo e os desdobramentos. Tudo isso em uma linguagem acessível para crianças e contribuir para a disseminação do tema em diferentes contextos. O livro surgiu de uma música, criada pela autora, apresenta um formato interativo, com questões que dialogam com a realidade dos leitores e ainda possibilita aos mesmos a oportunidade de colorirem as ilustrações.

O formato do livro foi pensado de forma a favorecer a autodeterminação com a construção de autonomias a partir de uma perspectiva empoderadora, trazendo uma reflexão que favorece a conexão com as próprias escolhas e também o reconhecimento numa perspectiva de construção de empatia com o outro.

Pode ser usado tanto na formação para desenvolvimento de habilidades para lidar com o conflito ou mesmo durante o processo de mediação, especialmente, quando há uma

escalada aprofundada do conflito e as partes estão profundamente impactadas. Isso porque o ato de parar de falar sobre as circunstâncias em si para ler e entender a intenção e o processo seguido na mediação inspirado pela Comunicação Não-Violenta é possível criar um ambiente seguro de abertura do espaço de autodeterminação dos mediados, favorecendo a tomada de decisões que promova a transformação de interações e uma nova mentalidade para lidar com os motivadores do conflito.

Inicialmente pensado como um recurso de interação dos adultos com as crianças, o livro por utilizar metáforas, ter uma melodia na sua construção e desenhos para colorir, permite também que o adulto sozinho acesse sua criança interior.

Foram realizadas atividades com adultos nas Casas da Família do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos Fóruns Regionais de Santa Cruz, Leopoldina e Bangu, assim como nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania dos Fóruns Regionais de Jacarepaguá e de Nova Iguaçu. Nessas oportunidades foi possível identificar o impacto da reflexão sobre memórias e sonhos da época de criança no adulto que hoje desempenha a atividade de mediador, educador ou servidor público.

Criou-se, assim, um espaço de leveza para possibilitar que o adulto pudesse olhar para o passado e ressignificar aquilo que viveu ou compreender seus padrões comportamentais de hoje em perspectiva com a sua criança.

Assim, trazer o lúdico da ciranda, esse tipo de dança e música característica pela formação de uma grande roda, permite um momento de união, de brincadeira e de alegria. Tudo isso favorecendo uma conexão tão fundamental para transformação de conflitos.

Ademais, na nossa educação não é comum falarmos sobre as nossas emoções, afetos ou sentimentos, então esse livro chega com essa abertura para uma auto-observação.

Por exemplo, você saberia dizer como está se sentindo agora? Segue uma lista com vocabulário para apoiar você nessa missão: à vontade, alegre, alívio, angústia, animado(a), encantado(a), apatia, aversão, repulsa, ciúme, concentrado(a), confuso(a), culpa, curioso(a), empolgado(a), desapontamento, pesar, desprezo, nojo, dor, euforia, impotência, medo, preocupado(a), raiva, fúria sereno(a), sobrecarregado(a), solidão, tristeza, vergonha, vibrante.

6. CONCLUSÃO

Um conflito atinge a totalidade em nós, nossos sentimentos e pensamentos. Conflitos exigem de nós tudo o que temos para oferecer” (GALTUNG, 2006, p.13), então o uso e criação de materiais de apoio pelos mediadores repercute na qualidade do processo ao compreender o seu papel de dar o suporte necessário às pessoas nesse momento de crise.

A Comunicação Não-Violenta “[...] nos ajuda a nos ligarmos uns aos outros e a nós mesmos, possibilitando que nossa compaixão natural floresça” (ROSENBERG, 2011, p.32), abrindo espaço para os sentimentos e as necessidades nas interações humanas, tornando-as mais honestas e empáticas.

Vimos que o livro Ciranda do SER fortalece esse espaço de interação, tanto para com

a pessoa sua trajetória pessoal e respostas aos conflitos quanto no nível da interação com as pessoas, num processo que favorece a cultura da paz. Pode ser usado pelo mediador em contribuindo para a transformação dos conflitos a nível intrapessoal, interpessoal e sistêmico.

Primeiramente, entendendo seus próprios limites na atuação: como a questão toca o seu ser? Há aspectos sensíveis que precisam ser considerados para que não haja interferência das histórias pessoais?

Especialmente pode ser usando em diversos momentos do degrau da escalada do conflito as pessoas se encontram: 1º - endurecimento; 2º - debate e polêmica; 3º - ações em vez de palavras; 4º - imagens e coalizões; 5º - perder a cara; 6º - estratégia de ameaça, 7º - ataques limitados de destruição, 8º - desunião e 9º - juntos para o abismo.

Assumindo que cada estágio demanda uma forma de atuação diferente, na medida em que o grau de cooperação reduz a cada degrau, em contrapartida, a competição aumenta. Em cada estágio o enfoque da leitura pode ser dado de forma diferente. Sobretudo considerando que mediar estar imbuído do desejo de co-criar novas interação possíveis.

Na Mediação Transformativa, o mediador cuida para que sua atuação não introduza elementos artificiais na dinâmica de comunicação entre as pessoas em conflito, não estipula regras para o diálogo. Assim, os princípios da não diretividade e da autodeterminação das partes são resguardados durante todo o processo.

Há, nessa abordagem, uma conexão intensa entre o mediador e as partes. Nesse sentido, Daniel Goleman (2014) afirma que “uma relação empática exige atenção conjunta – foco mútuo”. Considerar essa perspectiva na mediação é trazer as partes para o momento presente, sem desconsiderar o que houve no passado, mas com olhar voltado para a reflexão sobre como estão agora e como desejam estar no futuro.

Essa visão é um convite ao diálogo e à aprendizagem por meio do compartilhamento de diferentes pontos de vista, considerando a mediação como um processo no qual as pessoas podem desenvolver suas habilidades e competências para apreciarem o melhor em si e do outro. Entende-se o diálogo na concepção de David Bohm, para quem “o diálogo é mais uma participação, na qual não jogamos uns contra os outros, mas com cada um deles”.

O mediador, portanto, é responsável por assegurar um ambiente seguro para a conversa, assim como por estabelecer confiança com os mediados para que eles possam falar sobre suas questões na profundidade e no tempo que desejarem.

Para tanto, o autodesenvolvimento é um caminho contínuo, não há destino certo, é no cotidiano que o ser humano se faz e refaz, aprendendo, amando, ressignificando, transformando. Ser mediador também é um eterno reinventar, cuidado das relações, das necessidades, dos valores e dos sentimentos das pessoas que estão em conflito.

Conforme expõem Goleman e Senge, é ter foco interno, no outro e também externo, ou seja, um triplo foco, considerando o seu ser, os outros seres e o sistema no qual todos estão inseridos. Esse olhar é mais amplo, pressupõe uma percepção da complexidade das

relações, investindo diariamente no processo pessoal de aperfeiçoamento da autoconsciência, da autogestão, da empatia e de habilidades sociais.

Assim, a elaboração de matérias pedagógicas e o compartilhamento de experiências permite que os profissionais estejam em considerando também o autocuidado e construindo sistemas de apoio. É um constante vir a ser mediador, ou quem sabe, mediar o amor.

REFERÊNCIAS

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. São Francisco: Jossey-Bay, 2005. p.13.

GALTUNG, Johan. **Transcender e transformar: uma mudança ao trabalho de conflitos**. São Paulo: Palas Athena, 2006. p.13.

GILBERT, Elizabeth. **Grande Magia: vida criativa sem medo**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015. p.15

GLASL, Friedrich. **Autoajuda em conflitos: uma metodologia para reconhecimento e soluções de conflitos em organizações**. São Paulo: Antroposófica: ADIGO, 2012. p.23.

GOLEMAN, Daniel. **Foco: atenção e seu papel fundamental para o sucesso**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos**. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 17.

OSTROWER, Fayga. **Criatividade e processo de criação**. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 28.

ROGERS, Carl. **Tornar-se pessoa**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violência: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006.

Recebido em: 27/11/2018

Aceito em: 02/12/2018

ARBITRAGEM NO DIREITO PÚBLICO: ANÁLISE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Arbitration in Public Law: an analysis on public private partnership

Júlia Rizzatti Tedesco

Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada.

Yuri Restano Machado

Professor de Direito Administrativo na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procurador do Banco Central.

Resumo

Visa o trabalho, por meio de uma avaliação doutrinária, jurisprudencial e histórico-legislativa, analisar a compatibilidade do emprego da arbitragem nos contratos de parceria público-privada no ordenamento jurídico pátrio. Primeiramente, os institutos serão analisados de forma separada, a fim de que a compreensão migre para o cerne do estudo: o emprego de um método extrajudicial de resolução de conflitos – arbitragem- em contratos envolvendo a Administração Pública. Nesta senda, a implantação do Novo Código de Processo Civil e as inserções introduzidas na Lei de Arbitragem atinentes a sua utilização pelo Poder Público vêm ganhando notoriedade nos meios acadêmicos, ensejando o presente estudo. Isso porque o tema torna-se controvertido, uma vez que lança mão de um método privado de resolução consensual para dirimir conflitos entre o Poder Público e o ente particular, retirando-se da jurisdição estatal o poder decisório.

Palavras-chave: Arbitragem. Parceria Público-Privada. Método Extrajudicial. Direito Público. Resolução de Conflitos.

Abstract

This work aims at analysing the compatibility of employing arbitration in public private partnership contracts in the Brazilian juridical order by means of a doctrinal, case-law and historic-legislative evaluation. Firstly, the institutions are going to be analysed separately, so that understanding be the focus of this study: the employment of an extrajudicial method of conflict resolution - arbitration - in contracts involving Public Administration. In this regard, the implementation of the New Civil Procedure Code and the inserts introduced by the Arbitration Law pertaining to its utilization by the Public Authority have been gaining notoriety in academia, giving rise to the present study. That is because the topic is controversial once it applies a private method of consensual resolution to reduce conflicts between the Public Authority and the private entity, pulling out the decision-making responsibility from the state jurisdiction.

Keywords: Arbitration. Public Private Partnership. Extrajudicial Method. Public Law. Conflict Resolution.

Sumário

1. Introdução; 2. As Parcerias Público-Privadas; 3. A Arbitragem; 4. A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas; 4.1 As Correntes Acerca do Tema; 4.2 O Princípio da Legalidade; 4.3. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado; 4.4 O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e a Disponibilidade dos Direitos Patrimoniais; 4.5 O Princípio da Eficiência; 5. Conclusão; 6. Notas; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Consabido é que o Poder Judiciário vem, há diversos anos, passando por uma crise em suas atividades decorrentes da massa de ações e demandas litigiosas. A morosidade e a pouca efetividade no julgamento de processos tornam-se cada vez mais notórias, ensejando a criação de meios extrajudiciais para a solução de litígios. Dentre eles, destaca-se a arbitragem, instituída no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.307/96, que vem proporcionando a rápida e eficaz solução dos conflitos de interesses, especialmente àqueles relacionados a direitos patrimoniais disponíveis.

Paralelamente, ante a necessidade de melhoramentos na infraestrutura e nos serviços públicos do país, conjugada com a notória falta de recursos para realização de investimentos necessários, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei nº 11.079/04, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Frente à crise jurisdicional e como forma de incentivar o parceiro privado a investir nos setores públicos, oferecendo vantagens ao ente particular que o atraíam e demonstrem minimizar os riscos da execução contratual, foi previsto expressamente a possibilidade da cláusula contratual prevendo o emprego da arbitragem no artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/04.

Contudo, embora haja previsão legal para tanto, há uma série de apontamentos que são colocados à tona quando abordado o assunto, tornando o tema controverso. Dentre eles, questiona-se até que pontos e fundamentos a aplicação da arbitragem é possível sem ofender os preceitos de ordem constitucional que norteiam a Administração Pública. E, ainda, podendo a arbitragem ser utilizada somente por pessoas capazes de contratar para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis – artigo 1º da Lei 9.307/96 - questiona-se se o patrimônio público é um direito disponível passível de transação.

Visando suprir essas lacunas que vêm sendo encontradas e, muitas vezes, levadas ao judiciário para solução, aprovou-se recentemente a Lei nº 13.129/15, responsável por diversas modificações na Lei de Arbitragem, especialmente no que toca às questões em que a Administração Pública participa. Nesta mesma conjuntura, a remodelação do Código de Processo Civil, com a Lei 13.105/15, legitimou a utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Assim, em que pese a atualização constante da legislação e a tendência de aceitação do meio arbitral em casos envolvendo a administração pública, especialmente em contratos de parceria-público privadas, ainda existem controvérsias a serem solvidas, ante ao conflito aparente entre as normas envolvidas na lide.

Em face de tais problemáticas desenvolveu-se o presente trabalho que tem como tema atinente a aplicabilidade do instituto da arbitragem pela Administração Pública nos contratos de parceria público-privada, em consonância com os princípios e valores presentes na Constituição Federal, leis esparsas e no próprio ordenamento jurídico brasileiro frente à Reforma do Aparelhamento Administrativo.

2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias público-privadas foram inspiradas na *Private Finance Initiative* – PFI, modelo inglês que instituiu uma forma especial de concessão, onde além do emprego habitual do serviço concessivo, aqueles usufruídos mediante taxas, nesse sistema também há a participação da iniciativa privada para a construção e gestão concessionada de serviços públicos não onerosos, tais como ensino e saúde. O responsável por remunerar tais serviços é o próprio Poder Público e não quem se utiliza desse serviço, como ocorre nas concessões¹ normais. (OLIVEIRA, 2009, p. 918).

Diante das grandes mudanças econômicas ocorridas nas décadas de oitenta e noventa, principalmente com a implementação do Plano Real, as desestatizações, as privatizações e ante a necessidade de melhoramento, conjugada com a notória falta de recursos públicos para a realização dos investimentos essenciais, o modelo inglês mostrou-se uma grande alternativa ao Estado brasileiro para a resolução dos impasses.

Essa conjuntura ensejou a adoção das parcerias público-privadas no ordenamento jurídico, tornando-se oportuna tanto para o Estado, que precisava crescer e investir, contudo não possuía verba suficiente para isso, quanto para a iniciativa privada, que experimentava uma de suas maiores ascensões. Assim, estados e municípios passaram a elaborar suas próprias legislações sobre o assunto e, em 30 de dezembro de 2004, aprovou-se a Lei nº 11.079, diploma este que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. (ARAGÃO, 2009, p. 321).

Sobre o conceito de parceria público-privada², o autor para José Eduardo de Alvarenga assim se manifesta:

Por definição, na parceria público-privada (PPP), compete ao parceiro privado levantar recursos necessários aos investimentos iniciais no projeto, como a construção de infraestrutura exigida para a prestação dos serviços contratados e as despesas pré-operacionais em geral. Ao Estado, cabe pagar pelos referidos serviços conforme o desempenho do parceiro privado ao longo da vigência do contrato de PPP, que no Brasil pode chegar a 35 anos (o mínimo possível é 5 anos). (ALVARENGA, 2005).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro já entende que:

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público. (DI PIETRO, 2011, p. 146).

Analisando os conceitos trazidos acima, percebe-se que foram extraídos por seus respectivos autores da definição eleita pelo legislador para classificar as parcerias público-privadas. Portanto, a Lei nº 11.079/04 é o guia normativo deste instituto, que se iniciou com o Projeto de Lei nº 2.546/03. Dentre as justificativas acostadas à mensagem que acompanhou o Projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional refere-se que:

Tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de

recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado. No caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado. (CONGRESSO NACIONAL, 2003).

A Lei das Parcerias Público-Privadas é resultado de uma busca por um instrumento jurídico-contratual que, mitigando os riscos do investidor, flexibilize o *iusimperii* da Administração Pública como parte no contrato, prevendo vantagens ao particular, como, dentre outras, a prestação de garantias pelo Poder Público, o maior equilíbrio entre as partes na negociação do contrato, bem como a solução de conflitos por meios alternativos de solução de controvérsia. (OLIVEIRA, 2012, p. 28).

Além da necessidade de realização de obras de infraestrutura, para as quais o governo não possuía recursos suficientes, a nova lei visou se adequar à Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, delegando à iniciativa privada grande parte das funções administrativas. (DI PIETRO, 2011, p. 146).

As parcerias público-privadas encaixam-se nessa nova fase de contratualização administrativa em que privilegia-se sobremaneira a cultura do diálogo entre o parceiro público e o privado, (ii) confere-se maior atenção às negociações preliminares ao ajuste (que devem ser transparentes), (iii) abrem-se espaços para trocas e concessões mútuas entre os parceiros, visando um balanceamento dos interesses envolvidos, (iv) diminui-se a imposição lateral de cláusulas por parte da Administração, com o proporcional aumento da interação entre os parceiros para o delineamento e fixação das cláusulas que integrarão o contrato e (v) institui-se uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e ao parceiro privado, inclusive com a atribuição de garantias a esse último, tidas como não usuais nos contratos tradicionais firmados pela Administração. (OLIVEIRA, 2005, p.5).

Em consonância com a tendência de aproximar o ente particular do Poder Público através de instrumentos mais paritários e trazendo este ponto como foco do trabalho, a Lei nº 11.079/04 inovou ao prever, no artigo 11, inciso III, o emprego de mecanismos alternativos de resolução de disputas, dentre elas a arbitragem, *in verbis*:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Sobre esse assunto, pode-se dizer que a inclusão de meios extrajudiciais para solução de litígios tornou a utilização da parceria público-privada extremamente atrativa para ambas as partes, especialmente tendo em vista que a arbitragem tem se mostrado um instrumento eficaz para realizar a rápida solução dos conflitos, dando maior celeridade à execução das obras necessárias.

A Lei nº 11.079/04, entretanto, não prevê a cláusula arbitral como necessária no contrato: a Administração Pública poderá incluir no edital previsão a respeito, ou não. A predefinição da via arbitral pode servir para incentivar propostas no processo licitatório, fun-

cionando como fator positivo na avaliação de riscos feita pelos potenciais interessados na contratação. (TALAMINI, 2005, p. 351). “Entretanto, se a arbitragem não for prevista no edital (e consequentemente também não no contrato), ainda assim será possível que, ao surgir um conflito arbitrável, as partes, de comum acordo, estabeleçam um compromisso arbitral”, refere Eduardo Talamini. (TALAMINI, 2005, p. 351).

Assim, embora relativamente nova, a Lei das Parcerias Público-Privadas destacou-se ao aceitar o emprego da arbitragem para resolução de conflitos, surtindo efeitos tanto em leis posteriores como em leis anteriores, que sofreram modificações por conta disso, como é de ver-se: originariamente, o Decreto-Lei nº 2.300/86, que precedeu a lei geral sobre licitações e contratos administrativos – Lei nº 8.666/93-, continha disposição expressa do emprego da arbitragem quando da celebração de contratos em que a União Federal ou suas autarquias domiciliadas no estrangeiro figurassem como parte.

Da análise constata-se que não se trata propriamente de um novo instituto, mas sim um conjunto de regras e institutos já conhecidos que, uma vez conjugados e acrescidos, originam um novo regime de atuação conjunta entre o Estado e os agentes privados, assumindo crescente importância no rol de meios de solução de litígios. (TALAMINI, 2005, P. 334).

À vista disso, a expressa referência legal à arbitragem encaixa-se totalmente no contexto dos novos rumos do contratualismo administrativo brasileiro, que preceitua a maior paridade nas relações contratuais e a busca de soluções mais rápidas e adequadas aos litígios.

De qualquer forma, mister salientar que, embora a Lei nº 11.079/04 tenha englobado diversos preceitos modernos e do direito privado e tenha trazido diversas inovações, o contrato de parceria público-privada continua sendo de natureza pública, devendo ser precedido de licitação e estando sujeito aos controles da Administração.

3. A ARBITRAGEM

Historicamente verifica-se o uso da arbitragem principalmente nas relações de comércio, visando solver conflitos entre os comerciantes, tal como a previsão legal de arbitramento obrigatório no Código Comercial de 1850 que, por conter caráter compulsório, fora revogada.

Atualmente, o regramento atual do instituto é trazido pela Lei nº 9.307/96, diploma este que alterou profundamente a arbitragem no Brasil, conferindo, segundo Francisco José Cahali rapidez, eficiência e eficácia ao método. (CAHALI, 2011, p. 79).

A análise do autor sobre a lei é no sentido de que:

A Lei 9.307, de 23/09/1996, sistematizou a arbitragem no Brasil ao transitar entre o direito material e o direito processual relativos ao instituto. Com sete capítulos e 44 artigos, normaliza as relações jurídicas possíveis de se submeter à arbitragem, especifica regras gerais de procedimento, trata, dentre outros, dos requisitos, forma, conteúdo e efeitos da convenção de sentença, das atribuições e atuação do árbitro, das causas de invalidação da sentença, e homologação de sentença estrangeira. (CAHALI, 2011, p. 78).

O doutrinador conclui que a Lei da Arbitragem concretizou a “liberdade das partes em buscar a tutela para seus conflitos fora da jurisdição estatal, rompendo com o monopólio do

Estado para dirimir controvérsias ao admitir “jurisdição privada” com total independência e eficácia.” (CAHALI, 2011, p. 79).

Já hodiernamente, a arbitragem tornou-se o meio pelo qual o Estado, em vez de intervir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, seguindo determinado procedimento e mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial. (MORAIS, 2012).

Assim, a arbitragem é:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seu poder de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. (CARMONA, 2004, p. 51).

José Eduardo Carreira Alvim, por sua vez, conceitua arbitragem como:

A instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicadas ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o “julgamento” de um litígio por “sentença”. (ALVIM, 2000, p. 14).

Verifica-se, que com a adoção desse meio, os titulares de interesses em conflito, por ato voluntário, nomeiam um terceiro para solucionar a lide. Além disso, uma das características que se destaca nesse instituto é a capacidade de permitir a composição da lide, o que o exercício da função jurisdicional raramente é capaz de alcançar quando o mesmo caso é levado ao judiciário. (CÂMARA, 2009, p. 8).

Na arbitragem, o acesso à Justiça pode ser, inclusive, mais efetivo. Calcada em pressupostos de celeridade, flexibilidade, tecnicidade e informalidade, esta poderá ser uma forma mais adequada de atingir o mesmo fim buscado ao socorrer-se ao Poder Judiciário, qual seja, a concretização da justiça. Isso porque, a depender da matéria e da natureza do contrato, bem como dos resultados que com ele se pretende alcançar, é possível que a jurisdição estatal não ofereça a resposta adequada à demanda. É esse juízo de adequação que se justifica, a opção da Administração Pública pela arbitragem. (OLIVEIRA, 2012, P.59).

Em 27 de maio de 2015 o então vice-presidente da República, no exercício do cargo de presidente, Michel Temer, sancionou com alguns vetos – referente ao uso da arbitragem nos contratos de adesão, relação de consumo e em questões trabalhistas- a Lei nº 13.129/15 que reformulou a Lei de Arbitragem em alguns pontos e entrou em vigor em 26/07/2015. Dentre as principais inovações que importam a esse artigo, a lei amplia o campo de atuação da arbitragem passando a aderir ao artigo 1o, §1o a utilização do instituto pela Administração Pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, assim dispondo:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela

Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

A partir destas inclusões no artigo 1º da Lei nº 9.307/96, também foi necessária a inserção do §3º do artigo 2º, o qual dispõe que nos procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública, a arbitragem será sempre com base nas regras de direito e respeitará o princípio da publicidade, tendo em vista que a Administração Pública já está sujeita a este princípio, bem como ao princípio da legalidade. (CANTÃO, 2015). Desse modo, excluiu-se a arbitragem por equidade quando da participação do ente público na relação, uma vez que, de acordo com o artigo 37 da Constituição Federal, a Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade.

Para o professor Gustavo Justino de Oliveira, as alterações aprovadas na lei são oportunas à situação atual do país, especialmente tendo em vista a vasta quantidade de projetos de infraestrutura e investimento estrangeiro. Também cita a previsão de cláusula arbitral em contratos da Administração Pública se coloca como garantia à proteção dos interesses do investidor, principalmente o estrangeiro, na medida em que inviabiliza ou a menos evita que se profiram decisões tendentes a privilegiar as partes locais. (OLIVEIRA, 2014).

No cenário internacional, as alterações trazidas pela Lei nº 13.129/15 foram aclaradas como uma adequação àquilo que estava sendo aceito pelas cortes nacionais, como é o caso do uso da arbitragem nos contratos que versam sobre direitos disponíveis em que a Administração Pública figura como parte, uma vez que embora ainda não houvesse previsão legal, o Supremo Tribunal Federal já havia analisado e permitindo seu uso. Os internacionalistas destacam, ainda, que apesar dos vetos apresentados serem sobre matérias significativas e que provavelmente ainda entrarão em discussão posterior, ter regulamentado outros aspectos concederá ainda mais força ao uso do instituto no país. (TOMIMATSU, 2015).

A legislação também veio a calhar com as principais premissas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, que estimula os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, prevendo expressamente o emprego da arbitragem, ao estabelecer que “ Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. É permitida a arbitragem, na forma da lei.”

O artigo 8º do Código também traz expressamente o Princípio da Eficiência das decisões, o que vai de encontro a previsão de solução arbitral. Ambas inserem-se nestes novos ramos do direito pátrio como um todo, e não somente no ramo do Direito Público. A regra reitera o princípio constitucional da inafastabilidade do direito e confere à sentença arbitral a mesma eficácia da sentença judicial. Em outras palavras, não é mais necessário que se recorra ao Poder Judiciário para que se obtenha uma decisão sentencial válida e eficaz.

Assim, mais uma vez os institutos encontram-se em sintonia pela busca da celeridade, efetividade e eficiência. No entanto, para que haja validade da sentença arbitral nas controvérsias envolvendo contratos de parceria público-privadas necessário que se observem algumas especificidades, como é o caso da arbitrabilidade.

Denomina-se arbitrabilidade o pressuposto fundamental para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem, conforme previsto no artigo 1º, nos seguintes termos:

“as pessoas com capacidade para contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (CAHALI, 2011, p. 91).

Tal condição enquadra a arbitrabilidade como objetiva – referente ao objeto sobre o qual litigiam as partes-, ou subjetiva – pertinente à capacidade contratual das partes. Nesse, identifica-se quem poderá figurar como parte em um processo arbitral com base na capacidade dos requerentes de firmarem um contrato, estando tal condição genericamente estabelecida pelo artigo 1º do Código Civil³. Não há nenhuma regra que exclua as pessoas jurídicas de direito público desse conceito, sendo facultada, por conseguinte, a participação do Poder Público, dado que este é capaz de contratar tendo em vista sua capacidade ficta de pessoa jurídica.

Eros Grau ainda enfatiza que: “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.” (GRAU, 2002, P.58). Diante desse conceito se introduz a condição objetiva da arbitrabilidade, que diz respeito às matérias que poderão ser submetidas à apreciação dos árbitros: aquelas que envolvem os direitos patrimoniais disponíveis.

“Os direitos patrimoniais são aqueles passíveis de valoração pecuniária ou dos quais é possível extrair-se utilidade econômica.” (KLEIN, 2007). Tais direitos consistem no conjunto de bens, direitos e obrigações, excluindo-se, por exemplo, direitos como os de personalidade, direitos familiares e políticos. Nesse viés, “o direito patrimonial é disponível quando puder ser alienado ou cedido pelo seu titular (que deve ser pessoa capaz), sem qualquer ressalva”, preleciona Leonardo de Faria Beraldo. (BERALDO, 2014, p.12).

É na seara da arbitrabilidade objetiva – da submissão ao árbitro apenas de matérias concernentes a direitos patrimoniais disponíveis – que surgem as discussões sobre a possibilidade de o Poder Público submeter as questões em que é litigante à arbitragem, visto que a discussão reside na premissa de que as matérias envolvendo os contratos administrativos não seriam arbitráveis em razão da indisponibilidade do interesse público. (OLIVEIRA, 2012, p. 93).

4. A ARBITRAGEM E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

4.1 AS CORRENTES ACERCA DO TEMA

Consoante já salientado, o Direito Administrativo brasileiro vem passando por substanciais mudanças estruturais e legais acompanhando a evolução do constitucionalismo face às novas realidades e exigências da sociedade. Segundo Norberto Bobbio, “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e garante, mais do que a de detentor do poder de império.” (BOBBIO, 1987, p. 26). Disso, infere-se que a Administração Pública também passa a ser mediadora, buscando a consensualidade nas relações em que é participante.

Tanto o contrato de parceria público-privada como a arbitragem se encontram no contexto das novas diretrizes da Administração Pública paritária. Contudo, mesmo havendo previsão legal para tanto, há uma série de apontamentos que são colocados à tona da

inclusão de cláusula arbitral nos contratos administrativos, em especial nas parcerias público-privadas, tornando o tema controverso.

Embora seja corrente minoritária e praticamente superada, alguns doutrinadores e Tribunais do país entendiam que a inclusão de cláusula arbitral nos contratos administrativos afronta os princípios maiores da Administração Pública – o da supremacia e o da indisponibilidade do interesse público. Nesse mesmo viés, aqueles que defendem o não uso da arbitragem também sustentam que os direitos que envolvem o Poder Público são indisponíveis, não se enquadrando, portanto, no quesito da arbitrabilidade objetiva prevista no artigo 1º da Lei de Arbitragem. (MASTROBUONO, 2014, p. 333).

Ao expor sobre as parcerias público-privadas, Celso Antônio Bandeira de Mello afirmou não ser aceitável que particulares e árbitros “possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis.” (MELLO, 2015).

Da consulta do Ministério das Minas e Energia sobre a utilização de arbitragem em contratos de fornecimento de materiais e de mão de obra da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco formulada ao Tribunal de Contas da União, tem-se o primeiro posicionamento da Corte sobre o assunto. Em decisão nº 286/93 o TCU manifestou-se contrário à utilização da arbitragem pelo Poder Público, sobre o argumento de que:

[...] o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros). (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 1993).

Deve-se ressaltar, no entanto, que à época da decisão não havia sequer lei que regulasse o uso da arbitragem no país, tampouco as demais leis associadas à Reforma do Estado, bem como esteve vigente até fevereiro de 2016 o Código de Processo Civil de 1973, que não previa tão abertamente a utilização de meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

No que concerne ao posicionamento jurisprudencial dessa Corte, mister salientar ainda que embora as decisões sejam predominantemente contrárias ao uso da arbitragem, por vezes, o Tribunal admite como válida a inserção da cláusula arbitral. Tal entendimento tem sido utilizado principalmente quando há previsão legal para a utilização da arbitragem, como no caso das parcerias público-privadas.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, embora não pactuantes da corrente minoritária, no artigo “O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos”, também elencam os seguintes argumentos supostamente contrários ao uso da arbitragem por entidades estatais: (i) a adoção do mecanismo de arbitragem seria uma espécie de transação a respeito do cumprimento da lei, porque ao aderir tal instituto a Administração estaria abrindo mão de parte de seus direitos ou da obediência à lei, sendo tal comportamento contrário ao princípio da legalidade estrita; (ii) “há objeções específicas que atingem a arbitragem que tome por objeto um determinado tema, como, por exemplo, a prestação de serviços públicos”, onde não está envolvida a disponibilidade de direito; (iii) a aplicação da arbitragem afastaria do judiciário a apreciação de matérias que por ele deveriam ser tratadas, bem

como a aplicação de diversos instrumentos processuais, como a ação civil pública (instrumento à disposição do Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos). (SUNFELD, 2008, p. 118-119).

No que tange ao primeiro argumento alusivo à transação opção pela via arbitral não significa a abdicação, transferência ou transação [...] Tampouco representa que a Administração estará abrindo mão de posição jurídica ou dispondo do interesse público. Trata-se apenas da submissão a uma via diversa do Poder Judiciário de um litígio que ostente as características da patrimonialidade e disponibilidade.⁴ (OSTERNACK, 2012, p. 57).

Nesse sentido, vale reportar-se às conceituações estabelecidas sobre a arbitragem, como sendo um meio extrajudicial da solução de litígios, que possui força de título executivo, e, ainda, a referência de que eventuais irregularidades tornarão a sentença arbitral nula, tal como preceituam os artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem.⁵ No subtópico seguinte apresenta-se um dos princípios vetores da Administração Pública, o princípio da legalidade, juntamente à análise da objeção citada.

4.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No item (i) também se aborda o aspecto da legalidade, que é expressamente previsto na Magna Carta no artigo 37 e considerado um dos princípios básicos da Administração Pública. A melhor definição é a da ideia que, “na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre de lei.” (DI PIETRO, 2011, p. 62). Assim, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autorize expressamente, não podendo decidir fazer ou não, simplesmente, porque a lei se omitiu. (SCHNEIDER 2010, p. 30).

No caso das parcerias público-privadas, enquadrados em contratos administrativos de concessão que visam a promoção de um serviço público, o uso da arbitragem não agride ao princípio da legalidade, pois, conforme exposto no presente trabalho, a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória no contrato está expressa no texto da Lei nº 11.079/04, não se fazendo necessário, por conseguinte, maior debate sobre o tema.

Tal discussão, contudo, era encontrada nas outras modalidades de contratos administrativos, que com as recentíssimas inserções na Lei de Arbitragem dada pela Lei nº 13.129/15, possibilitando o uso do instituto pela Administração Pública direta e indireta para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis, assim como já estava sendo aceito pelas principais Cortes do país, tal discussão mostra-se infundada, uma vez que ambas as modalidades passaram a possuir respaldo legal expresso.

Tampouco merece acolhido o segundo argumento (ii)⁶ que alude à prestação de serviços em alguns casos. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 612.439/RS, firmou posicionamento no sentido de que:

Quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem art. 1º da Lei nº 9.307/96 estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. (SUPERIOR TRIBUNAL

DE JUSTIÇA, 2005).

O contrato de parceria público-privada, que tem por sua natureza a prestação de serviços públicos e a Lei nº 8.987/95, que regula a concessão e permissão de serviços públicos, dispõem expressamente que o contrato celebrado sob a égide de tais diplomas pode socorrer-se do instituto da arbitragem, visto que tal instituto está expressamente previsto em ambas as legislações. Portanto, também não há de se falar em óbice ao uso da arbitragem na prestação de serviços públicos, uma vez que há disposição legal para tanto. (COPOLA, 2015, p. 262).

Por fim, vale gizar que os contratos de parcerias público-privada e a sua legalidade estão ainda sujeitos ao controle interno e externo da Administração Pública, sendo responsável por tal atuação tanto o Tribunal de Contas, quanto o Ministério Público, que atua como fiscal da lei. Portanto, tal argumento final também se contrapõe à objeção (iii)⁷ elencada como contrária ao uso da arbitragem.

Um grande precedente histórico favorável à arbitragem, referido como *leading case*, foi o “Caso Lage”, decidido em 1973. O julgamento consistiu na submissão da União à arbitragem em suas relações privadas, sendo reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal o juízo arbitral, até mesmo nas causas envolvendo a Fazenda Pública. Embora o objeto central do *leading case* não abrangesse o contrato administrativo, o ilustríssimo autor Carlos Alberto Carmona avalia que a histórica decisão tomada pelo Poder Judiciário de submeter a União a juízo arbitral assentou-se em dois pontos: primeiro, na “tradição, eis que a arbitragem sempre teria sido admitida em nosso ordenamento mesmo nas causas que envolvem a Fazenda;” depois, “na autonomia contratual do Estado, que só poderia ser negada se este agisse como Poder Público,” hipótese em que não haveria margem para a disponibilidade do direito. (CARMONA, 2004, p.45).

O Superior Tribunal de Justiça – STJ -, também se manifestou sobre o assunto utilizando-se, inclusive, dos argumentos empregados pelo próprio Supremo Tribunal Federal. No entanto, no Mandado de Segurança nº 11.308 (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008), fundado no artigo “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, de autoria do Ministro Eros Grau (GRAU, 2002, P. 398-399), que o Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento favorável ao uso da arbitragem nos contratos administrativos, desde que preenchidos adequadamente os requisitos legais necessários.

Com relação aos julgados acima analisados, faz-se a ressalva de que, embora o objeto do presente trabalho diga respeito à arbitragem especificamente nos contratos de parceria público-privada, é de se ver que muitas das decisões trouxeram a análise no âmbito dos contratos administrativos em geral. Isso porque o tema das parcerias público-privada no ordenamento jurídico é relativamente novo, posto que a lei que regula tal figura contratual é de 2011.

Assim, é de ver-se que as objeções atinentes a utilização da arbitragem pelo poder público vem sendo combatidas e legalizadas, a fim de que seja viável a utilização do método na resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. Todavia, ainda pendem de

análise pormenorizada algumas objeções, tais quais as que seguem analisadas.

4.3 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

É costumeiro afirmar que o Direito Administrativo se fundamenta nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. (JUSTEN, 2005, p.35). Afirma Marçal Justen Filho. A história brasileira evidencia que tais princípios têm sido invocados, com frequência, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática.

Como já visto, a disponibilidade é um dos critérios da arbitrabilidade objetiva estabelecido pela Lei de Arbitragem; para afastar esse instrumento de solução de controvérsia envolvendo o Poder Público, utiliza-se o argumento de que o interesse público é indisponível, não podendo, portanto, se submeter à via arbitral.

A corrente majoritária, no entanto, defende a utilização do uso da arbitragem nos contratos administrativos, especialmente nos que tratam sobre parceria público-privada, conforme os motivos que abaixo serão expostos.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um dos principais pilares do Direito Administrativo tradicional, embora sequer haja previsão constitucional expressa. Tal princípio legitima o interesse do Estado, da coletividade, devendo prevalecer em detrimento do particular.

A supremacia do interesse público se caracteriza pela relação de preponderância ou superioridade do interesse público sobre o particular, pois, o fim do Estado, gestor do interesse público, é a satisfação do bem estar comum como expressão do interesse geral da coletividade. (DI PIETRO, 2014, p. 507). Entretanto, as correntes mais modernas do Direito Administrativo já admitem e buscam maior paridade nas relações contratuais entre o ente público e o ente privado, admitindo a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade.

Paralelo a essa reforma, com a efetivação dos direitos fundamentais trazida pela Constituição Federal de 1988, tanto o princípio da supremacia, como o da indisponibilidade do interesse público vêm passando por adequações e adquirindo novos entendimentos, não sendo conceitos absolutos e imutáveis. (DI PIETRO, 2014, p. 509).

Acerca da interferência do Estado no interesse público, a doutrina administrativista brasileira adota a corrente italiana acerca do tema, que subdividiu o interesse público em primário e secundário. Tal classificação também se faz necessária para demonstrar em que eixos a arbitragem pode incidir nos contratos administrativos, em especial no de parceria público-privada.

Entende-se por interesse público primário aquele em que o Estado atua como garantidor de atividades-fim, satisfazendo os interesses e necessidades da sociedade, tais como saúde, educação e bem estar. Esses interesses não são passíveis de transigência pelo Poder Público, sendo supremos e indisponíveis. Nesses casos não se admite o uso da arbitragem para dirimir os conflitos, sendo somente possível a utilização das vias judiciais.

(SANTOS, 2012, p. 151-152).

Alexandre Mazza aduz que só existe a supremacia do interesse público primário sobre o interesse privado. “O interesse patrimonial do Estado como pessoa jurídica, conhecido como interesse público secundário não tem supremacia sobre o interesse particular.” (MAZZA, 2011, p. 72). Portanto, ao se falar em interesse público, está se tratando diretamente do interesse público primário, uma vez que esses são os direitos indisponíveis do Estado.

É, contudo, na seara dos interesses públicos secundários que se insere o conceito de interesse público disponível. Nesse segmento, o Poder Público atua na qualidade de órgão executor, no desempenho das funções de administração e gestão, buscando um objeto social.

Inserem-se na corrente secundária os direitos patrimoniais disponíveis, os quais se tratam no artigo 1º da Lei de Arbitragem. Trata-se de direitos de origem econômica ou financeira, que surgem para a satisfação dos direitos primários, sendo transigíveis e negociáveis.

Os atos de disposição patrimoniais são possíveis, portanto, quando o interesse secundário estiver em jogo, já que ele não representa esfera de atuação no âmbito das atividades fim, mas no ato de gestão do administrador público. (OLIVEIRA, 2012, p.84).

Explanada a questão sobre supremacia do interesse definiu-se que esse somente possui incidência sobre o interesse público primário. Em se tratando a arbitragem de conflitos patrimoniais disponíveis, situados sobre a égide dos interesses públicos secundários, tal princípio administrativo não incide no caso concreto, não configurando, portanto, óbice às questões levantadas.

4.4 O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E A DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS PATRIMONIAIS

Outro supraprincípio da Administração Pública é da indisponibilidade do interesse público, que se define por “não poder ser objeto de disposição, devendo o Poder Público velar pela sua proteção e promoção.” (SCHNEIDER, 2010, p. 29).

De início, retoma-se que a principal dúvida que se põe acerca do cabimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública vincula-se à exigência de disponibilidade dos direitos envolvidos no conflito e a referência de que é indisponível o interesse público, não podendo, portanto, ser submetido à arbitragem.

Sobre o assunto, Eros Grau refere que “a doutrina tem tropeçado em injustificada confusão entre indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais.” O autor ainda salienta que “indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração.” (GRAU, 2002, p. 56).

Carlos Alberto Carmona também sintetiza a solução do impasse referindo não se pode “confundir disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.” Explica o processualista, que os administrativistas fazem uma dicotomia entre o interesse público e o interesse da Administração Pública ou da Fazenda Pública. No ponto, o interesse público está na correta aplicação da lei, de modo

que, muitas vezes, para atender o interesse público, é preciso julgar contra a Administração. Assim, supondo-se que a Administração busca sempre a concretização da justiça, em havendo dissenso em contratos de que participe, a controvérsia deve ser resolvida pela via mais rápida, mais técnica e menos onerosa, de maneira a melhor atender o interesse público. Nesse ponto, a arbitragem é totalmente cabível. (CARMONA, 2004, p. 45).

Quanto à patrimonialidade a que alude o artigo 1º da Lei de Arbitragem, ainda, Paulo Osternack Amaral adverte que “não há uma correlação necessária entre disponibilidade e patrimonialidade do bem.” Dessa forma, “não serão todos os bens patrimoniais do Estado que darão ensejo a direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, de serem submetidos à arbitragem” Para que sejam passíveis de arbitramento “é indispensável lei específica que promova a sua desvinculação à satisfação de uma necessidade coletiva” lembra o autor. Com isso, “tais bens serão passíveis de serem alienados, na medida em que passarão a integrar a esfera de disponibilidade da Administração”. (AMARAL, 2012, p. 72).

Eros Grau enfatiza que a Administração pratica atos da mais variada ordem, podendo dispor de determinados direitos patrimoniais para realização do interesse público. (GRAU, 2002).

Em entendimento mais atual, ao analisar os conceitos de interesse público e indisponibilidade, Carlos Alberto de Salles, preleciona que o segundo conceito representa apenas a “vinculação das ações administrativas aos interesses maiores do Estado, significando obrigatoriedade desses prevalecerem sobre aqueles dos agentes públicos e dos particulares.” Para o autor tal “tema não se trata de uma questão de indisponibilidade, mas de compulsoriedade e inafastabilidade do vínculo de interesse.” (SALLES, 2011, p. 293).

Dessa forma, resta demonstrado que o procedimento da arbitragem não implica em disposição de direitos e interesses. Ao contrário, o uso da arbitragem é recomendável aos agentes da Administração, posto que privilegia o interesse público, através da rápida solução do litígio, abrangendo-se, por vezes, um nível de tecnicidade maior no julgamento da questão.

Assim, embora a princípio os conceitos se confundam, constata-se que após melhor análise, não constituem óbice a tal uso, pois preenchem os requisitos da arbitrabilidade objetiva sem afrontar os supraprincípios do Direito Administrativo.

4.5 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Muito possivelmente esse princípio constitucional seja o que mais se adequa ao estudo de caso, posto que é conhecido como “um dos pilares da Reforma Administrativa que procurou implementar o modelo de Administração Pública gerencial.” (MAZZA, 2011, p. 95). São valores encarecidos pelo próprio princípio da eficiência: a economicidade, a redução de desperdício, a qualidade, a rapidez, a produtividade e o rendimento funcional.

Nas palavras de Beatriz Lancia Noronha de Oliveira:

O princípio da eficiência determina que a ação pública se oriente para o efetivo cumprimento das missões do Estado, as quais devem ser atingidas por meio de instrumentos que garantam a presteza, agilidade e economicidade da ação pública, com o máximo aproveitamento dos recursos disponíveis. (OLIVEIRA,

2012, P. 72-73).

As características atribuídas ao princípio são as mesmas elencadas por Carlos Alberto Salles como aspectos positivos instituídos pela arbitragem. Para o autor, fazem parte das vantagens da arbitragem: “a celeridade, a confidencialidade, a especialização no tema a se decidir, a economia dos recursos, o menor grau de enfrentamento entre as partes, a flexibilidade, a maior participação das partes e a maior proximidade delas com o árbitro”. (SALLES, 2011, p. 29).

Nesse mesmo entendimento, Leonardo de Faria Beraldo reputa ser salutar o uso da arbitragem nos conflitos nos quais o Estado seja parte, de modo a se prestigiar o princípio da eficiência da Administração Pública, desde que o objeto do litígio seja disponível. (BERALDO, 2014, p. 108).

E, consoante já salientado, este princípio também foi homenageado no Novo Código de Processo Civil, restando expressamente previsto no artigo 8º:

Art. 8o Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A ressalva a ser feita sobre a arbitragem, no entanto, é que por vezes a escolha tende a ter custo monetário mais elevado do que o procedimento judicial. Assim, o princípio da economicidade – previsto no artigo 70 da Constituição – deve ser considerado quando da escolha arbitral, não se sobrepondo, entretanto, aos demais valores elencados.

Ao combinar os conceitos de arbitragem e do princípio da eficiência, portanto, é de se ver que ambos possuem vários pontos congruentes, que também vão ao encontro dos demais preceitos da Reforma Administrativa e ao novo Direito Administrativo em que se encontra inserido o contrato de parceria público-privada.

Da aplicação de todos os princípios e regramentos expostos, justifica-se a submissão do Poder Público à arbitragem e a sua finalidade maior, que ao se chegar a uma sentença arbitral válida para poder ser cumprida, efetivam-se as medidas decididas. Com o cumprimento da sentença arbitral, portanto, conclui-se o ciclo da arbitragem e tem-se por encerrado o procedimento de resolução do conflito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Administrativo vem se deparando, nas últimas décadas, com importantes transformações no modo de agir do Estado, decorrentes das mudanças sofridas no cenário econômico e político global, chegando à intitulada Reforma do Aparelhamento do Estado. Nesse contexto, estão inseridas as novas diretrizes do contratualismo administrativo, que priorizam a paridade entre os contratantes e valorizam a participação de entes privados e públicos para a realização dos implementos necessários pelo Estado na sociedade.

A Lei das Parcerias Público-Privadas foi nesse contexto criada, homenageando a agilidade e efetividade dos mecanismos destinados a equacionar eventuais controvérsias surgidas na execução dos contratos, sob pena de comprometer a segurança do empreendedor privado, ante a perspectiva de um processo judicial de muitos anos de duração.

A recente alteração na Lei de Arbitragem vislumbrou clarear alguns aspectos contrários sobre a arbitragem nos contratos administrativos, dado que passou a prever legalmente a submissão desses contratos à via arbitral e estipulou que serão regrados à luz do princípio da publicidade.

Igualmente, as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil prestigiam e autorizam a realização de jurisdição por meios extrajudiciais, estando neste contexto inserida a via arbitral.

Sobre o assunto, da análise aprofundada para dirimir a controvérsia do trabalho, restou demonstrado que a utilização do meio extrajudicial para solucionar conflitos de natureza patrimonial disponível não afronta os supraprincípios do Direito Administrativo, quais sejam, o da supremacia e o da indisponibilidade do interesse público.

Igualmente, da análise jurisprudencial nota-se que majoritário é o entendimento no sentido de ser cabível a adoção da arbitragem para a resolução de conflitos, desde que preenchidos os requisitos legais. Estes são os posicionamentos defendidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o princípio caracterizador e símbolo das novas diretrizes administrativas: o da eficiência, extrai-se que esse está totalmente relacionado ao contexto das parcerias público-privadas e da arbitragem, com os novos rumos administrativos e em estrita consonância com os novos preceitos insculpidos no Código de Processo Civil.

Dessa forma, sob a micro e microanálise dos institutos, foi possível vislumbrar que a pactuação de compromisso arbitral não afronta os princípios administrativos, sendo notório que tanto o legislador brasileiro, através das próprias mudanças introduzidas na Lei de Arbitragem, quanto os doutrinadores e a jurisprudência pátria, aceitam majoritariamente o emprego de tal instituto nas parcerias público-privadas.

6. NOTAS

1. As parcerias público-privadas, apesar de oriundas do contrato de concessão, apresentam características diferenciadas, principalmente no que toca à remuneração, podendo haver contraprestação total do parceiro público – concessão administrativa – ou parcial – concessão patrocinada. Além disso, diferentemente do que ocorre na concessão comum, nessa modalidade de parceria há a repartição objetiva dos riscos. Nesse sentido, o próprio artigo segundo da Lei das Parcerias Público-Privadas estabelece que essa nova forma de parceria é um contrato administrativo de concessão, podendo esse ser de modalidade patrocinada ou administrativa.

2. Para a doutrina, as parcerias público-privadas podem ser definidas em sentido amplo e estrito. Contudo, ao presente estudo somente importa a definição em seu sentido estrito, especialmente tendo em vista que a legislação vigente adota essa espécie apenas.

3. Também chamada de cláusula arbitral, trata-se de convenção escrita através da qual as partes estabelecem previamente no contrato que se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro também admite em seu artigo 853 que seja ajustada contratualmente a cláusula compromissória, para solver divergências mediante o juízo arbitral, na forma da lei especial, ou seja, no caso em tela, na forma da Lei de Arbitragem e na Lei das Parcerias Público-Privadas, que vem expressamente delegado no artigo 11, III, da segunda lei citada.

4. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial, conforme o artigo 9 da Lei de Arbitragem.

5. Art. 1o Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

6. (i) a adoção do mecanismo de arbitragem seria uma espécie de transação a respeito do cumprimento da lei, porque ao aderir tal instituto a Administração estaria abrindo mão de parte de seus direitos ou da obediência à lei, sendo tal comportamento contrário ao princípio da legalidade estrita;

7. Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, José Eduardo. Parceria público-privadas: breves comentários. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, mai./jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-2-maio-2005-jose%20alvarenga.pdf>.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum.

ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas – PPP no Direito Positivo Brasileiro. **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**. São Paulo, ano XIX, n. 4, p. 321, abr. 2009.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem nos termos Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 612.439/RS**, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Dj. 25/10/2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça; **Mandado de Segurança nº 11.308/DF**, Terceira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça; **Recurso Especial nº 904.813/PR**, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

BRASIL, Tribunal de Contas da União; **Decisão nº 286/93**, Plenário, Rel. Min. Homero Santos, Dj. 15/06/1993.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.546/2003**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003. Acesso em: 31 ago. 2015.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem Lei nº 9.307/96**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANTÃO, Fábio. **Alterações na Lei de Arbitragem – Lei nº. 13.129/2015**. Disponível em: <http://fcmilaw.com.br/alteracoes-na-lei-de-arbitragem-lei-n-13-1292015/>. Acesso em: 16 set. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

COPOLA, Gina. A arbitragem nos contratos administrativos. **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**, São Paulo, NDJ, n. 3, p. 259-266, mar. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS, Wallace Paiva. **Tratado de direito administrativo - Teoria geral e princípios do direito administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, V.1.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, v.3, n.2 p.49-59, jul/dez 2002.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**.

GRAU, Eros. Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, Revista dos Tribunais. V.5, p. 398-399, out/dez 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

KUKIELA, Marina. A confidencialidade em arbitragens envolvendo o Estado. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 2, n. 12, p. 119–127, set., 2014.

MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner; FRAGATA, Mariângela Sarrubbo (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: CEPGE/SP, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **As Parcerias Público-Privadas**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI20266.71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs.A>.

MORAIS, José Luiz Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à Jurisdição. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 93.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005, p.5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO-JUSTINO.pdf>.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem Público-Privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 44, jan/mar. 2015, p. 3.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Novos rumos da mediação e arbitragem na Administração Pública brasileira**. p. 2. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Media%C3%A7%C3%A3o-e-Arbitragem-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-Ago.2014.pdf>.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As parcerias público-privadas – PPPs na lei nº 11.079/04: pontos polêmicos. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 8, p. 918, ago. 2009.

SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues, CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem na Administração Pública**. Scientia Iuris, Londrina, v.16, n.1, jul. 2012.

SCHNEIDER, Yuri. **Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, São Paulo: Atlas, v.248, 2008

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOMIMATSU, Camila; ALVES, Mariana Cattel. **The Recent Amendments to the Brazilian Arbitration Act – One Step Back, Two Steps Forward?** Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/06/30/the-recent-amendments-to-the-brazilian-arbitration-act-one-step-back-two-steps-forward/>.

Recebido em: 20/11/2018

Aceito em: 05/12/2018

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS.

Arbitration and Public Administration: an analysis of the arbitrability of dispute involving Public Administration in the light of availability of the rights.

Rafael Maffini

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor Adjunto de Direito Administrativo e Notarial do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da UFRGS; Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS; Juiz Substituto do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, em vaga destinada a advogados para os biênios 2016/2018 e 2018/2020; Advogado em Porto Alegre; Sócio Diretor do escritório Rossi, Maffini, Milman & Grandó Advogados. E-mail: rafael.maffini@rmmgadogados.com.br.

Rodrigo de Jesus Cirne

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2017). Advogado em Porto Alegre; Sócio do escritório Rossi, Maffini, Milman & Grandó Advogados. E-mail: rodrigo.cirne@rmmgadogados.com.br.

Resumo

Este artigo tem por escopo examinar a disponibilidade dos direitos titularizados pela Administração Pública como requisito para o emprego da arbitragem como meio de resolução de conflitos. A partir da análise do desenvolvimento histórico dos diplomas legais que versaram sobre a matéria no Brasil, situa-se a problemática hoje enfrentada pelos operadores do direito, após as recentes alterações da Lei de Arbitragem. Com amparo na (i) dissociação entre indisponibilidade do interesse público e (in)disponibilidade dos direitos da Administração Pública e na (ii) concepção de que o princípio da legalidade é consequência (e não causa) da indisponibilidade do interesse público, conclui-se que as recentes alterações legislativas foram capazes de aumentar o rol de litígios da Administração que seriam arbitráveis. A identificação da arbitrabilidade dos litígios, dada a impossibilidade de concretização prévia, precisa e absoluta de conceitos jurídicos indeterminados, deverá ser feita caso a caso e dependerá das pretensões que serão veiculadas perante o juízo arbitral.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Disponibilidade. Arbitrabilidade. Interesse Público.

Abstract

This paper aims to examine the availability of the Public Administration's rights as a requirement for the use of arbitration as a means of conflict resolution. From an analysis of the historical development of the legal acts that dealt with this subject in Brazil, it's introduced the problem that today is faced by legal practitioners, following the recent changes in the Brazilian Arbitration Law. Underpinned with the (i) dissociation between the availability of the public interest and the (un)availability of Public Administration's rights and (ii) the idea that the principle of legality is a consequence (and not a cause) of the unavailability of the public interest, it's concluded that most recent legislative changes were capable of increasing the list of

litigations involving Public Administration that would be arbitrary. The identification of the arbitrability of dispute, due to the impossibility of a previous, accurate and complete concretization of an undefined legal concept, has to be done case by case and depends of the claims that are presented before the arbitral court.

Keywords: Arbitration. Public Administration. Availability. Arbitrability. Public Interest.

Sumário

1. A arbitragem e o seu desenvolvimento no contexto jurídico brasileiro; 2. A superação da equivocada compreensão do princípio da legalidade como causa da indisponibilidade do interesse público; 3. A não correspondência entre indisponibilidade do interesse público e indisponibilidade dos direitos da administração pública; 4. Critérios para identificação da disponibilidade do direito no caso concreto; 5. Síntese Conclusiva; 6. Notas; Referências

1. A ARBITRAGEM E O SEU DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

A arbitragem é um meio privado de solução de controvérsias, em que um terceiro, em razão de comum acordo entre as partes envolvidas, recebe poderes para proferir decisão – atualmente, dotada, em nosso ordenamento pátrio, da mesma eficácia de uma sentença judicial¹ e, assim, resolver a contenda.² Trata-se, nesse sentido, de um meio heterocompositivo, “alternativo à justiça estatal, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios”,³ o qual, no entanto, não se descuida do direito ao contraditório e à ampla defesa,⁴ constitucionalmente assegurado aos litigantes, qualquer que seja a natureza do processo a que se submetem.

O seu desenvolvimento no Brasil ganhou especial fôlego nas últimas décadas, fundado, essencialmente, em duas questões que, de certa forma, também guardam entre si relação de causa e consequência: (i) o relevante crescimento econômico do país, gerado por fatores relacionados aos mercados doméstico e internacional; e (ii) o assoberbamento do Poder Judiciário, que se vê diante de um crescimento considerável do número de processos em tramitação, os quais, não poucas vezes, são marcados por complexidade fática e jurídica.

Noutras palavras, o crescimento da arbitragem no país está associado ao reconhecimento da crise estrutural do Judiciário,⁵ o qual se mostra incapaz de atender aos anseios dos litigantes, seja pela morosidade na solução da controvérsia, seja pela incapacidade de promover a efetiva pacificação dos conflitos. Neste sentido, já se afirmou que “o problema não é mais acessar a justiça. O acesso atualmente possui vias e mais vias muito bem pavimentadas. O problema é justamente sair da justiça com decisões adequadas e em prazo razoável”.⁶

Não se pode ignorar, no entanto, que, ainda que seja recente o intenso crescimento da arbitragem, esta encontra suas raízes nos mais remotos tempos, não havendo, pois, como se falar em novidade quando de sua utilização. A inovação está, segundo Eugenia Marolla, “no contexto em que, atualmente, dá-se seu emprego e disseminação”,⁷ em especial pela atual concepção de que a prestação jurisdicional deve primar pela efetividade e pela informalidade, enquadrando-se naquilo que Mauro Cappelletti denomina de “terceira onda renovatória”.⁸

O instituto da arbitragem, a bem dizer, ressalvadas peculiaridades em sua concepção, já podia ter sua utilização identificada entre os hebreus na antiguidade, conforme concluiu

Jacob Dolinger.⁹ Também já aparecia, durante a Idade Antiga, na Grécia e em Roma.¹⁰

No contexto jurídico brasileiro, a primeira menção ao instituto de que se tem ciência aparece com “o advento da Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, que, em seu art. 160, estabelecia que nas causas cíveis e nas penais, civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes-árbitros e que suas sentenças serão executadas em recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”.¹¹

Alguns diplomas legais posteriores ao advento da Constituição de 1824 também trataram, em maior ou menor grau, sobre a arbitragem, como é o caso, por exemplo, do Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, que definia regras para a sua instituição.¹²

Em 1916, com a promulgação do Código Civil, foram fixados contornos jurídicos para o compromisso arbitral, que seria o “instrumento legal hábil a derogar a justiça estatal em benefício da jurisdição arbitral”.¹³ A Constituição Federal de 1934 também reafirmou a viabilidade da utilização da arbitragem em nosso contexto jurídico ao atribuir à União competência para legislar sobre o instituto no que toca a litígios de natureza comercial.

No entanto, o período de vigência da Carta Magna citada no parágrafo supra foi muito curto, em razão do cenário político brasileiro da época, que, em 1937, conduziu à ascensão de nova Constituição, conhecida pela alcunha de “Polaca”. O retrocesso nesse momento foi muito grande, tendo sido extintos os juízos arbitrais já constituídos para solucionar conflitos territoriais brasileiros, dos quais se apontam os instaurados entre os Estados para definir suas fronteiras.¹⁴

Apenas com a atual Constituição Federal, promulgada em 1988, é que a arbitragem voltou a ter maior espaço, em especial pela concepção de que deveriam ser estimuladas formas alternativas e pacíficas de resolução de conflitos, tendo sido dado destaque à seara trabalhista.¹⁵ No interregno havido até a promulgação da Constituição atualmente em vigor, adveio o Código de Processo Civil de 1973, que, de maneira muito superficial, tratou sobre o tema, restringindo-se, contudo, a reproduzir os dispositivos constantes do CPC de 1939.

Nesse cenário, brevemente delineado acima e a partir do qual se pôde notar um tratamento legislativo inadequado, a arbitragem permaneceu adormecida no Brasil. Conforme observa Rômulo Mariani, “somente em 1996, com a Lei n. 9.307, há um marco que verdadeiramente trouxe luz à matéria, dispondo de maneira clara e correta sobre a sua utilização em território brasileiro”.¹⁶ Ao se debruçar sobre a questão, o autor tece outras importantes considerações, a seguir transcritas, *in litteris*:

É possível dizer que a promulgação da lei possui muito do momento histórico pelo qual passava o Brasil: de país periférico, em meados de 1990, nosso país tomou medidas que o tornariam *player* internacionalmente reconhecido. Parte dessas medidas passava por uma sólida lei de arbitragem, que na visão dos investidores, principalmente externos, àquela altura já representava meio alternativo de solução de litígios que em muito supera a justiça estatal. Em outras palavras: segurança jurídica, pilar essencial ao recebimento do capital estrangeiro. Havia dúvidas sobre se o momento histórico pelo qual o Brasil passava em termos econômicos viria acompanhado da devida “evolução” por parte de nossos juristas. Era inegável a “pré-compreensão” até então arraigada em nossa cultura: o árbitro, antes de ser visto como um juiz estatal, padecia de certa desconfiança pela comunidade em geral. Essas as razões pelas quais antes da Lei n. 9.307/1996 havia claros obstáculos que, em verdade, buscavam “pro-

teger” as partes que faziam uso da arbitragem. Basicamente dois eram esses obstáculos: o legislador ignorava a cláusula compromissória, não reconhecendo a possibilidade de sua execução específica, e se fazia necessária a homologação judicial da sentença arbitral.¹⁷

De outro lado, aliada ao bom recebimento da Lei no Brasil,¹⁸ o reconhecimento da sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em 2001 foi o que permitiu a consolidação do instituto em nossa prática.¹⁹ Também não se pode olvidar, por fim, a ratificação, por meio do Decreto n° 4.311/2002, da Convenção de Nova Iorque de 1958, que estabeleceu premissas – muitas já incorporadas pela nova lei brasileira, diga-se de passagem – capazes de dar ainda mais solidez à arbitragem no país.²⁰

Coincidentemente ou não, no mesmo período em que a arbitragem firmava seu espaço na prática forense, “a Administração Pública passou por um amplo processo de reforma, marcado pela diminuição do intervencionismo direto na economia”.²¹ Com o intuito de superar o dilema de escolher entre déficit de infraestrutura ou fiscal, o Estado deixou de prestar diretamente certos serviços públicos e reduziu sua participação em atividades econômicas, transferindo parte de ambas tarefas para a iniciativa privada.²² Premido pela necessidade de fornecer melhores mecanismos de resolução dos potenciais conflitos que surgiriam em razão de tais mudanças, até mesmo para viabilizar os investimentos do setor privado, o legislador passou a introduzir em nosso ordenamento jurídicos leis que tratavam, ainda que superficialmente, sobre a possibilidade de instituição de arbitragens envolvendo o poder público.

O desenvolvimento histórico-legal da arbitragem envolvendo a Administração Pública pode ser dividida em dois momentos: aquele anterior à edição da Lei n° 13.129/2015 e aquele que lhe é posterior. Nesse sentido, a primeira lei que, em âmbito federal, fez referência expressa, ainda que indireta, à possibilidade de instauração de arbitragem entre a Administração Pública e particulares foi a Lei de Concessões (Lei n° 8.987/1995),²³ que, nos termos de seu art. 23, inc. XV, previa a cláusula relativa “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais” como sendo essencial ao contrato de concessão.²⁴

Frente a tais mudanças, a arbitragem ganhou relevância no direito administrativo brasileiro. Isso porque, se o intuito era atrair capital privado para a precária infraestrutura nacional, certamente seria um importante estímulo oferecer aos particulares uma alternativa mais célere do que aquela do Poder Judiciário para solução de eventuais controvérsias que surgissem.²⁵ A arbitragem foi, então, incluída em dois dos diplomas mais representativos de reforma do Estado Brasileiro: a Lei Geral das Telecomunicações (Lei n° 9.472/1997), que disciplinou a prestação de serviços de telecomunicações por particulares e, em seu art. 93, inc. X, admitiu a inclusão de cláusula prevendo “o foro e modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”; e a Lei de Política Energética Nacional (Lei n° 9.478/1997), que dispõe sobre a exploração e produção de óleo e gás e, em seu art. 43, inc. I, admitiu que os contratos de concessão prevejam “regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”.²⁶

Nesse mesmo diapasão, há inúmeros outros diplomas legais que admitiram expressamente a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. Dentre eles, podem ser citadas a Lei n° 10.233/2001, que implementou

uma reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre (arts. 35, inc. XVI, e 39, inc. XI); a Lei nº 10.438/2002, conhecida como Lei de Incentivo às Fontes Alternativa de Energia Elétrica e de Expansão da Oferta Emergencial (art. 4º, §5º, inc. V); a Lei nº 10.848/2004, que trata da comercialização de energia elétrica (art. 4º, §§ 5º e 6º); a Lei 11.079/2004, que cuida das Parcerias Público-Privadas nos âmbitos de todos os entes da Federação (art. 11, inc. III); a Lei nº 11.909/2009, que dispõe sobre atividades ligadas ao transporte de gás natural (arts. 21, inc. XI, 24, inc. III, 48 e 49); e a Lei nº 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários (art. 62, §1º).

Como se nota, variados os diplomas legais que, pouco a pouco, foram permitindo a introdução da arbitragem dentro do contexto do direito administrativo, sempre restritos, no entanto, a áreas bem específicas da atuação estatal. A grande inovação veio somente no ano de 2015, quando do advento da Lei nº 13.129/2015, que implementou mudanças na Lei de Arbitragem, como a inclusão dos §§ 1º e 2º no seu art. 1º.²⁷

O intuito do legislador, como parece cristalino, foi colocar fim às discussões de viés acadêmico sobre a arbitrabilidade subjetiva das entidades da Administração, direta ou indireta, decorrentes em especial da compreensão de que seria necessária uma lei prévia a autorizar o ente da Administração a figurar numa arbitragem. A discussão, diante dessa importante alteração, passou a ser relevante somente no que toca à arbitrabilidade objetiva. Como é consabido, a Lei de Arbitragem, no caput de seu artigo 1º, exige para que determinado litígio seja arbitrável que ele envolva direitos patrimoniais e disponíveis.

Houve uma verdadeira mudança de paradigma para o poder público no que toca ao emprego da arbitragem a partir da edição da Lei nº 13.129/2015. Isso porque esse diploma legal previu uma autorização geral para esse mecanismo de resolução de conflitos, não se restringindo a determinado setor regulado, a determinadas entidades administrativas (estatais, sociedade de economia mista, e etc.), a determinada espécie de contrato público (por exemplo, contratos de concessão), a determinada natureza contratual (como contratos de Direito Privado celebrados pela Administração Pública). Ademais, a autorização também não ficou restrita a controvérsias em que a relação mantida pela Administração com a parte adversa seja de natureza contratual, sendo viável afirmar a possibilidade de que demandas indenizatórias decorrentes de atos ilícitos.

De outro lado, não se pode esquecer também o advento do Novo Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015, o qual, em seu art. 1º, §3, reforça a concepção da arbitragem como uma forma adequada para a resolução de conflitos. Algumas questões que visam a facilitar a procedimentalização de determinados atos, como é o caso, por exemplo, da carta arbitral também foram instituídas. Ademais, com amparo no princípio do kompetenz-kompetenz,²⁸ seguiu sendo prestigiada a ideia de que compete ao próprio Tribunal Arbitral analisar se possui ou não competência para julgar a celeuma, o que, com algum temperamento, já vinha sendo respaldado em sede jurisprudencial.²⁹⁻³⁰

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias no âm-

bito de todos os entes da Federação. Em seu art. 12, Parágrafo Único, permitiu à sociedade de economia mista “solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social”. Na visão dos autores, como poderá se concluir ao final do artigo, tal possibilidade (conflitos de natureza societária envolvendo as sociedades de economia mista) já estaria abrangida pela autorização geral da Lei n° 13.129/2015.

No ano de 2017, adveio a Lei 13.448, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei no 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal. Este diploma, em seu art. 31, §4°, ³¹ da mesma forma que já fizera o Decreto 8.465/15, que regulamenta o art. 62, §1° da Lei do Setor Portuário (Lei n° 12.815/2013), ^{32,33} estabelece um rol de hipóteses em que se estaria diante de direitos patrimoniais disponíveis e, por consequência, arbitráveis. ³⁴ O intuito do legislador foi concretizar o conceito de direito patrimonial disponível, afastando potenciais discussões que militariam em desfavor do emprego da arbitragem. Ainda que dispensável, uma vez que a “disponibilidade” é um conceito lógico-jurídico – e, portanto, independente de prévia determinação legal do seu conteúdo normativo –, merecedora de elogios a postura do legislador, que tenta fortalecer a utilização de tal instituto, superando antigos (e ainda remanescentes) dogmas do direito administrativo.

Nesse contexto é que se insere a discussão sobre a arbitrabilidade dos litígios que tenham a Administração Pública como parte. Muito arraigada no direito administrativo, a ideia de indisponibilidade do interesse público, não poucas vezes, é confundida com o próprio conceito de direitos titularizados pela Administração Pública. Por consequência, parte-se da equivocada premissa de que sempre quando há atuação de quaisquer entes públicos o direito em questão será indisponível.

Contudo, tal entendimento não se coaduna com aquele esposado pela doutrina especializada, que bem distingue os institutos e, assim, permite que se faça uma análise mais adequada acerca da disponibilidade (ou não) de cada um dos direitos titularizados pela Administração. Até mesmo porque, se assim não fosse, inócuas teriam sido as alterações legislativas recentemente implementadas pelo Congresso Nacional, uma vez que, a despeito de cancelar o preenchimento dos requisitos subjetivos, ter-se-iam mantidos aqueles de viés objetivo.

O presente artigo se propõe, então, a analisar a arbitrabilidade de litígios da Administração Pública no que toca ao preenchimento do requisito da disponibilidade do direito. Debruçar-se-á sobre tal questão com a tarefa de propor mecanismos que auxiliem o operador do direito a identificar no caso concreto a (in)disponibilidade dos direitos titularizados pela Administração Pública.

2. A SUPERAÇÃO DA EQUIVOCADA COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO CAUSA DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Compreender o que distingue uma relação jurídica eminentemente privada daquela que se estabelece na seara administrativa é o primeiro passo para entender de que ma-

neira deve ser aferida a disponibilidade (ou não) dos direitos titularizados pela Administração Pública. Nesse sentido, sustentava Ruy Cirne Lima que a relação jurídica poderia ser concebida de maneira geral como “expressão de um poder do sujeito sobre um objeto do mundo exterior, seja, aquêle uma coisa existente per se, seja uma abstenção ou um fato, esperados de outro sujeito”.³⁵

Tal concepção, contudo, segundo o próprio jurista, não parecia antever a possibilidade de que o sujeito ativo estivesse vinculado a uma “finalidade cogente”. Essa seria uma limitação do seu poder, o qual, em razão da finalidade que deve orientar o seu respectivo exercício, passa a ser compreendido como um poder-dever (função). É dizer: o agente não mais tem a possibilidade de livremente determinar a sorte do objeto a ele submetido pela dependência decorrente da relação jurídica, devendo atender à finalidade defendida e protegida pela ordem jurídica. E tal relação jurídica, “que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente”, nada mais é que a chamada relação de administração.³⁶

A relação de administração se configura, então, em situações nas quais o sujeito ativo está agindo em favor do interesse alheio e, portanto, está sujeita à observância de determinadas diretrizes legal ou convencionalmente impostas. De outro lado, nas relações jurídicas de direito subjetivo, o interesse tutelado é o do próprio sujeito ativo, que age de acordo com suas livres convicções.

Insta advertir que a relação de administração não está circunscrita aos limites do direito administrativo, sendo identificável também no direito privado, como, por exemplo, nos contratos de mandato. No entanto, é apenas na seara administrativa que “a relação de administração adquire a plenitude de sua importância”.³⁷ Isso porque, não raras vezes, a relação de administração coexiste com um direito subjetivo, que recai sobre o mesmo objeto.³⁸ Enquanto prevalece o direito subjetivo no âmbito do direito privado, no direito administrativo é a relação de administração que se sobrepõe. Confira-se excerto da obra de Ruy Cirne Lima que bem sintetiza o exposto:

Diversamente, no Direito Administrativo, a relação de administração domina e paralisa a de direito subjetivo. Relação de administração, *exempli gratia*, é a que estabelece, segundo o Direito Administrativo, sobre os bens destinados ao uso público [...] A relação de administração paralisará, em qualquer caso, a relação de direito subjetivo. Daí que, em nosso direito antigo, pôsto se reconhecesse à cidade o poder de abrir via pública em solo público, não se lhe reconhecia, sem embargo, salvo permissão do Príncipe, a faculdade de reduzir, novamente, a via que abrisse, ao uso particular. Dir-se-á mais tarde que as coisas de uso público são inalienáveis. A inalienabilidade delas significará, porém, simplesmente que não é juridicamente possível distraí-las do uso público a que se encontram vinculadas, sem alteração da ordem jurídica, ou seja, sem lei que autorize a desvinculação.³⁹

Com efeito, o que se nota é que o direito subjetivo, no âmbito do Direito Administrativo, é sobrepulado pela relação de administração, tendo em vista a relevância do interesse público que justifica e orienta a sua atuação, fato que sugere a sua indisponibilidade. A indisponibilidade do interesse público, contudo, não quer ser algo absoluto, mas sim um óbice transponível por meio da “alteração da ordem jurídica”.⁴⁰ Esse é o elemento que deve balizar a aferição da disponibilidade (ou não) dos direitos titularizados pela Administração Pública.

Dessa forma, cabe ao legislador, ciente de que a lei é o instrumento de outorga de

poder, levar em conta a necessidade de concretizar o interesse público quando da edição de novas leis. Portanto, introduzida lei que não esteja eivada de quaisquer vícios capazes de obstaculizar a sua produção de feitos e que, expressamente, admita a prática de determinado ato jurídico (*lato sensu*) pela Administração, não há como lhe negar o exercício de tal poder ao se empregar a indisponibilidade do interesse público como verdadeira panaceia.

À luz das ponderações acima, alcança-se a conclusão de que a legalidade, na acepção de princípio estruturante do direito administrativo, é consequência da indisponibilidade do interesse público – e não o contrário. A partir da promulgação de lei que, inequivocamente, autoriza a Administração a agir de determinada forma, não há como cogitar impedi-la sob o fundamento de que os seus interesses são indisponíveis. Isso porque, gize-se, a indisponibilidade dos seus interesses já foi um dos filtros a orientar o legislador no curso do processo legiferante.

3. A NÃO CORRESPONDÊNCIA ENTRE INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A premissa estabelecida no tópico acima, aliadas às considerações tecidas a seguir, permitirá que se alcance a conclusão de que a indisponibilidade do interesse público não é um dos elementos que devem compor a análise da disponibilidade do direito no caso concreto. As questões relacionadas à indisponibilidade do interesse público já foram ponderadas pelo legislador quando optou por admitir a utilização da arbitragem para resolver conflitos que envolvam a Administração Pública. Ao ente público, por meio de juízo de oportunidade e conveniência, cabe tão somente escolher em quais casos será utilizada a arbitragem, desde que respeitados os requisitos objetivos instituídos pela Lei de Arbitragem.

Nessa esteira, o jurista Eros Grau sustenta não haver correlação entre a disponibilidade (ou indisponibilidade) de direitos patrimoniais e a indisponibilidade do interesse público. É o que se conclui a partir da leitura do excerto abaixo transcrito, *in litteris*:

[...] quando se afirma que a arbitragem se presta para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, isso não significa que não possa a Administração socorrer-se dessa via, visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-los em relação a outros deles [...].⁴¹

Com efeito, a indisponibilidade do interesse público não importa, necessariamente, a indisponibilidade de todo e qualquer direito titularizado pela Administração Pública. Afinal, inegável que a realização do interesse público (esse sim indisponível) pode demandar a práticas de atos que denotem disposição de direitos patrimoniais, “quando esta for a conduta que melhor realiza o interesse público”.⁴²

No mesmo sentido caminham os ensinamentos de Marçal Justen Filho, que critica a posição defendida por parte da doutrina, no sentido de que a arbitragem não poderia ser utilizada pela Administração em razão da indisponibilidade do interesse público. E aponta, para tanto, uma notável contradição: “se a Administração Pública não dispõe de competência para

criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não é investida no poder de criar qualquer obrigação vinculante por meio consensual. Admitir a procedência do argumento levaria à negação da existência dos contratos administrativos”.⁴³

O poder dos entes públicos de criarem obrigações aptas a vinculá-los também deve abranger a possibilidade de disposição sobre o modo pelos quais eventuais litígios deverão ser solucionados. Dentro de tal lógica, que se mostra bastante coerente, a arbitragem seria uma manifestação indissociável da própria autonomia contratual.⁴⁴

É importante relembrar que, ao eleger a via arbitral para solucionar o conflito, a Administração Pública não está abrindo mão do direito controvertido, nem negligenciando o interesse público. Muito pelo contrário, o que faz a Administração é escolher uma forma alternativa de solução de conflitos que, cada vez mais, tem se mostrado célere e adequada à defesa de tais interesses, em especial pela possibilidade de se elegerem árbitros com conhecimento específico sobre as questões fáticas controvertidas.

Posto isso, será objeto de análise, no tópico a seguir, os critérios que deverão nortear, no caso concreto, a identificação da disponibilidade dos direitos da Administração Pública.⁴⁵

4. CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DA DISPONIBILIDADE DO DIREITO NO CASO CONCRETO

A conceituação de “disponibilidade do direito” é uma tarefa árdua, uma vez que exige do intérprete a concreção de conceito jurídico indeterminado, dotado, pois, de conteúdo potencialmente amplo⁴⁶ e manifestamente incerto. A doutrina nacional majoritária vincula tal conceito à possibilidade de que determinado direito seja alienado, renunciado, transmitido ou transacionado.⁴⁷⁻⁴⁸⁻⁴⁹. Em suma, a questão a ser respondida é se “o direito pode ser objeto de atos que denotem um poder de livre disposição”.⁵⁰

A prática dos referidos poderes pode ser compreendida como o cerne do conceito de “disponibilidade”, caracterizando “aquilo que é mais essencial à natureza dos direitos disponíveis”.⁵¹ Nesse sentido, pode ser afirmado que a disponibilidade do direito implica que o seu titular possa agir de forma a alterar o formato, a titularidade e/ou a própria existência do direito. No entanto, a legislação não esclarece em nenhum momento de maneira inequívoca quais são aqueles direitos disponíveis e quais não o são.

O autor Bernardo Lima, em obra na qual se debruça sobre análise da arbitrabilidade de questões relacionadas ao direito ambiental, afirma que “a regra jurídica raramente dirá que determinada situação jurídica é indisponível: apenas dará pistas”.⁵² Valendo-se dessas pistas, deverá o intérprete identificar a natureza jurídica do direito posto em causa e, assim, concluir se ao titular é dado o direito importar atos que denotem a sua disponibilidade. E tal constatação pode ser igualmente transportada para o direito administrativo.

Nesse compasso, há três premissas a serem estabelecidas antes que se prossiga na busca por critérios que auxiliem na identificação da disponibilidade dos direitos da Administração Pública. A primeira é que a “disponibilidade” do direito é um conceito lógico-jurídico – e não jurídico-positivo –, logo não há a necessidade de que haja hipótese autorizativa específica para cada sorte de conflito que envolva a Administração Pública. A recente alteração

da Lei de Arbitragem foi suficiente para abrir tal possibilidade para as mais variadas áreas do direito administrativo. A segunda é que é inviável afirmar a priori a impossibilidade ou não de determinado litígio ser levado à jurisdição arbitral, sendo indispensável ao intérprete uma análise diante de cada caso concreto.⁵³ A terceira é que a arbitrabilidade de um litígio depende das pretensões que são levadas ao juízo arbitral, uma vez que, por exemplo, ainda que os direitos da personalidade não sejam disponíveis, a sua reparação é. Plenamente viável, então, nesta hipótese, que se proponha uma demanda indenizatória em sede arbitral.

A doutrina que se debruça sobre tal problemática tentou identificar conceitos do direito administrativo que possam guiar o intérprete na identificação da disponibilidade do direito. A procuradora estadual Eugenia Marolla, em livro no qual tratou sobre o tema, identificou seis critérios que serviriam a tal propósito, como se vê das suas ponderações abaixo colacionadas:

A doutrina tenta auxiliar na tarefa de precisar a disponibilidade no âmbito do direito público, apresentando alguns critérios. É possível apontar pelo menos seis modos distintos de delimitação do conceito de disponibilidade do direito controvertido: 1) dos interesses públicos primários e secundários; 2) dos atos de império e de gestão, 3) da ordem pública, 4) dos passíveis de transação, 5) dos que podem ser alienados ou renunciados, 6) dos direitos em relação aos quais não há proibição a que se reconheça, de maneira espontânea, que não se tem razão, sem o recurso à jurisdição.⁵⁴

Da mesma forma que a autora, pensa-se que nenhum destes critérios é capaz de, por si só, determinar a disponibilidade de um direito público.⁵⁵ Isso porque todos acabam por excluir algumas hipóteses sobre as quais não haveria maiores dificuldades em se admitir a viabilidade do emprego da arbitragem. Ainda que tais critérios deem, em alguma medida, pistas ao intérprete, este não fugirá da necessidade de identificar se, no caso concreto, é dado à Administração Pública praticar atos que denotem poder de disposição sobre o direito objeto do litígio.

A conclusão alcançada por Eugenia Marolla é de dividir a análise da disponibilidade em duas etapas: a primeira para identificar se o ato praticado pela Administração Pública é ato de império ou de gestão e a segunda para fazer uma análise casuística com o intuito de identificar se os poderes da Administração correspondem aqueles necessários para se ter "disponibilidade". Com o máximo respeito, acredita-se que tal proposta também acaba por excluir situações que seriam arbitráveis, pois observadoras do requisito da disponibilidade. A título exemplificativo, cita-se a possibilidade de que se submeta à arbitragem demanda que tenha por propósito quantificar a indenização devida em razão de desapropriação. Aqui, ainda que o ato expropriatório possa ser enquadrado como um ato de império, discute-se apenas os efeitos patrimoniais da prática de tal ato, não havendo maiores empecilhos a obstar uma arbitragem sobre o assunto.

Como se nota, não há como se negar que eventuais litígios que tenham por pano de fundo o exercício pela Administração Pública de suas prerrogativas legais (atos de império) podem envolver apenas questões patrimoniais disponíveis. Não se entrará em discussões sobre a higidez (ou não) do ato praticado pela Administração, mas sim sobre os efeitos patrimoniais que isso pode ter ocasionado no mundo dos fatos.

Diante do exposto, o que se mostra mais adequado é, em um primeiro momento, iden-

tificar no caso concreto as pretensões que se pretende levar (ou já apresentadas) ao juízo arbitral e, a partir daí, em um segundo momento, por meio da utilização dos critérios apontados pela doutrina (mas não como critérios e sim como diretrizes orientadoras) na busca pela natureza do direito controvertido. No final das contas, a pergunta a ser feita deve ser “quais os poderes da Administração Pública neste caso?”. Se compatíveis com aqueles que denotam poder de disposição, restará preenchido o requisito da disponibilidade, como é o caso, por exemplo, dos contratos por ela celebrados, em especial (mas não somente) quando atua em atividade econômica *stricto sensu* como apenas mais um *player* do mercado.

De maneira geral, o que pode se repetir é que se é dado à Administração Pública contratar e, assim, criar obrigações vinculantes em que figure tanto na condição de credora como de devedora, também lhe é lícito dispor sobre a forma como eventual conflito será resolvido. Em tais casos, resta evidente o poder da Administração Pública praticar atos que denotem disposição de seus direitos.⁵⁶

A resposta à arbitrabilidade dos direitos no âmbito do direito administrativo, no que toca ao preenchimento do requisito da disponibilidade, inevitavelmente dependerá dos mesmos critérios que orientam o preenchimento do requisito no campo do direito privado. Outras palavras, o que determina a disponibilidade de um direito pela Administração Pública é a possibilidade de sobre ele recaírem atos que importem transação, alienação, transmissão ou renúncia. E isso “não deflui apenas da natureza do direito, mas também da lei, decorrência da incidência do princípio da legalidade sob o qual se assenta o regime jurídico de direito público”.⁵⁷

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Mais do que peremptoriamente resolver o problema, pretendeu-se indicar parâmetros que auxiliem o operador do direito a identificar, sob a perspectiva do caso concreto, se determinado direito será disponível ou não, para fins do preenchimento do requisito da disponibilidade, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei de Arbitragem.

Não se pode assumir que a indisponibilidade do interesse público implicará a indisponibilidade de todo e qualquer direito em que a Administração Pública seja titular, em especial porque isso implicaria que lhe fosse tolhida toda e qualquer discricionariedade no exercício do *múnus público*. Tal fato, por certo, tornaria inviável a prática de quaisquer atos e inviabilizaria inclusive a sua própria existência. A indisponibilidade do interesse público orienta o legislador no processo legiferante, sendo o princípio da legalidade sua consequência (e não sua causa).

Nesse compasso, a existência de lei que expressamente admite o emprego da arbitragem para a Administração Pública, seja a direta ou a indireta, afasta as discussões relativas à indisponibilidade do interesse público para fins de preenchimento do requisito da disponibilidade do direito. Afinal de contas, o próprio legislador já autorizou à Administração a celebração de convenção arbitral. Para fins de exame da arbitrabilidade dos litígios, deve-se identificar quais as pretensões que serão levadas ao Tribunal Arbitral e os poderes da Administração Pública em cada caso concreto, de modo que, podendo praticar atos que denotem disposição (contratar, por exemplo), poderá firmar compromisso arbitral ou estipu-

lar cláusula compromissória.

6. NOTAS

1. O que se depreende da exata dicção do artigo 32 da Lei n.º. 9.307/96, o qual se transcreve, in litteris: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".
2. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.
3. MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A Arbitragem e os Contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9
4. A referência é meramente exemplificativa, uma vez que, sob pena de nulidade, o procedimento arbitral, nos termos do art. 21, § 2º, da Lei n.º. 9.307/96, deverá observar "os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento".
5. Como aponta a jurista Ada Pellegrini Grinover In Fundamentos Legitimantes da Arbitralidade de Conflitos Derivados de Atos de Gestão da Administração. In MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M. Bonizzi; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. Arbitragem e Administração pública: Temas Polêmicos. São Paulo: Editora Migalhas, 2018. p. 251.
6. MAFFINI, Rafael. Elementos de Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 39.
7. MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A Arbitragem e os Contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9
8. CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 41, p. 405-415, abr. 2014, p. 406.
9. Jacob Dolinger. Conciliação e arbitragem no Direito Judaico, Apud: Luiz Roberto Ayoub. Arbitragem: o acesso à Justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23.
10. MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A Arbitragem e os Contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9
11. Pedro A. Batista Martins in "Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil", artigo publicado na obra coletiva "A arbitragem na era da Globalização", coordenação de José Maria Rossini Garcez, São Paulo: Forense, 1997, p. 41.
12. Pedro A. Batista Martins in "Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil", artigo publicado na obra coletiva "A arbitragem na era da Globalização", coordenação de José Maria Rossini Garcez, São Paulo: Forense, 1997, p. 41.
13. Pedro A. Batista Martins in "Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil", artigo publicado na obra coletiva "A arbitragem na era da Globalização", coordenação de José Maria Rossini Garcez, São Paulo: Forense, 1997, p. 43
14. Pedro A. Batista Martins in "Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil", artigo publicado na obra coletiva "A arbitragem na era da Globalização", coordenação de José Maria Rossini Garcez, São Paulo: Forense, 1997, p. 43
15. Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

16. MARIANI, Rômulo. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. p.17.
17. MARIANI, Rômulo. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. p.17.
18. Nos dizeres de Pedro A. Baptista Martins, "a lei pegou! A sociedade abraçou-a com grande entusiasmo, traduzido nos intensos debates que logo se seguiram e na vontade legislativa que passou a incorporar a arbitragem em vários textos. Isso tudo sem falar na difusão de Câmaras de Arbitragem ligadas a instituições de renome e na abertura que gerou para o debate sobre outros meios parajudiciais de solução de conflitos, notadamente a mediação. (...). Daí não ser a Lei de Marco Maciel mais um simples conjunto de dispositivos legais. É mais. É muito mais! É o início de nova cultura de uma sociedade participativa, ciosa de seus direitos, mas, sobretudo, consciente de seus deveres." In *Apontamentos sobre a Lei da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.
19. AgRg na SE 5206/ES, rel. Ministro Sepúlveda Pertence.
20. MARIANI, Rômulo. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. p.21.
21. MELLO, Rafael Munhoz de, *Arbitragem e Administração Pública*, in *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015. p. 49. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf. Acesso em 30 out. 2018.
22. MARIANI, Rômulo. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. p.21.
23. A par disso, não se pode ignorar o paradigmático Caso Lage (AI n.º 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, RTJ 68/382), em que a própria União, em 1942, sob estado de guerra, submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage. A União havia incorporado bens de tal organização e do espólio de Henrique Lage e precisava, portanto, definir a indenização a ser paga. Por convenção dos envolvidos, o conflito foi levado à discussão em sede arbitral, o que acabou gerando muitas discussões, em especial após um parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que argumentava pela inconstitucionalidade da arbitragem para dirimir questões públicas.
24. Caio Cesar Vieira Rocha in "Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015", artigo publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação (RARB)*, Vol. 49, abril-junho de 2016, p.6. Disponível em: http://mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.06.PDF. Acesso em 30 out. 2018.
25. MARIANI, Rômulo. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. p.21.
26. MARIANI, Rômulo. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. p.21.
27. Art. 1º § 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2o A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.
28. Arnoldo Wald, *A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado*, Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, v. 5, São Paulo, Editora RT, 2014, p. 509.
29. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 177.

30. STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 371.993/RJ. 3ª Turma. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 14/10/2014. DJe 06/11/2014. STJ. Conflito De Competência 2016/0145422-2. Data de Julgamento 23/11/2016. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30/11/2016. Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze.

31. "Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes".

32. Art. 2º Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto: I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.

33. Note-se, quanto ao Decreto 8.465/15, que tal ato normativo infralegal é posterior à Lei 13.129/2015, embora regulamente o art. 62, §1º da Lei do Setor Portuário (Lei nº 12.815/2013), o qual é anterior ao diploma legal que inseriu novidades no plano da arbitragem, tendentes à sedimentação do emprego de tal forma de solução de conflitos em relação à Administração Pública.

34. Pensa-se ser tal rol meramente exemplificativo, tendo em vista o emprego pelo legislador do verbo "incluem-se", o que afastaria uma possível taxatividade.

35. LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.51.

36. LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.51.

37. LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.53.

38. LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.53.

39. LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 53-54.

40. LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.54.

41. GOMM, Maurício. Brasil: rápidas considerações sobre a arbitragem em contratos de parcerias público-privadas. Revista de mediação e Arbitragem Empresarial. Brasília, nº 11, p.35, fev./2005

42. MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A Arbitragem e os Contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 108-109

43. GOMM, Maurício. Brasil: rápidas considerações sobre a arbitragem em contratos de parcerias público-privadas. Revista de mediação e Arbitragem Empresarial. Brasília, nº 11, p.35, fev./2005

44. GOMM, Maurício. Brasil: rápidas considerações sobre a arbitragem em contratos de parcerias público-privadas. Revista de mediação e Arbitragem Empresarial. Brasília, nº 11, p.35, fev./2005

45. DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem e concessão de serviço público. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 32, p. 14-19, 2000, p. 17-19,

46. Amplo no que toca às hipóteses fáticas aptas a preencherem o seu suporte fático. Afinal, como é remansoso na doutrina, os conceitos jurídicos indeterminados possuem conteúdo normativo mínimo.

47. MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 122. Abr. 2005. P. 151-166
48. GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitralidade objetiva. Tese de Doutorado. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008. p. 179
49. Em sentido semelhante, reconhecendo que disposição vai além de apenas transacionar: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38-40.
50. MARIANI, Rômulo. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. p.51.
51. MARIANI, Rômulo. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. p.51.
52. LIMA, Bernardo. *A arbitralidade do Dano Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 54.
53. MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os Contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 115
54. MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os Contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 116-117
55. MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os Contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 128
56. GOMM, Maurício. Brasil: rápidas considerações sobre a arbitragem em contratos de parcerias público-privadas. *Revista de mediação e Arbitragem Empresarial*. Brasília, nº 11, p.35, fev./2005
57. MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os Contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 130

REFERÊNCIAS

- AYOUB, Luiz Roberto. **Arbitragem**: o acesso à Justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 371.993/RJ**. Terceira Turma. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado: em 14 out. 2014. DJe: 06 nov. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Conflito De Competência 2016/0145422-2**. Data de Julgado: 23 nov. 2016. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 30 nov. 2016. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze.
- BRASIL. **Lei nº 9.307/96**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 de set. 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 41, p. 405-415, abr. 2014.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem e concessão de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, 2000.

GOMM, Maurício. Brasil: rápidas considerações sobre a arbitragem em contratos de parcerias público-privadas. **Revista de mediação e Arbitragem Empresarial**, Brasília, n. 11, fev. 2005.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. 2008. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos Legitimantes da Arbitrabilidade de Conflitos Derivados de Atos de Gestão da Administração. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Arbitragem e Administração pública**: Temas Polêmicos. São Paulo: Editora Migalhas, 2018. p. 251-260.

LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do Dano Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A Arbitragem e os Contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016

MARIANI, Rômulo. **Arbitragens Coletivas no Brasil**. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

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

MARTINS, Pedro A. Baptista. Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossini. **A arbitragem na era da Globalização** (Coletânea), São Paulo: Forense, 1997.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. In: **Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 6, p.47-81, 2015. Anual. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf. Acesso em: 30 out. 2018.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo. n. 122, p.151-166, abr. 2005.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação (RARB)**, Brasil, v. 49, abril-junho de 2016. Trimestral. Disponível em: http://mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibi_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.06.PDF. Acesso em: 30 out. 2018.

WALD, Arnaldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. **Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação**, v. 5. São Paulo: Editora RT, 2014.

Recebido em: 20/11/2018

Aceito em: 05/12/2018

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MASSA, CONTENCIOSO DE SÉRIES E OS FALSOS LITÍGIOS - UMA CLASSIFICAÇÃO IMPORTADA DA DOUTRINA FRANCESA

Mass administrative litigation, series litigation and the false dispute - a classification imported of French doctrine

Kaline Ferreira

Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Direito Público pela Universidade Montesquieu Bordeaux IV, França. Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Advogada da União.

Resumo

A massificação do contencioso administrativo sobrecarrega os tribunais e os juízes de uma tarefa mecanizada e sem complexidade jurídica. Esse fenômeno, embora aparentemente resumido a uma questão quantitativa, na verdade é a consequência de questões políticas e sociológicas que merecem aprofundada reflexão. Com apoio na doutrina francesa, que já evoluiu no estudo desse fenômeno, apresentamos uma proposta de classificação e diferenciação das causas dessa massificação, que podem contribuir para a diminuição da incidência desse fenômeno perante os tribunais brasileiros. A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a revisão bibliográfica baseada na literatura francesa.

Palavras-chave: Massificação do contencioso. Soluções Alternativas. Administração Pública

Abstract

The massification of administrative litigation overloads the courts and judges of a mechanized task and without legal complexity. This phenomenon, although apparently boiled down to a quantitative question actually is the result of political and sociological issues that deserve serious thought. With support in the French doctrine, which has evolved in the study of this phenomenon, we present a proposed classification and differentiation of the causes of this mass, which can contribute to reducing the incidence of this phenomenon before the Brazilian courts. The methodology which was used in this research was the bibliographical review based on the French literature.

Keywords: Massification of litigation. Public Administration. Classification. Decrease in litigation

Sumário

1. Introdução; 2. Critérios para uma delimitação; 3. Um contencioso volumoso e sem complexidade; 4. A distinção entre «*contencioso de massa*» e «*contencioso de uma massa*»; 5. A distinção entre o contencioso de massa e o contencioso de séries; 6. Os falsos litígios; 7. O interesse de agir na justiça no contencioso brasileiro e no contencioso administrativo francês; 8. Conclusão; 9. Notas; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno de massificação do contencioso administrativo é uma das causas mais evidentes de sobrecarga do Poder Judiciário. Um estoque exagerado de processos se acumula e movimenta todo um sistema que poderia agir para atuar em controvérsias de complexidade compatível com a sua sofisticada estrutura jurisdicional.

As decisões judiciais proferidas em processos repetitivos, na sua maioria já são conhecidas. Os precedentes nesses casos já se encontram estabilizados, e o Estado, nada ganha com a repetição das mesmas práticas no exercício da gestão pública.

Os mecanismos extrajudiciais, nesses casos, surgem como solução para todos os males causados pelo excesso de judicialização. Efetivamente, o contencioso administrativo extrajudicial, considerado nesse trabalho como aquele que acontece fora de uma jurisdição, é vocacionado principalmente para os casos de litígios massivos.

Esses mecanismos que utilizam a consensualidade como ferramenta principal para alcançar o fim de uma contenda, alcançam uma multiplicidade de litígios, mas o alcance deles não tem a mesma efetividade em cada um dos casos em que são aplicáveis. Essa diversidade no grau de efetividade da aplicação desses mecanismos nos faz refletir sobre a possibilidade de, nesse início de intensificação da utilização desses modos consensuais de resolução, nós criarmos um campo de delimitação mais restrito, para que os advogados públicos possam ir desenvolvendo suas habilidades nesse campo ainda recente, para que transformem suas estruturas e se adaptem progressivamente a essa nova era do Direito Administrativo menos imperialista e mais dialógica.

A maioria dos conflitos que podem ser solucionados em ambiente não jurisdicional são os conflitos que admitem negociação ou a flexibilização dos interesses envolvidos na demanda. Diante disso, podemos formular a indagação central que perseguiremos durante esse texto: Quais são os conflitos envolvendo o poder público que são mais aptos a serem solucionados por outras vias que não a jurisdicional?

2. CRITÉRIOS PARA UMA DELIMITAÇÃO

Segundo Arnold Noury (2005), o essencial para delimitar o domínio dos diferentes mecanismos de resolução de conflitos é a distinção entre, de uma parte, os litígios de ordem patrimonial, concernentes à execução dos contratos e a responsabilidade extracontratual e, de outra parte, os litígios relativos à legalidade dos atos administrativos.¹

Tratando-se de litígios de ordem patrimonial, esses mecanismos são admitidos na França já faz muito tempo. A capacidade das pessoas jurídicas de direito público bem como das pessoas físicas em renunciar aos seus direitos subjetivos é compatível com a adoção de vias transacionais. Para Jean-Marie Auby (1960) a renúncia aos direitos subjetivos não está ligada a uma interdição geral no que concerne ao contencioso administrativo. O autor afirma que o contencioso administrativo pode ser objeto de uma mitigação de ordem material a depender do objeto da renúncia.²

Para os litígios que versam sobre a legalidade dos atos administrativos, os modos

consensuais não parecem ser uma solução tão eficaz. Na França, em virtude da expressão '*on ne transige pas sur la légalité*', o Juiz Administrativo francês não reconhece nenhum efeito sobre as eventuais renúncias dos administrados em exercer recursos por excesso de poder. Qualquer manifestação de vontade nesse sentido é considerada nula e inoperante.

A experiência brasileira, no curso desses últimos dez anos, mostra que é precipitado concluir pela indisponibilidade dos direitos como uma barreira para aplicação desses mecanismos. De início, cumpre ressaltar que os direitos indisponíveis podem ser exercidos de variadas formas, sendo assim, pelo menos no tocante ao seu exercício, a parte poderia escolher a forma mais conveniente de fazê-lo; além disso, os conflitos são sempre amplos, e mesmo quando apresentam um núcleo essencialmente indisponível, geram consequências patrimoniais que podem ser objeto de uma mediação, negociação ou conciliação.

Para Luciane Moessa (2010), malgrado o mito da falta de liberdade no campo dos direitos indisponíveis para aplicação dos meios alternativos de solução de litígios, este mito está restrito ao discurso, uma vez que a praxis revela o contrário. Os conflitos sobre o direito de filiação, de maternidade e de paternidade são direitos de ordem pública e mesmo nesses domínios, independentemente de sua natureza patrimonial, eles são cada vez mais solucionados pela mediação.³

Essa discussão acerca da dimensão da indisponibilidade de direitos e seu grau de permissividade negocial, enquanto o Poder Judiciário conseguia responder bem às suas demandas, teve sua discussão adiada. Ocorre que, a falta de critérios e de sistematização para colocar em prática esses mecanismos consensuais estimularam ainda mais uma representação idealizada e irreal da indisponibilidade dos direitos.

Defende-se que a dimensão pública do direito é compatível com a efetividade do interesse público, na sua exata medida, sendo assim, se as circunstâncias de fato indicam que a renúncia parcial e recíproca dos interesses em jogo é a melhor solução, será ela a adotada.

Advertimos, no entanto, que a delimitação do campo de atuação dos modos alternativos de litígios administrativos é justa e compatível com seu caráter '*alternativo*' ao Juiz. A pesquisa de um contencioso não jurisdicional é construtiva se ela tende a evitar somente a provocação desnecessária do Poder Judiciário. Nesse sentido Simone Gaboriau (2012) acrescenta que a justiça deve ser cada vez mais eficaz, e menos traumática para os que a vivenciam, mas infelizmente, uma quantidade cada vez maior de jurisdicionados recorre ao juiz como um mal do qual não se pode fugir.⁴

Diante dessas premissas, não se pretende aqui uma delimitação do campo de incidência desses modos consensuais a partir do critério da indisponibilidade do direito. Não acreditamos na validade científica desse critério. Nós preferimos dividir os litígios em função da complexidade da matéria envolvida e em função da repetitividade do tema. Assim, nesse texto, trataremos dos intitulados falsos litígios, litígios em série e dos litígios de massa, que para nós, situam-se no campo mais fértil para a aplicação dos modos extrajudiciais de resolução.

3. UM CONTENCIOSO VOLUMOSO E SEM COMPLEXIDADE

Os conflitos que formam o contencioso de massa, os falsos litígios e o contencioso de série são responsáveis pela transformação da justiça em «*quasi-guichet*». Nicolas Fischer (2011) nos ensina que as jurisdições administrativas na França obrigam o Juiz, no caso do contencioso de massa e de séries, a fazer da urgência e da aceleração do tempo jurisdicional um imperativo, e desta forma desorganizam toda a lógica do exercício da jurisdição.⁵

O tratamento dos processos que fogem aos litígios de massa e de série é exercido sempre em segundo plano. A massa é prioritária por conta de um critério estatístico, apenas de apuração de rendimento funcional.⁶ O contencioso não repetitivo, de demandas mais complexas, passa a ser desprezado em favor do contencioso massivo, representativo quantitativamente.⁷

Os juízes não foram preparados para as demandas do contencioso de massa. Esta afirmação consta do Relatório 400 do Senado Francês onde nós podemos ler que os magistrados dos tribunais administrativos são adeptos dos métodos de trabalho que privilegiam a pesquisa de qualidade em detrimento daquela do rendimento. Sem a preocupação excessiva com o tempo despendido, a maior parte dos magistrados se adaptam melhor com um trabalho metódico e reflexivo, do que com o tratamento rápido de processos que se repetem.⁸

Ademais, existem também os falsos litígios representados pelas falsas demandas endereçadas aos juízes unicamente pela ausência de diálogo entre a Administração e os particulares. Essas demandas se originam principalmente do mau funcionamento dos serviços públicos; e da incerteza da Administração em relação à autonomia que possui para resolver extrajudicialmente os seus próprios conflitos.

Nos dois casos – tanto em se tratando do contencioso de massa, quanto em se tratando de falsos litígios – o contencioso administrativo se adapta de forma a gerar bons resultados.

Consideramos que a noção de contencioso de massa é melhor explicada sob perspectiva prática. Segundo um critério quantitativo «*o contencioso de massa é um contencioso volumoso*» e utilizando um critério qualitativo «*o contencioso de massa é um contencioso repetitivo, que demanda um tratamento jurídico mecânico*». Esta definição induz a duas consequências: este contencioso sobrecarrega os Juízes – problema gerencial - mas apresenta baixo grau de interesse jurídico – baixa complexidade.⁹

Os publicistas franceses intitulam esse contencioso como um «*déjà vu contentieux*». Yves Gaudemet (2011) afirma que não há nenhuma lista elaborada contendo enumeração das demandas que formam o contencioso de massa, esse contencioso representa a repetição em centenas, milhares de requerimentos cuja argumentação é idêntica ou similar. Mesma quando cada uma dessas ações são individualmente importantes, o fato de seus fundamentos e pedidos se repetirem as tornam indignas de ocuparem o Poder Judiciário.¹⁰

Esses são litígios caracterizados por uma enorme quantidade e por uma ínfima complexidade. Eles não apresentam nenhum desafio para o Juiz uma vez que, nesses casos de contencioso de massa “*a resposta a ser dada já está estabilizada, diminuindo demais a*

importância da reflexão e do trabalho jurídico".¹¹

4. A distinção entre «contencioso de massa» e «contencioso de uma massa»

Yves Gaudemet (2011) nos convida a refletir se este aumento do contencioso se explica pela transformação da *sociologia dos requerentes e de suas relações*, ou seja, se este aumento decorre da democratização do contencioso administrativo. Por intermédio de um jogo de palavras, o autor atrai a atenção do leitor acerca da diferença entre a massificação do contencioso e a facilitação do acesso ao Juiz pelo cidadão. O autor questiona se esta massa de contencioso seria em verdade o contencioso de uma massa, de uma camada da população que não se aproximava do juiz.

Para responder a essa provocação Gwénaële Calvés (2011) demonstra que a noção de «contencioso de massa» está ligada a aparição de uma crise. A palavra «*massificação*», utilizada aqui, não é sinônimo de «*crecimento*» nem de «*desenvolvimento*», menos ainda de «*democratização*». «*Esse contencioso nos remete, a uma ideia de degradação do serviço público e da justiça, ameaçada de paralisia e de mecanização*».¹²

Os dados estatísticos confirmam essas afirmações. No Brasil, essa saturação do Poder Judiciário pode ser verificada com a comparação do percentual de aumento das demandas perante os tribunais, de 393,7% em vinte anos, contra um crescimento populacional no mesmo período de 25,4%. Entre essas demandas encontramos majoritariamente litígios do contencioso de massa e das séries contenciosas.¹³

No Brasil o fenômeno do contencioso de massa é um problema predominantemente estatal, ou seja, o poder público é o maior vocacionado a produzir essas demandas repetitivas e sem complexidade jurídica.

Jean Rivero (1965) já profetizava em 1965 a propósito da necessidade de uma metamorfose do sistema administrativo. Sempre atual, como todos os clássicos, o autor francês nos conduz a repensar sobre o sujeito-administrado, que é protegido pela submissão da Administração à legalidade, mas é excluído de toda participação nas ações que lhe compete.¹⁴ Esta exclusão do cidadão provoca uma indagação: como conciliar esta situação com a evolução de um contencioso não jurisdicional?

O aumento dos litígios em massa não é o resultado de uma grande democratização da Administração, mas, bem ao contrário, é justamente a ausência do diálogo e de uma política para gerenciamento de crises. O distanciamento da Administração de uma de suas atividades básicas da gestão – a crise pós efetivação de uma política pública - aumenta o número de demandas repetitivas e pouco complexas no Poder Judiciário.

Demandas que já deveriam ser objeto de estratégia de gestão, posto que de ocorrência previsível como efeito de determinadas medidas administrativas, são negligenciadas. O Poder Judiciário passou a se ocupar de todas as crises geradas pela atividade de gestão, ocorre que, ele exerce uma atividade incompatível com esse gerenciamento, a jurisdição. A tentativa de solucionar essas crises em ambiente impróprio será sempre frustrada.

5. A distinção entre o contencioso de massa e o contencioso de séries

Além do contencioso de massa nós temos outro conjunto de litígios que é também responsável pelo aumento das demandas perante o Poder Judiciário. Trata-se das séries contenciosas que não devem ser confundidas com o contencioso de massa.

O contencioso de massa apresenta certa permanência em relação às séries contenciosas que são circunstanciais, e é justamente essa a principal distinção entre esses dois fenômenos que contribuem para o mesmo resultado que é a massificação do contencioso.

Yves Gaudemet (2011) definiu as séries contenciosas como:

de múltiplos recursos formados contra a aplicação de uma mesma legislação ou regulamentação, para uma pluralidade de jurisdicionados que se encontram em situações bastante similares, mas que agem na Justiça de forma dispersa; geralmente essas ações são organizadas e estimuladas por certas instituições como sindicatos, associações, conselhos, que distribuem modelos padrão de requerimentos.¹⁵

O código da Justiça Administrativa na França indica os critérios definidores das séries contenciosas. No art. R. 222-1, ele se refere a essas séries como « *ações (...) que, sem demandar uma nova apreciação ou qualificação dos fatos, apresentam um direito a ser julgado, pela jurisdição provocada.*» São questões idênticas àquelas já solucionadas conjuntamente por uma mesma decisão com força de coisa julgada; ou que já foram decididas conjuntamente pelo Conselho de Estado exercendo jurisdição; ou ainda quando foram objeto de exame e elaboração de um mesmo parecer pelo Conselho de Estado aplicando o art. L. 113-1.

Sem dúvida que as séries contenciosas colaboram para a massificação do contencioso administrativo da mesma forma que o contencioso de massa, contudo, as séries, embora possam somar milhares de ações, elas são episódicas, circunstanciais, não se instalam de forma duradoura. Em relação à complexidade jurídica, realmente, não há nada a apreciar e julgar. Uma, algumas poucas decisões bastam, depois resta apenas um trabalho de duplicação.¹⁶

Os contenciosos que favorecem esse fenômeno de séries são principalmente o fiscal, e contencioso dos agentes públicos. Yves Gaudemet (2011) explica que “*se trata de uma gestão pública de massa, leis e regulamentos suscetíveis de serem contestados por uma grande quantidade de litigantes em potencial, nesses terrenos, as séries encontram fertilidade*”.¹⁷

6. OS FALSOS LITÍGIOS

Há uma terceira categoria que contribui para a massificação do contencioso e confirma, sobretudo, a falta de comunicação entre a Administração e os Cidadãos. Eles são os falsos litígios, são demandas desprovidas de interesse de agir em Justiça. Elas são apresentadas aos pretórios por um único motivo, essa é a única via que o Cidadão reconhece como um meio hábil para ser escutado e ter seus argumentos levado em consideração.

Aquele que pretende exercer o direito de ação deve ter um motivo para fazê-lo. O interesse para agir perante o Poder Judiciário é uma das condições da ação tanto na França

quanto no Brasil. A diferença fundamental entre esses dois sistemas reside no seguinte, na França, existem duas vias principais onde tramitam essas ações versando sobre questões administrativas – a de *plein contentieux* (*contencioso pleno*)¹⁸ e a de *excès de pouvoir* (*excesso de poder*)¹⁹ - com procedimentos específicos, perante uma jurisdição administrativa, que não integra o Poder Judiciário, mas sim o Poder Executivo - dualidade de jurisdição. No Brasil, vige o princípio constitucional de que «a lei não pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão à ameaça de lesão o direito», ou seja, é a unicidade de jurisdição nas mãos do Poder Judiciário.

O contencioso administrativo francês é competente para todas as causas em que o Estado é parte na condição de Poder Público, ou seja, quando ele age no exercício de seu poder de império. Firmada a competência da justiça administrativa, há uma diversidade de procedimentos em relação à necessidade de *liaison do contentieux*, ou seja, da imprescindibilidade ou não da decisão preliminar no âmbito administrativo. Quando se trata de ação relativa a *excès de pouvoir*, não há motivo para exigência de pronunciamento prévio sobre a matéria, uma vez que a extrapolação de poder só pode ser perpetrada pela própria Administração ou por quem age em seu nome, através de um ato ou decisão administrativa. Quando, entretanto, tratamos de ação relativa ao pleno contencioso, nesse caso, a situação é diferente, uma vez que a responsabilidade civil ou contratual do Estado, predominantemente, não decorre de ato ou decisão administrativa, necessitando, segundo o sistema jurídico-administrativo francês, de uma decisão prévia de *liaison du contentieux*.

7. O INTERESSE DE AGIR NA JUSTIÇA NO CONTENCIOSO BRASILEIRO E NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

Na Constituição brasileira, artigo 5º, XXXV, está previsto que o Poder Judiciário deve exercer sua jurisdição de forma plena. Em resumo, a Constituição brasileira preconiza o direito ao juiz de forma primária, isto significa dizer que nem mesmo a lei, expressão máxima da legitimidade democrática, não poderá subtrair da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito.

Esta apreciação pelo Poder Judiciário será feita obedecendo algumas formalidades. Critérios básicos são exigidos por lei em virtude da obediência à forma, e esses critérios estão ligados à validade da própria ação. O interesse de agir é um desses critérios essenciais, tanto na França quanto no Brasil.

A peculiaridade francesa é que em matérias afetas ao intitulado *contencioso pleno*, o demandante deve reivindicar um direito próprio que o Estado supostamente lesionou. No contencioso por excesso de poder (*excès de pouvoir*), a ação somente é admitida na Justiça Administrativa por alguém que tenha interesse em obter a anulação do ato administrativo em questão.

O Poder Judiciário brasileiro frequentemente é provocado a apreciar e julgar demandas envolvendo a Administração, sem que o acionante tenha submetido à questão a apreciação prévia da Administração Pública que praticou o ato.²⁰ No Brasil não há previsão de decisão preliminar da Administração Pública em demandas de nenhuma natureza, o que, para o nosso sistema representaria um obstáculo ao acesso a Justiça.

Diferentemente, na França, todos os recursos administrativos devem ser formados contra decisões administrativas, chamado de *liaison du contentieux* ou vinculação do contencioso. Trata-se de assegurar que a Administração já tenha firmado um posicionamento sobre a questão em decisão administrativa prévia. O artigo R.421-1, do Código da Justiça Administrativa, estabelece que “*ressalvadas as matérias relacionadas às obras públicas, a jurisdição administrativa apenas pode ser provocada por via de recurso formado contra uma decisão*”.

O princípio do acesso a Justiça está fundado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão.²¹ O Conselho Constitucional em França erigiu esse princípio à categoria de princípio com valor constitucional. Em momento posterior, o Conselho de Estado decidiu que o direito ao recurso constituía um princípio geral do direito. Ademais, os artigos 6 e 13 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) preveem a obrigação dos Estados garantirem a efetividade do direito ao recurso.

A CEDH admite, por outro lado, que restrições podem ser impostas ao princípio de acesso à Justiça, desde que sejam respeitadas as seguintes condições: que elas não imponham danos substanciais ao direito ao recurso; que essas restrições sejam proporcionais ao efetivo exercício de seu direito e que o recurso continue efetivo e concreto. Assim, essas condições correspondem às condições de acesso determinadas pela teoria de admissibilidade dos recursos (*théorie de la recevabilité des recours*). Um recurso administrativo não será recebido se não atender a certas formalidades, dentre elas, a obtenção de decisão administrativa preliminar (*décision administrative préalable*) todas as vezes que o recurso se relacione com as questões do contencioso pleno, ou seja, domínio dos contratos administrativos e da responsabilidade do estado.

No Brasil os tribunais não admitiam qualquer exigência de demanda administrativa precedente, considerando tais exigências inconstitucionais²²

Felizmente o Superior Tribunal de Justiça interpretou o tema de forma mitigada. Foi considerado pelo STJ que a ausência total de demanda administrativa antes de ser acionado o Poder Judiciário ou quando não há prova de que a autoridade administrativa tenha criado qualquer obstáculo à pretensão do jurisdicionado, a ação judicial deve ser extinta por ausência do interesse de agir.²³

O contencioso administrativo francês comporta uma separação entre procedimentos que visam anular um ato administrativo ou um contrato e aqueles procedimentos que visam pleitear uma reparação de danos. Essa divisão nos permite perceber as diferenças existentes em relação à demonstração do interesse de agir em Justiça.

O contencioso de plena jurisdição é um contencioso subjetivo. Nesse tipo de contencioso a questão posta para julgamento versa sobre situação jurídica individual. São tipicamente matérias de pleno contencioso as ações que versam sobre os contratos administrativos e sobre responsabilidade.

Salvo as ações relativas a obras públicas, para as quais a decisão administrativa prévia não é obrigatória, não se pode exercer o direito de ação na França sem haver uma

decisão administrativa contra a qual o litigante se insurja. Para ilustrar, nós podemos citar Yves Gaudemet (2011) que nos ensina: "*quando o particular pretende o ressarcimento pela Administração por um dano sofrido, ele deve pleitar inicialmente essa reparação da própria Administração e somente depois de sua recusa, de seu silêncio²⁴, ou, de uma proposta insuficiente, é que a ação poderá ser prosta*".²⁵

Segundo Jean-Marie Auby (1960) essas decisões preliminares têm somente como finalidade vincular o contencioso. Não se trata de um exame aprofundado da matéria, mas sim de uma oportunidade de fazer a instância administrativa, ao menos, conhecer o conflito. Essas demandas iniciais, na maioria das vezes, são apenas para preencher uma formalidade, obter uma decisão preliminar.²⁶

Essas decisões, no entanto, podem evitar um litígio. Algumas vezes a demanda é de procedência evidente, e, a oportunidade de apreciação preliminar pela Administração, mesmo superficial, possibilita a tomada de uma decisão mais razoável, evitando a intervenção do juiz. Outras vezes, a improcedência é evidente e a argumentação deduzida na recusa convence o particular, que não mais recorre ao juiz. É imperativo, todavia, que essa análise não se torne mero cumprimento mecânico de uma formalidade procedimental, pois se assim for, será nada mais do que um obstáculo retardador da ação da justiça.

A doutrina relaciona essas decisões preliminares apenas à função de vincular o contencioso. É princípio do contencioso administrativo francês que "[...] *ja jurisdição pode ser provocada unicamente pela via do recurso formado contra uma decisão[...]*"²⁷. A rejeição, explícita ou implícita, pela expiração do prazo legal de dois meses, permite aos particulares a provocação do juiz. A doutrina francesa denuncia que toda a lógica da decisão prévia é construída em torno do contencioso jurisdicional. A existência dessa previsão não tem, infelizmente, como objetivo, a criação de um canal de diálogo entre a Administração e os Cidadãos, mas sim fazer valer uma tradição histórica do contencioso administrativo francês originada da teoria do ministro-juiz.²⁸

8. CONCLUSÃO

Consideramos que, se de um lado, qualquer critério científico baseado na indisponibilidade do interesse público, que pretendesse afastar o consenso como legítimo para resolver conflitos envolvendo entes públicos, sufragaria. De outro lado, contudo, é primordial para a viabilização desse mecanismo, elegermos critérios racionais para filtrar demandas no início do funcionamento de uma estrutura recente para o Estado - câmaras de autocomposição de litígios envolvendo o particular.

Litígios falsos, massivos ou em série, apenas aparentam-se como controvérsias, mas na verdade, somente ocupam o Poder Judiciário de uma tarefa que não deveria ser objeto de demandas judiciais. Esses litígios não apresentam complexidade e não exigem qualquer esforço do magistrado. Para a Administração eles não são inéditos, muito pelo contrário, desde o seu nascedouro a Administração já conhece o posicionamento reiterado dos tribunais naquela matéria. Enviá-los para o Poder Judiciário é uma questão de cará ter eminentemente político.

Por isso, somos de opinião que antes de uma tentativa mais audaciosa, seria mais razoável para um sistema recente de resolução de litígios, cuja eficácia ainda está pendente de comprovação, que ele priorizasse os falsos litígios, os conflitos massivos ou em série. Nesses casos, a eficácia dessas técnicas estaria garantida e o seu objetivo maior, que é aliviar a sobrecarga de trabalho dos tribunais, seria atingido sem maiores polêmicas nem esforços.

Admitir que os mecanismos alternativos ao juiz não são compatíveis com todos os tipos de litígios formadores do contencioso administrativo não fragiliza essa outra solução, mas sim o aproxima da realidade. É claro que não somente os litígios de massa e os falsos litígios são adaptáveis a esse contencioso extrajudicial, mas, a certeza de que esse tipo de litígio pode ser resolvido sem maiores delongas ou polêmicas por esta via, torna mais seguro o doloroso desapego ao tradicional em proveito do exercício da novidade.

Pensar que a Administração poderá desempenhar tão bem o papel de conciliadora ou mediadora ao ponto de tornar o juiz desnecessário em relação aos litígios administrativos, é inocente e irreal. A Administração Pública poderá exercer a mediação e a conciliação de uma forma eficaz, isso é o que desejamos, e desviará da apreciação do Poder Judiciário demandas que nunca deveriam ter abarrotado os tribunais, afinal, administrar também abrange o gerenciamento de crises. Os conflitos, todavia, que apresentarem verdadeiramente pontos controvertidos e partes intransigentes nas suas pretensões, esses, continuarão a ser dirimidos por quem exerce jurisdição.

Os advogados públicos serão os responsáveis por identificar essas demandas e aconselhar os gestores a não insistir em remetê-las para o Poder Judiciário. Serão esses advogados os responsáveis por conduzir a negociação e encontrar um ponto de equilíbrio para um acordo também satisfatório para a Administração Pública. Dimensionar o campo de atuação dos modos consensuais de solução de litígios administrativos é essencial para garantir sua eficácia.

9. NOTAS

1. NOURY, Arnold. Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif. JCP, 2005, p. 1286.
2. AUBY, Jean-Marie. La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français : Travaux de l'association Henri Capitant, tome XIII, 1960, p. 511
3. MOESSA, Luciane. Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo entes públicos e a Mediação de Conflitos Coletivos. Tese de Doutorado, 2010, Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina.
4. GABORIAU, Simone. « *faire que la justice soit à la fois plus efficace - dans le respect des principes fondamentaux - et moins traumatisante que ne la vivent, hélas encore, bien des justiciables* ». Déjudiciarisation et administration de la justice Promouvoir la «juridiversité» À la recherche d'une déjudiciarisation raisonnée et constructive. LPA, 2012, p. 3.
5. FISCHER, Nicolas. Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse. Premiers résultats d'une étude de sciences sociales réalisée au tribunal administratif de Cergy-Pontoise. RFDA, 2011, p.

481.

6. Vide o 'Relatório sobre a nova Política de Imigração : « *En raison tant de la complexité des règles applicables que de la brièveté des délais impartis au juge pour se prononcer, l'encombrement des juridictions administratives conduit à :*

– *Un effet d'éviction de tous les autres contentieux.*

– *Une inégalité de traitement entre les justiciables selon que leur requête relève du contentieux des étrangers (affaire jugée en trois ou quatre mois) ou non (délai moyen de jugement supérieur à deux ans et pouvant atteindre quatre ou cinq ans)(...)* » Disponível: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000446/0000.pdf>. Consultado em 20 de setembro 2012.

7. GAUDEMET, Yves. Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse. RFDA, 2011, p. 464.

8. Rapport n° 400 du Senat le 10 de junho de 1992. Publicado no Jornal Oficial de 1 I de junho de 1992. Disponível em: www.senat.fr.

9. CALVÉS, Gwénaële. Mieux connaître les contentieux de masse l'apport des travaux sociologiques. RFDA, 2011, p. 477.

10. GAUDEMET, Yves. Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse. RFDA, 2011, p. 464.

11. GAUDEMET, 2011. Op. cit. p.232.

12. CALVÉS. Op. cit. p. 477.

13. FALCAO, Joaquim. Desestatizar o Judiciário. Disponiblesur: <http://www.cnj.jus.br/imprensa/artigos/13320-desestatizar-o-judicio>. Consulté le 25 septembre 2012

14. RIVERO, Jean. A propos de la métamorphose de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration. Mélanges offerts à René Savatier, 1965, p. 821.

15. GAUDEMET. 2011. Op. cit.

16. GAUDEMET. 2011. Op. cit.

17. « *Les exemples sont nombreux. On peut citer, en matière fiscale par exemple, le contentieux massif de la taxe sur les achats de viande pour certaines années ou, pour la fonction publique, celui du supplément familial de traitement. Mais tous les contentieux sont potentiellement « sériels » : citons par exemple la très importante série de requêtes tendant à obtenir la condamnation de l'État et de la SNCF à réparer les préjudices subis du fait de l'organisation de la déportation pendant la Seconde Guerre mondiale (qui a donné lieu à l'avis contentieux n° 315499 ; CE, 16 févr. 2009, Mme Hoffman-Glemane, Lebon ; AJDA 2009. 284 et les obs. ; ibid. 589, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; D. 2009. 567, obs. C. de Gaudemont ; ibid. 481, édito. F.Rome ; RFDA 2009. 316, concl. F. Lenica ; ibid. 525, note B. Delaunay ; ibid. 536, note P. Roche).* » GAUDEMET. 2011. Op. cit.

18. Esse contencioso abrange a responsabilidade do Estado e todos os litígios que não versem sobre matéria de legalidade dos atos administrativos, essa, abrangida pelo contencioso por excesso de poder.

19. O contencioso por excesso de poder abrange todos os litígios que versam sobre legalidade dos atos administrativos.

20. STJ (1997/0073680-6). Publicado em 30/03/1998 Ministre. FERNANDO GONÇALVES; AC 2001.38.00.015454-6/MG, Juge Fédéral ItelmarRaydan Evangelista, Première Chambre, publié-DJF1 p.1498 du 03/06/2008

21. « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs*

déterminée, n'a point de constitution »

22. TRF. Recurso 473354, Juiz GISELLE FRANÇA, 04/06/2012 ; Recursp 450756, Juiz THEREZINHA CAZERTA, DJ 28/05/2012. Tribunal de Justice de Pernambuco. Recours: 00252/2009. Juiz: RICARDO PESSOA DOS SANTOS, 10/2/2009.

23. STJ. n.º 1310042/PR, Juge Min. HERMAN BENJAMIN, publicado em 15.05.2012: “*PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSO CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3º E 267, VI, DO CPC). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGRA. 1. Trata-se, na origem, de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação. 2. A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Precedentes do STF. [...]4. Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa. 5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada[...]”*

24. A Lei n.º 2000-321 de 12 de abril de 2000 relativa aos direitos dos cidadãos nas suas relações com a administração tornou prevalente a decisão do Conselho de Estado – art. 21 : «*sauf dans les cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet*».

25. GAUDEMET, Yves. Droit Administratif, 19 Ed., Paris: LGDJ, p. 89.

26. AUBY, Jean-Marie. Les recours administratifs préalable. AJDA, 1997, p. 10.

27. Article R. 421-1 du code de justice administrative.

28. «*La règle de la décision préalable provient de la loi du 17 juillet 1900, reprise par le décret n.º 65-29 du 11 janvier 1965. Mais son fondement est plus ancien : il provient du fait que le Conseil d'État dans le régime procédural du début du XIXème siècle ne pouvait être saisi que de décisions. Il a maintenu cette exigence après 1889, rendant utile l'adoption de dispositions textuelles.*

La règle de la décision préalable peut être ainsi énoncée : la recevabilité des recours est subordonnée au fait qu'ils soient dirigés contre une décision. Cette exigence ne fait pas problème en cas de recours pour excès de pouvoir ni dans le contentieux de l'annulation en général, mais elle est d'un grand poids dans le plein contentieux. Si un préjudice résulte d'un acte administratif non décisoire ou d'un fait juridique, l'intéressé doit en principe provoquer une décision en adressant une demande expresse d'allocation de dommages et intérêts à la personne publique ou privée (CE, Sect. 13 juin 1984, Assoc. Club athl. Mantès-la-ville, Rec.218, AJDA 1984.572) auteur du préjudice. Cependant, pour que l'auteur de l'acte ou des faits litigieux ne puisse par inertie faire obstacle à l'action de l'intéressé, une décision de rejet est réputée intervenue au bout de deux mois de silence. On l'appelle décision implicite de rejet.»

REFERÊNCIAS

AUBY, Jean-Marie. **La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français**: Travaux de l'association Henri Capitant, tome XIII, 1960, p. 511

AUBY, Jean-Marie. **Les recours administratifs préalables**. AJDA, 1997, p. 10.

CALVÉS, Gwénaële. **Mieux connaître les contentieux de masse l'apport des travaux sociologiques**. RFDA, 2011, p. 477

FALCAO, Joaquim. **Desestatizar o Judiciário**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/imprensa/artigos/13320-desestatizar-o-judicio>. Acesso em: 25 set. 2012.

FISCHER, Nicolas. **Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse. Premiers résultats d'une étude de sciences sociales réalisée au tribunal administratif de Cergy-Pontoise**. RFDA, 2011, p. 481.

GABORIAU, Simone. **À la recherche d'une déjudiciarisation raisonnée et constructive**. LPA, 2012, p. 3.

GAUDEMET, Yves. **Droit administratif**. 19. ed. Paris: LGDJ, 2012.

GAUDEMET, Yves. **Approche doctrinale: définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse**. RFDA, 2011, p. 464.

MOESSA, Luciane. **Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo entes públicos e a Mediação de Conflitos Coletivos**. 2010. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

NOURY, Arnold. **Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif**. JCP, 2005, p. 1286.

RIVERO, Jean. **A propos de la métamorphose de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration**. Mélanges offerts à René Savatier, 1965, p. 821

Recebido em: 20/11/2018

Aceito em: 29/11/2018

MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO E DE CIDADANIA

Mediation as an instrument of emancipation and citizenship

Caroline Wüst

Mestra em Direito na Área de Concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Especialista em Direito Tributário pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, UNIDERP, Brasil. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, Câmpus Erechim, Advogada. Mediadora Judicial e extrajudicial nas áreas cível e de família. Membro da Comissão de Mediação da Ordem dos Advogados do Brasil, subseção Passo Fundo. Docente do Instituto Meridional, IMED, Passo Fundo.

Resumo

Objetiva a presente pesquisa analisar a mediação como mecanismo de tratamento de conflitos que possibilita às partes envolvidas a escolha de seus destinos, ou seja, além de ser promotora da democracia e uma forma de exercício da cidadania, ela emancipa o sujeito. Assim, primeiramente, se analisará o conflito na sociedade contemporânea e as formas de tratamento. Na sequência, será estudada a democracia e a cidadania, a partir da qual o cidadão tem o condão de gerir e decidir suas controvérsias de maneira autônoma e independente. E, por fim, examinar-se-á a mediação como instrumento de emancipação e de exercício da cidadania, cuja finalidade é demonstrar que o cidadão, através do diálogo participa ativamente do tratamento dos conflitos que são inerentes a vida em sociedade de forma democrática. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa indireta por meio da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Cidadania. Conflitos. Democracia. Emancipação. Mediação.

Abstract

The objective of this research is to analyze mediation as a mechanism for the treatment of conflicts that allows the parties involved to choose their destinations, that is, besides being a promoter of democracy and a form of exercise of citizenship, it emancipates the subject. Thus, first, we will analyze the conflict in contemporary society and the forms of treatment. Next, we will study democracy and citizenship, from which the citizen has the power to manage and decide their controversies autonomously and independently. Finally, mediation will be examined as an instrument of emancipation and the exercise of citizenship, whose purpose is to demonstrate that the citizen through dialogue actively participates in the treatment of conflicts that are inherent to life in a democratic way. For that, the method of deductive approach and the indirect research technique were used through bibliographic research.

Keywords: Citizenship. Conflicts. Democracy. Emancipation. Mediation.

Sumário

1. Considerações iniciais; 2. Do conflito às novas possibilidades de seu tratamento; 3. Aspectos conceituais: sociedade democrática, cidadania ativa e participação social; 4. Por uma cultura da paz: a interlocução dos sujeitos como protagonistas de seu destino; 4.1 Breves aportes sobre a Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas; 4.2 Mediação como instrumento de emancipação e de exercício da cidadania; 5. Considerações finais; 6. Notas; Referências

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade contemporânea urge por novos modelos jurisdicionais face à ineficiência e ineficácia dos meios tradicionais de tratamento¹ de conflitos. Neste sentido, é cediço que o conflito é inerente ao ser humano, contudo, diante da plural sociedade, métodos diversos daquele centrado no monopólio estatal devem ser propostos com a finalidade de se obter respostas mais eficazes à conflituosidade vivida.

Assim, surge a mediação como um instrumento capaz de restabelecer a comunicação entre as partes, sendo o diálogo o fio condutor responsável por transformar o dissenso no consenso. Desta forma, a mediação constitui-se como a possibilidade de tratamento mais adequada à complexidade conflitiva atual, haja vista que propõe uma cultura da paz baseada na pluralidade de valores, de sentimentos e na existência de sistemas de vida diversos. Ela, então, reconstrói os laços sociais que foram rompidos, a partir do respeito das diferenças, do restabelecimento da comunicação e proporciona, não apenas a solução democrática do conflito, mas a emancipação do sujeito.

Enfim, a mediação pode recompor as relações sociais, pois ajuda os conflitantes a tratarem o conflito com autonomia, convergindo para o entendimento mútuo e ao consenso, sem que haja a necessidade da presença de um terceiro, o juiz, para tanto. Portanto, a mediação apresenta-se como uma possibilidade eficaz e adequada no tratamento dos conflitos não apenas em termos quantitativos, mas também qualitativos.

Face todos esses motivos, o presente estudo torna-se de suma importância. Assim, serão abordados alguns tópicos relevantes para o desenvolvimento e conclusões sobre o tema ora proposto, sendo o método de abordagem o dedutivo e a técnica de pesquisa indireta por meio de pesquisa bibliográfica.

2. DO CONFLITO ÀS NOVAS POSSIBILIDADES DE SEU TRATAMENTO

O conflito existe desde o início da civilização. Ele é intrínseco ao ser humano e aos grupos que o compõe, sendo que o seu surgimento ocorre a partir da vida em grupo. Ele é, pois, uma parte indiscutível do desenvolvimento da sociedade (ÁLVAREZ, 2003, p. 51), na medida em que ultrapassa as fronteiras do simples desencontro de opiniões, de posicionamentos, de valores, de culturas a fim de possibilitar transformações sociais inimagináveis (SPENGLER, 2012, p. 109).

Entretanto, definir a palavra conflito é extremamente difícil, razão pela qual não há uma noção unânime acerca de sua conceituação. Sabe-se apenas que possui como raiz etimológica a ideia de choque, de contrapor ideias, palavras, ideologias ou valores. Assim, para que exista conflito é imperioso inicialmente que as forças confrontantes sejam dinâmicas, que reajam entre si (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 45).

O conflito é, por conseguinte, uma forma social ensejadora de elaborações evolutivas e retroativas quanto às instituições, estruturas e interações sociais. Isso ocorre porque “o conflito não é uma realidade confinada ao âmbito apenas dos fenômenos humanos, individuais ou coletivos e sim uma realidade muito mais profunda” (SPENGLER, 2012, p. 110).

Sendo oriundos das relações sociais, os conflitos caracterizam-se como “apenas um dos muitos meios de interação e convívio dentro de uma mesma sociedade”. Contudo, eles não têm tão somente um sentido negativo, pois, a partir do momento que a sociedade é vista como um tecido de relações humanas que se modifica e se transforma sem, no entanto, cessar, “o conflito deve, necessariamente, fazer parte dessa constatação como meio através do qual muitas dessas alterações acontecem” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 52).

Assim, o conflito passa a ter um caráter positivo na medida em que proporciona mudanças, estimula inovações, mas acima de tudo, ensina a manutenção da coesão do grupo no qual ele explode, ou seja, ele é o “meio de manter a vida social, de determinar seu futuro, facilitar a mobilidade e valorizar certas configurações ou formas sociais em detrimento de outras” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 53). Neste sentido:

[...] não obstante todo conflito ser considerado uma perturbação que rompe com a harmonia e equilíbrio constituidores do *estado normal* da sociedade, ele é importante, uma vez que impede a estagnação social. Por conseguinte, o conflito não pode ser visto como uma patologia social: conflito é também vitalidade (SPENGLER, 2010, p. 245).

Desta forma, possui funções sociais importantes, pois promove mudanças na sociedade em que está inserido além de estimular o desenvolvimento individual. Todavia, o importante não é aprender a evitá-lo ou suprimi-lo, ao contrário, “diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva”. (CALMON, 2007, p. 25).

Não existindo harmonia no cumprimento espontâneo de preceitos e regras, momento em que surge o conflito, e, sendo desejada a sua solução, a jurisdição estatal aparece como meio ordinário para esse fim. Porém, como se demonstrará adiante, essa não é a única forma de solução dos conflitos.

Destarte, para tratar os conflitos que surgem na sociedade, o Estado, enquanto detentor do monopólio estatal utiliza-se do Poder Judiciário como sua força legítima. Tal legitimidade de decidir as controvérsias nasce, assim, “do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz”. (SPENGLER, 2010, p. 278).

Logo, ao outorgar ao juiz a decisão de suas contendas, a sociedade fica inerte, pois espera que o Poder Judiciário resolva a lide, isto é, que diga quem tem mais direitos, mais razão, ou quem é o vencedor da demanda, ocorre então uma transferência de prerrogativas. (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 69).

Como consequência dessa mudança de responsabilidades, surge o que se denomina de explosão da litigiosidade, ou seja, uma crescente demanda de conflitos que eclodem no Poder Judiciário a fim de que o juiz diga a última palavra com base na lei. (SPENGLER, 2010, p. 285).

De suma relevância frisar que não obstante o Poder Judiciário decidir os conflitos que lhe são apresentados, isso não significa dizer que ele estará eliminando definitivamente aqueles, pois para que o conflito seja extirpado completamente, é necessário atacá-lo desde a sua raiz, isto é, não basta que o remédio aja apenas sobre a ferida, não atacando a causa, razão pela qual o principal problema da magistratura é que ela decide as lides “sem sentir

os outros do conflito, encaixando-os num modelo normativo” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 74).

A questão central é que ao interpretar a sua função de administradores da justiça os juízes, salvo exceções, não levam em consideração o que as partes envolvidas no conflito sentem ou almejam, fazendo com que ocorra uma verdadeira brutalidade com as partes, uma vez que “ao dizer o direito” de forma abstrata e segundo suas próprias convicções nem sempre os magistrados correspondem com o significado da palavra justiça compreendido pelos litigantes.

Assim, na esteira das formas ditas tradicionais de resolver controvérsias, existem possibilidades não jurisdicionais de tratamento dos conflitos, nas quais se busca acima de tudo a pacificação social. Essas novas modalidades de compor as disputas se diferenciam por atribuírem legalidade à voz das partes que buscam pelo diálogo tratarem a lide. (SPENGLER, 2010, p. 292).

Todavia, ressalta-se que esses métodos diferenciados não desejam,

[...] propor a imediata e completa substituição da expressão tradicional, mas acrescentar fundamentos para que se abrevie o tempo em que se formulará uma nova ciência, mais ampla que o direito processual, para cuidar da pacificação social e de todos os meios para atingi-la ou restaurá-la. (CALMON, 2007, p. 27).

As formas autocompositivas de resolver os litígios representam “um ensejo concreto de participação popular na administração da justiça - e sua consequente democratização”, sendo, da mesma forma, uma resposta “do atual modelo judiciário estatal”. (MEDINA, 2004, p. 63).

Tal modelo de tratamento dos conflitos possui como sustentáculo o direito fraterno, o qual tem como pressuposto as regras de compartilhamento e de convivência mútua, onde se buscam maneiras de proteção dos direitos fundamentais a partir de métodos menos autoritários e impositivos, neutralizando dessa maneira os “choques” e minimizando os danos que a controvérsia pode causar. (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 25).

Diante deste contexto, os métodos extrajudiciais são informais e se concretizam de uma maneira contrária àquela exercida pelo Poder Judiciário, no qual o Estado, na pessoa do juiz, decide qual das partes ganha ou perde a ação. Ainda, por esses meios as partes mantêm do início ao fim o controle do procedimento, bem como de seus eventuais resultados, são, pois considerados autônomos porque são regidos e conduzidos pelos próprios envolvidos e informais por não seguirem modelos e regras pré-estabelecidas.

Neste diapasão, de suma relevância mencionar que a expressão meios alternativos de resolução de conflitos originou-se das *Alternative Dispute Resolution* (ADR) que se desenvolveram nos Estados Unidos, a partir da década de 1980, apresentando-se como alternativas ao provimento jurisdicional estatal. (SPENGLER, 2010, p. 295).

Esses meios diferenciados objetivam modificar a cultura do conflito em uma cultura de pacificação social. Assim, nas sociedades contemporâneas surge a necessidade de se buscar métodos complementares² de solução de conflitos não apenas com o intuito de de-

saforar o Judiciário, mas como método eficaz de prestação de justiça e pacificação social. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, pacificar com justiça é o “mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”. (DINAMARCO, 2003, p. 197).

Entre os meios complementares de tratamento de conflitos destaca-se a mediação, a qual será abordada e caracterizada em tópico específico, porém, a seguir serão feitos alguns aportes sobre a democracia e a cidadania para demonstrar que a partir desses dois conceitos o sujeito é capaz de se emancipar.

3. ASPECTOS CONCEITUAIS: SOCIEDADE DEMOCRÁTICA, CIDADANIA ATIVA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

O conceito de democracia e cidadania não é estático, ele se molda no tempo e se modifica de acordo com as características da sociedade em que se encontra. É fruto de um processo dinâmico, ou seja, que está em constante construção, haja vista que é o resultado da interação social.

Assim, atualmente, a democracia deve ser entendida não apenas como o conjunto de garantias institucionais, isto é, como uma liberdade negativa, mas sim como “a luta de sujeitos, impregnados de sua cultura e liberdade, contra a lógica dominadora dos sistemas”. Ela é, pois, a política do sujeito. (TOURAINÉ, 1996, p. 24).

Sendo o sujeito o alicerce da democracia, ele é o cerne da soberania popular na medida em que a “ordem política é produzida pela ação humana”. (GHISLENI; SPENGLER, 2013, p. 50). Dessa forma, o poder do povo significa a capacidade reconhecida ao maior número possível de pessoas para viverem livremente e para construir sua vida individual a partir da associação entre o que são e o que pretendem ser, bem como da resistência ao poder em nome da liberdade. (TOURAINÉ, 1996, p. 25).

Neste sentido, Amartya Sen distingue cinco tipos de liberdade: as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora, sendo que cada uma dessas espécies distintas de direitos e oportunidades, ajuda a promover a capacidade geral de uma pessoa, pois com oportunidades sociais adequadas, os sujeitos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros, “não precisam ser vistos como beneficiários de engenhosos programas de desenvolvimento”. (SEN, 2000, p. 25-26).

Para que o cidadão se emancipe e se torne sujeito de si ele deve desvencilhar-se das amarras da dominação, momento em que deve saber visualizar os efeitos de poder que o circundam, pois “o efeito de poder se impõe desvirtuando a relação de maneira farsante, a gosto das artimanhas do poder, tendo por resultado principal evitar que o marginalizado se confronte”. (DEMO, 2002, p. 261). Portanto, não apenas os regimes autoritários inibem a emancipação, mesmo nas democracias, o assistencialismo, o paternalismo e a tutela do Estado, aceitos que são pela maioria das pessoas por comodismo, tampouco permitem o desenvolvimento de uma cidadania plena. (GORCZEVSKI, 2011, p. 110).

Ter liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si e para influenciar o mundo. Neste contexto, Sen fala da importância da liberdade como aspecto da “condição de

agente”, entendido este como alguém que age e ocasiona mudança, ou seja, aquele cidadão que não fica apático diante dos obstáculos que surgem em sua vida. (SEN, 2000, p. 33).

Dessa forma, a democracia não deve reduzir o ser humano a ser apenas um indivíduo, deve reconhecê-lo como um cidadão livre, que faz parte de coletividades econômicas e culturais (TOURAINÉ, 1996, p. 29), por conseguinte, a democracia não está a serviço da sociedade ou dos indivíduos, mas dos seres humanos como sujeitos criadores de si mesmos, sendo a igualdade política “um meio de compensar as desigualdades sociais”. (TOURAINÉ, 1996, p. 37). Propugna-se, em vista disso, por uma sociedade mais igualitária e menos excludente, isto é, a não indiferença. (GUERRA, 2012, p. 140).

É possível perceber então, a relação íntima existente entre democracia e cidadania, pois “a democracia se apoia na responsabilidade dos cidadãos”. Assim, “a ideia de cidadania proclama a responsabilidade de cada um e, portanto, defende a organização voluntária da vida social contra as lógicas não políticas”. (TOURAINÉ, 1996, p. 95-97).

Liszt Vieira assinala que:

A cidadania, definida pelos princípios da democracia, constitui-se na criação de espaços sociais de luta (movimentos sociais) e na definição de instituições permanentes para a expressão política (partidos, órgãos públicos), significando necessariamente conquista e consolidação social e política. A cidadania passiva, outorgada pelo Estado, se diferencia da cidadania ativa, na qual o cidadão, portador de direitos e deveres, é essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política. (VIEIRA, 1997, p. 40).

Portanto, a cidadania na contemporaneidade remete a ideia de uma cidadania ativa, onde “os cidadãos tornam-se protagonistas da sua própria história, deixam de ser objetos das iniciativas de outros e tornam-se sujeitos do seu futuro”. (SCHMIDT, 2006, p. 1774).

Para que o sujeito se torne cidadão é imprescindível a conjugação de três elementos indispensáveis:

o primeiro é a resistência à dominação; o segundo é o amor de si pelo qual o indivíduo estabelece a sua liberdade como condição principal de sua felicidade e como um objetivo central; o terceiro é o reconhecimento dos outros como sujeitos e consequente apoio às regras políticas e jurídicas que proporcionam ao maior número possível de pessoas o máximo de oportunidades de viver como sujeitos. (TOURAINÉ, 1996, p. 172).

A correlação entre cidadania e democracia converge na medida em que esta ajuda os indivíduos a se tornarem verdadeiros sujeitos/cidadãos “capazes de resistir à dissociação entre o mundo da ação e o mundo do ser, entre o passado e o futuro”. (TOURAINÉ, 1996, p. 176).

Nas palavras de Gorczewski, “cidadania pressupõe democracia, liberdade de manifestação, de contestação, respeito a todos integrantes da comunidade, aos seus credos, aos seus valores, às suas culturas”. Contudo, ela não pode ser dada nem outorgada, ao contrário, somente pode ser alcançada pela participação, pela luta e pelo empenho dos próprios indivíduos interessados. (GORCZEWSKI, 2011, p. 110).

Assim, participação “não é ausência, superação, eliminação do poder, mas outra forma de poder”, ou seja, é uma outra forma de intervir na realidade que passa por duas fases distintas: a autocrítica, que sabe reconhecer suas tendências impositivas, e pelo diálogo

aberto com os interessados. (DEMO, 1996, p. 20-21).

Gorczevski afirma que:

[...] com a autêntica participação ocorrem dois benefícios: um individual, que atinge a autoestima e permite que o indivíduo se desenvolva como cidadão, mais competente, mais responsável e seguro de si, ao mesmo tempo em que se dá um benefício social, a melhoria da organização e o funcionamento da comunidade através da democratização. (GORCZEVSKI, 2011, p. 117).

Na realidade, o que se almeja construir é um verdadeiro comprometimento do sujeito na busca do tratamento dos seus conflitos através do diálogo, da cooperação mútua, da paz. Enfim, pretende-se a emancipação do cidadão a fim de que este torne o mundo mais humano, sem que haja desinteresse, desprendimento, desdém e apatia. Que ele não seja indiferente aos problemas que lhe rodeiam, razão pela qual é imprescindível a participação. (GUERRA, 2012, p. 143).

Nesse cenário, a mediação é, pois, um importante instrumento não apenas de emancipação, mas também de exercício de cidadania, pois a partir dela as partes envolvidas tornam-se atores ativos no tratamento das controvérsias em que estão inseridas, ou seja, participam ativamente na construção do consenso.

Assim, é necessário tecer alguns comentários sobre a Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas.

4. POR UMA CULTURA DA PAZ: A INTERLOCUÇÃO DOS SUJEITOS COMO PROTAGONISTAS DE SEU DESTINO

Como mencionado anteriormente, o conflito é inerente ao ser humano, constituindo-se como parte integrante da sociedade, principalmente da moderna. Dessa forma, diversos meios existem para dirimir e resolver as controvérsias existentes, porém nem todos proporcionam o tratamento democrático e consensual da lide através da interlocução e interação entre os sujeitos envolvidos como a mediação comunitária, a qual será objeto de apreciação na sequência.

4.1 BREVES APORTES SOBRE A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE JÜRGEN HABERMAS

O chamado mundo da vida³ onde ocorrem os conflitos é palco das relações interativas entre as pessoas. Estas passam por diversas fases: primeiro passa por gestos, depois transforma o comportamento dos envolvidos e, por último gera a interlocução entre aquele que fala e aquele que escuta. (COSTA; SILVA, 2011, p. 22). Todo esse processo resulta na "reconstrução da trama de discursos formadores de opinião e preparadores de decisão presentes no exercício da democracia em um Estado de Direito sociointegrador". (SPENGLER, 2010, p. 359).

O agir comunicativo relaciona-se com a racionalidade recíproca, ou seja, com a utilização do agir orientado para o entendimento (GHISLENI; SPENGLER, 2013, p. 60), portanto, a racionalidade comunicativa "exprime-se na força unificadora da fala orientada ao entendimento mútuo, discurso que assegura aos falantes envolvidos um mundo da vida intersubjetivamente partilhado". (HABERMAS, 2004, p. 107).

A Teoria da Ação Comunicativa enseja, pois, a possibilidade de construir novas percepções para compreender a tão complexa e distinta sociedade. Evidencia-se então a relevância da interlocução entre os sujeitos no subestabelecimento das relações interpessoais e sociais. Em outros termos, a ação comunicativa leva a crer que as relações entre as pessoas têm por finalidade não apenas a comunicação, mas o entendimento mútuo. (COSTA; SILVA, 2011, p. 23-24).

Desse modo, é possível dizer que:

[...] a ação comunicativa apenas irá ocorrer quando houver um reconhecimento intersubjetivo e uma aceitação do ouvinte em relação àquilo que o falante profere, ou seja, quando há um processo linguístico de entendimento mútuo. Ao se entenderem uns com os outros, os atores edificam pretensões de validade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, capazes de construir um acordo de natureza reflexiva, pelo fato de terem chegado a uma convicção comum. Assim, a partir de um acordo racional a respeito de normas, distancia-se do decisionismo. (COSTA; SILVA, 2011, p. 24).

A partir do momento em que o sujeito exprime os seus sentimentos e sua opinião ele tem a possibilidade de resolver consensualmente e de forma autônoma os seus conflitos, sem utilizar-se do Estado. O agir comunicativo ocorre então a partir da prática do consenso, gerando compromissos numa estrutura na qual a coerção já não serve mais como elemento condutor do agir social em relações conflituosas (SPENGLER, 2010, p. 359), momento em novas modalidades de tratamento das controvérsias surgem.

A ação comunicativa, logo, é compreendida como uma espécie de ação social orientada pela comunicação, a qual possibilita uma efetiva democratização da sociedade e exercício da cidadania através de uma concepção discursiva da soberania popular, visto que os pactos comunicativos proporcionam uma participação mais ativa dos sujeitos, bem como viabilizam a criação de espaços comunicativos orientados para a formação democrática da opinião e da vontade, através da utilização de processos de entendimento mediados pela linguagem. (GHISLENI; SPENGLER, 2013, p. 61).

Neste contexto, a mediação de conflitos por ser um procedimento alicerçado no diálogo entre as partes, funciona como um mecanismo de solidificação do Estado Democrático de Direito, pois oportuniza que os sujeitos se emancipem e se tornem cidadãos ativos, responsáveis por suas decisões.

Assim, a Teoria da Ação Comunicativa, proposta por Jürgen Habermas, possui grande importância no contexto em que se insere a mediação, pelo fato de:

[...] representar uma teoria crítica da sociedade e de pressupor que o espaço público ocupado pelos atores sociais é constituído de uma rede comunicacional em que cada sujeito tem o momento para tentar externar os atos de fala, ou seja, o que está no ímpeto dos seus mundos [...] (COSTA; SILVA, 2011, p. 23).

A mediação então deve ser entendida como um meio de tratamento de conflitos que se consubstancia pela formação do consenso, de emancipação e de exercício da cidadania, sendo o diálogo a principal ferramenta utilizada pelos interlocutores, a qual será abordada a seguir.

4.2 MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO E DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Havendo o dissenso os interlocutores buscam o restabelecimento do consenso⁴ pela racionalidade comunicativa. Assim, o consenso pressupõe três ideias essenciais: escolha, confiança e razão que constituem juntas “o sinal de união entre os homens, de um comprometimento nascido das razões comuns e, sobretudo de uma prática inerente à democracia moderna”. (SPENGLER, 2010, p. 366). É por isso que o consenso é entendido como uma estratégia democrática de tratar os conflitos.

Ao se livrarem das amarras da dominação e se abrirem à comunicação, os sujeitos podem cooperativamente evoluir mudando o seu mundo. Ao interagir e trocar experiências as partes participam ativamente na tomada de decisões reconstruindo os laços interrompidos pelo conflito. Essa reconstrução que parte do conflito para o consenso pode ocorrer pela mediação.

Assim, a mediação é uma maneira de restabelecer a comunicação rompida entre as partes formada pela posição antagonista instituída pelo litígio. Ela “facilita a expressão do dissenso definindo um veículo que possa administrar a discordância e chegar a um consenso comunicativo”. (SPENGLER, 2010, p. 350). Neste sentido, ela também poderia ser definida como a forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. (WARAT, 1998, p. 05).

É, por conseguinte “a arte de compartilhar” e tem como pressuposto o restabelecimento da comunicação entre as partes através de um terceiro imparcial denominado mediador. (WARAT, 2004b. p. 40). Sua meta é responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio, diminuindo as divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses de ambas as partes para ao final chegar à paz social. (SPENGLER, 2010, p. 322).

Possui diversas características dentre as quais se destacam: a voluntariedade, a confidencialidade, a flexibilidade e a participação ativa.

A voluntariedade decorre da aceitação por livre iniciativa ou aceitação das partes em participar do processo mediativo. A confidencialidade se caracteriza em razão das informações serem restritas ao âmbito das partes e do interventor, salvo autorização para publicidade. No que se refere à flexibilidade do processo, refere que a mediação não é um processo rígido, ou seja, não está adstrita a normas genéricas e pré-estabelecidas. E, por fim, o caráter participativo diz respeito à capacidade das partes, mediante uma atuação ativa, de buscar o consenso. (TAVARES, 2002, p. 68).

Logo, a mediação, como instrumento comunicativo, permite que as partes participem ativamente da construção do tratamento do conflito, comprometendo-se e responsabilizando-se pela decisão tomada, ou seja, é um verdadeiro exercício de cidadania, porquanto possibilita às partes sair da estagnação para chegar à mudança, transformando o sujeito em um cidadão ativo e emancipado que pode fazer suas escolhas e decisões.

Ademais, a mediação é um mecanismo que estimula a participação individual promovendo a autonomia privada, o que faz com que ocorra a consequente emancipação, na medida em que cada mediando exprime suas opiniões, sentimentos e vontades, não necessitando de uma decisão imposta do ente estatal. Ocorre então uma mudança de cultura, visto que os sujeitos participam ativamente do processo democrático de solução do litígio.

Importante, diferenciar que existem duas espécies de participação, a consensual e a normalizada. A participação consensual visa manter o equilíbrio entre os indivíduos, sem privilegiar a maioria nem prejudicar a minoria, podendo as partes se manifestar sem que haja qualquer regra prescrita, isto é, todos participam para a construção do consenso. (SPENGLER, 2012, p. 181).

Já, a participação normalizada é regulada pela hierarquia. Assim, todos os problemas existentes que necessitem de decisão devem ser solucionados por um superior. Nesse tipo de participação as partes temem se expressar, o que faz com que apenas aceitem a decisão tomada. (SPENGLER, 2012, p. 182).

Nestes termos é possível identificar a mediação como uma prática comunicativa que gera participação consensuada, onde as partes deixam a inércia para chegar à mudança. (SPENGLER, 2012, p. 183). A participação consensuada faculta às partes se confrontarem e se pronunciarem sem constrangimento ou limitação de tempo, promovendo um real exercício de cidadania, pois o cidadão sai da sombra da decisão imposta pelo Estado-juiz para ser protagonista do seu próprio destino, em suma, emancipa-se.

Por isso, a prática da mediação configura um novo passo para a democratização da justiça, abrindo um horizonte de participação e autonomia, ao priorizar o restabelecimento do diálogo entre as partes envolvidas no conflito. Assim, a emancipação e exercício da democracia e da cidadania devem ser valores perseguidos e praticados cotidianamente para que o sujeito se torne um cidadão ativo responsável pela sua história.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo abordou a análise da mediação enquanto instrumento de emancipação e de exercício da cidadania. Assim, para que o mesmo fosse possível foi necessário o estudo inicialmente dos conflitos e dos meios de tratamento, da democracia e da cidadania e, por fim da mediação.

O conflito é inerente a vida humana, entretanto é responsável por contribuir para a evolução da sociedade na medida em que rompe com a estagnação social. Assim, sendo desejada a solução do mesmo existem diversas possibilidades, entre elas a mediação.

Dessa forma, a mediação é um mecanismo que torna possível a extinção permanente de toda e qualquer disputa que surja diante da moderna e complexa sociedade contemporânea, pois restabelece entre as partes o diálogo, o que por consequência os responsabiliza.

Ela difere dos meios tradicionais, no qual o juiz é o responsável por dizer quem tem mais ou menos direitos, justamente por se caracterizar como um método dialógico e consensual em que os próprios envolvidos na contenda decidem a melhor forma de pôr fim ao

litígio.

A mediação é enfim, um instrumento que estimula a participação e a autonomia individual, o que faz com que as partes não fiquem inertes esperando por uma decisão estatal, ou seja, os mediandos participam ativamente da construção democrática do tratamento do conflito, exercendo, pois, a cidadania, o que, por consequência, os emancipa.

6. NOTAS

1. Será utilizada, a expressão “tratamento” ao invés de “resolução” de conflitos, justamente por se entender que os conflitos sociais não são “solucionados” pelo Judiciário, no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucida-los ou esclarecê-los, pois é rara a eliminação pelo Judiciário das causas, tensões e contrastes que os originaram. Assim, a expressão “tratamento” é mais adequada quando se busca tratar o conflito como medida terapêutica, buscando uma resposta satisfativa.
2. Diz-se que os meios extrajudiciais de tratamento de conflitos são complementares, haja vista que não substituem o Poder Judiciário na resolução dos litígios. Agem, entretanto, como auxiliares.
3. “Mundo da vida” de Jürgen Habermas compreende três dimensões diferentes: a) podendo ser avistado primeiramente como um mundo objetivo - enquanto conjunto de todas as entidades sobre as quais se possa produzir enunciados verdadeiros; b) o mundo social – como conjunto de todas as relações interpessoais legitimamente reguladas; c) e, por fim, o mundo subjetivo – visto como totalidade das vivências do falante, às quais este tem um acesso privilegiado. (SPENGLER, 2012, p. 166).
4. Para Habermas o consenso é o primeiro elo na formação da vontade coletiva, sendo oriundo de uma “tensão explosiva entre facticidade e validade”. (HABERMAS, 2000, p. 599).

REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003.
- CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COSTA, Marli M.M. da Costa; SILVA, Linara da. A importância do agir comunicativo na efetivação da justiça restaurativa em um contexto de alienação social. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamiir. (Org.). **Direito & Políticas Públicas VI**. Curitiba: Multideia, 2011.
- DEMO, Pedro. **Participação é conquista**: noções de política social participativa. 3.ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- DEMO, Pedro. **Solidariedade como efeito de poder**. São Paulo: Cortez; Instituto Paulo Freire, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: RT, 2003.
- GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como instrumento de resolução de conflitos baseada na teoria da ação comunicativa de Habermas. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p.

47-71, jan./abr. 2013. Disponível no site: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2449/pdf>.

GORCZEWSKI, Clovis. **A necessária revisão do conceito de cidadania:** movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos e cidadania.** São Paulo: Atlas, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez:** sobre el derecho del Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. 2.ed. Madrid: Trotta, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação:** ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos:** o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem:** alternativas à jurisdição. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. *In:* REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta.(Org). **Direitos Sociais & Políticas Públicas:** desafios contemporâneos. 6t. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária enquanto Política Pública Eficaz no Tratamento dos Conflitos. *In:* LEAL, R; REIS, JR. **Direitos Sociais e Políticas Públicas.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. Tomo 11.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e conciliação.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização.** 7.ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo:** A mediação no direito. Florianópolis: ALMED, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b. V.3.

Recebido em: 30/07/2018

Aceito em: 05/10/2018

PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: INCIDÊNCIA E LIMITES SOBRE AS TRATATIVAS CONCILIATÓRIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Principle of confidentiality and principle of publicity: Incidence and limits about the conciliation in the Public Administration

Tatiana de Marsillac Linn Heck

Advogada da União, Mestre em Direito pelo UNICEUB, Mediadora certificada pelo ICFML, membro da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS, responsável pela Câmara Local de Conciliação no RS- CLC-RS/CGU/AGU.

Luciana Marques Bombino

Procuradora do Banco Central, Graduada pela Universidade Federal de Viçosa, conciliadora da Câmara de Conciliação da Administração Federal – CCAF/CGU/AGU.

Resumo

O presente trabalho se propõe a construir um adequado modo de aplicação dos princípios da confidencialidade e da publicidade nos procedimentos de mediação em que é parte a Administração Pública. Trata da cedência recíproca entre os princípios, de modo a resguardar os direitos e interesses dos particulares e permitir o amplo controle e fiscalização da Administração Pública pelos administrados. Para isso, busca na doutrina o entendimento acerca do conteúdo e função do princípio da confidencialidade na mediação, a fim de melhor compreender como deve ser encarado nas mediações que se travam na Administração Pública. Aborda as experiências da mediação no poder público nos Estados Unidos e países europeus, a fim de avaliar o modo como a questão vem sendo tratada ali, e também na doutrina brasileira. Traz o direito público consensual como campo teórico que embasa a o que se entende ser a visão adequada sobre o tema.

Palavras-chave: Mediação. Administração Pública. Princípios. Confidencialidade. Publicidade. Direito público consensual.

Abstract

This paper proposes to construct an adequate way of applying the principles of confidentiality and publicity in the mediation procedures in which the Public Administration is part. It deals with the relation between the principles, so as to safeguard the rights and interests of individuals and allow the broad control and supervision of the Public Administration by the administrators. For this, it seeks in the doctrine the understanding about the content and function of the principle of confidentiality in mediation, in order to better understand how it should be faced in the mediations that are in the Public Administration. It addresses the experiences of mediation in public power in the United States and European countries, in order to evaluate how the issue is being dealt with there, and also in Brazilian doctrine. It brings consensual public law as a theoretical field that supports what is understood to be the proper view on the subject.

Keywords: Mediation. Public Administration Principles. Confidentiality. Publicity. Consensual public law

Sumário

1. Introdução: novos paradigmas legais; 2. Conceituação das ferramentas da mediação e da conciliação; 2.1 Do princípio da confiança; 2.2. Confiança e confidencialidade; 3. Confidencialidade e mediação na Administração Pública no direito comparado; 3.1 A confidencialidade nas mediações relativas à Administração Pública nos Estados Unidos; 3.2. A confidencialidade nas mediações relativas à Administração Pública no direito europeu; 4. Confidencialidade nos procedimentos conciliatórios entre particulares e a Administração Pública e confidencialidade entre órgãos e entidades da Administração Pública no Brasil; 4.1. Divergências em relação à aplicação da confidencialidade; 5. Direito público consensual; 6. Conclusão; 7. Notas; Referências.

1. INTRODUÇÃO: NOVOS PARADIGMAS LEGAIS

A edição da Lei nº 13.140, de 2015, ocorreu logo após à promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que estabeleceu o Novo Código de Processo Civil. O art. 3º, §2º do Novo Código de Processo Civil institui como nova norma fundamental processual o princípio da promoção pelo Estado da solução por autocomposição. Esse artigo consagra um princípio de atuação do Estado: “O *Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*”. Trata-se, portanto, da instituição de uma nova política pública que prioriza a solução consensual dos conflitos. Se isso, de um lado, importa em tratar as questões que envolvem o Estado com as flexíveis ferramentas da autocomposição, de outro traz o desafio de que esse novo instrumento, até agora menosprezado pelo direito pátrio, seja utilizado no ambiente do direito administrativo, pautado pelos princípios, leis e regulamentos, sem que esse arcabouço jurídico já existente impeça a rediscussão e revisão de certos dogmas estabelecidos no ordenamento.

O novo dispositivo legal consolidou no ordenamento a Resolução 125/2010 do CNJ que já disciplinava a solução consensual.

Na mesma esteira segue o §3º do art. 2º do NCPD ao determinar que o estímulo da solução consensual deve ser disseminado por toda a sociedade e não apenas pelo Poder Público. Todo o Novo Código de Processo Civil é estruturado sobre o estímulo à autocomposição. A posterior promulgação da Lei nº 13.140, de 2015 enriqueceu ainda mais o arcabouço jurídico ao tratar mais minudentemente a conciliação de controvérsias entre particulares, entre particulares e Administração Pública e apenas entre órgãos e entidades da Administração Pública.

É importante destacar que a resolução pacífica dos conflitos por meio de ferramentas autocompositivas propicia a emancipação do Poder Público nos processos decisórios de seu interesse, bem como confere ao particular a prerrogativa de construir soluções para a preservação de seus direitos, dispensando-se, nestes casos, a tutela do Poder Judiciário.

Nesse contexto, faz-se necessário tratar da aplicação dos arts. 2º, inc. VII; 30 e 31 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 aos procedimentos conciliatórios, tendo sob foco o aparente conflito normativo entre os dispositivos mencionados e as disposições constante na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, a Lei de Acesso à Informação.

2. CONCEITUAÇÃO DAS FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO

Cabe, neste momento, apenas por didatismo, esclarecer que a doutrina distingue os institutos da mediação e da conciliação, distinção esta que foi acolhida, ao menos concei-

tualmente, pelo Novo Código de Processo Civil, que nos parágrafos do art. 165, dispõe:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Carlos Eduardo de Vasconcelos conceitua mediação:

Mediação é método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiros mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, contextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo. (VASCONCELOS, 2015, p. 57)

Já a conciliação, ou mediação avaliativa para alguns, pode ser definida como a intervenção proativa de um terceiro imparcial na controvérsia, mediante o exercício do aconselhamento, da recomendação ou mesmo da apresentação aos interessados de solução que considere justa e adequada à solução da controvérsia.

De todo modo, é importante ressaltar que tal distinção conceitual não foi albergada pela Lei nº 13.140, de 2015, que, inclusive, utiliza a expressão mediação em sua acepção coloquial, para denominar o que doutrinariamente se conceitua como conciliação.

2.1 DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Embora o art. 2º da Lei nº 13.140, de 2015 não tenha elencado dentre seus incisos o princípio da confiança, não há dúvidas de que a natureza da atividade conciliatória tem na confiança um dos seus pilares.

Ademais, embora não elencada topograficamente dentre os princípios que regem a mediação, a confiança foi tratada pela Lei nº 13.140, de 2015, em seu art. 9º:

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

O procedimento conciliatório tem por escopo a composição amigável da controvérsia entre os interessados, mediante a intermediação construtiva de um terceiro imparcial. A relação entre conciliador/mediador e interessados é construída sobre os pilares da boa-fé e da confiança. O conciliador/mediador deve ser credor da sinceridade afetiva dos interessados, que somente serão exitosos em suas aspirações de solução autocompositiva da controvérsia se puderem confiar plenamente no conciliador/mediador. O estabelecimento de

uma relação de confiança entre conciliador/mediador e os interessados é de fundamental importância para o sucesso das tratativas.

A priorização da relação de confiança que deve existir entre o conciliador/mediador é que fundamenta a determinação de um dever de confidencialidade do conciliador/mediador, que ficará impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos interessados, bem como de atuar como árbitro ou testemunha em processos em que tenha atuado como conciliador/mediador.

O princípio da confiança também foi o norteador dos enunciados 43 e 46 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal:

46. Os mediadores e conciliadores devem respeitar os padrões éticos de confidencialidade na mediação e conciliação, não levando aos magistrados dos seus respectivos feitos o conteúdo das sessões, com exceção dos termos de acordo, adesão, desistência e solicitação de encaminhamentos, para fins de ofícios.

Em síntese, é preciso que os interessados se sintam seguros e possam compartilhar seus interesses, estratégias e receios com um interlocutor que lhes pareça honesto, leal e sincero. Uma política adequada de conciliação/mediação somente será idônea à obtenção de resultados positivos se os usuários desse serviço tiverem a certeza de que poderão se expressar livremente nas reuniões realizadas, sem que se sujeitem ao risco de prejuízos em eventuais demandas futuras, caso a composição amigável não se concretize.

2.2. CONFIANÇA E CONFIDENCIALIDADE

Confiança e confidencialidade são conceitos distintos, embora interdependentes no procedimento conciliatório. Conforme esclarecido no tópico anterior, confiança é o atributo que adjectiva a relação de respeito mútuo calcado na probidade moral de todos os atores interessados na solução de uma determinada controvérsia – conciliador/mediador e representantes das pessoas que contendem.

Já a confidencialidade é a qualidade de discrição e sigiliosidade que incide sobre as informações, documentos e propostas expostos no procedimento conciliatório. Enquanto a confiança tem sob foco a relação entre os participantes, a confidencialidade tem por foco o material produzido no curso do procedimento.

Assim, para além da análise da relação de confiança que deve orientar as tratativas conciliatórias, também é importante registrar a confidencialidade como princípio norteador da atividade conciliatória. Tal princípio foi contemplado tanto pelo Novo Código de Processo Civil, em seu art. 166, quanto pela Lei nº 13.140, de 2015, que tratou mais detidamente a questão.

Trata-se de princípio que rege tanto o procedimento de mediação quanto a atuação dos participantes e do mediador. No que tange ao procedimento, significa dizer que ele é, em regra, sigiloso, diferentemente do que se passa, em regra, com o processo judicial, cuja natureza é pública. As sessões de mediação são privadas e confidenciais, de modo que a presença de outras pessoas requer a expressa autorização dos envolvidos, e não são permitidas gravações ou registros escritos dos atos e dos diálogos, salvo para fins estatísticos (GOLDBERG, et alii, 2006, p. 428).

Já quanto à incidência do princípio da confidencialidade na atuação do conciliador/mediador, a Lei nº 13.140, de 2015, que estabeleceu novas diretrizes para o incentivo e a condução da mediação e da conciliação como alternativas autocompositivas para a solução de controvérsias, dispôs que, *in verbis*:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
 - II - isonomia entre as partes;
 - III - oralidade;
 - IV - informalidade;
 - V - autonomia da vontade das partes;
 - VI - busca do consenso;
 - VII - **confidencialidade**;
 - VIII - boa-fé.
- (...)

Art. 30. **Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial** salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

Dos dispositivos colacionados infere-se que as informações recebidas no exercício da atividade de conciliação/mediação são de conteúdo restrito. Tal confidencialidade é tão relevante que o conciliador/mediador pode, inclusive, se escusar de depor como testemunha sobre as atividades presenciadas (art. 166, §2º do NCPC). Em regra, toda e qualquer informação sobre o procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes (art. 166, §

1º do NCPC).

A interdependência entre os conceitos pode ser aferida na assertiva de que a confidencialidade das informações dentro do processo de mediação é mais um elemento que influencia na construção de uma relação de confiança entre interessados e entre estes e o conciliador/mediador. Quando os interessados confiam que nada do que foi partilhado no procedimento de conciliação poderá ser levado a público ou utilizado em outro processo em seu desfavor, sentem-se confortáveis para revelar informações relevantes sobre a controvérsia.

Por oportuno, vale observar a respeito o conteúdo de trecho extraído do Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça, que, em sua pág. 246, corrobora a relação de interdependência entre os princípios da confiança e da confidencialidade:

Pelo princípio da confidencialidade se estabelece que as informações constantes nas comunicações realizadas na autocomposição não poderão ser ventiladas fora desse processo nem poderão ser apresentadas como provas no eventual julgamento do caso, nem em outros processos judiciais. Nesse sentido, o mediador não pode servir de testemunha acerca de fato relacionado com o seu ofício como facilitador de comunicações. Em regra, pode-se afirmar que a eficiência do mediador está relacionada à confiança que as partes depositam nele e à segurança de que alguns pontos debatidos em mediação não poderão ser utilizados como prova em um processo judicial. Sem poder coercitivo sobre as partes, o mediador depende da melhora da comunicação (se não de uma verdadeira construção de confiança) entre os disputantes. Portanto, a disposição de se expressar com franqueza é essencial à eficácia do processo, isso porque para que as partes possam se comunicar com maior liberdade há de ser garantido o sigilo profissional, para evitar o uso dessas informações em ulterior julgamento.

A doutrina reconhece a necessidade de que a mediação se dê em ambiente onde deve ser construída a confiança. Segundo Carlos Eduardo de Vasconcelos (2015, p. 214), os princípios da mediação consubstanciam os seus fundamentos éticos e funcionais. Sua importância deve-se a que a mediação é um conjunto dos valores, técnicas e habilidades, que supõe princípios voltados ao “asseguramento da efetiva facilitação do diálogo, em condições de igualdade de oportunidades e liberdade igual, com vistas à compreensão e ao alcance dessa justiça do caso concreto.” (VASCONCELOS, 2015, p. 215).

O princípio da confidencialidade é descrito como aquele que assegura que as necessidades, sentimentos e questões revelados durante a mediação não podem ser utilizados em qualquer outro ambiente (VASCONCELOS, 2015, p. 215).

Também denominado de princípio do sigilo, a exigência de confidencialidade é considerada por muitos autores como essencial para a garantia de que as sessões de mediação ou conciliação possam ter maior chance de sucesso. De acordo com Fernanda Tartuce (2015, p. 209), para que os participantes da sessão consensual possam se expressar com abertura e transparência, é essencial que se sintam protegidos em suas manifestações e contem com a garantia de que o que disserem não será usado contra si em outras oportunidades.

Como bem refere Ravi Peixoto (2015), a relevância do princípio da confidencialidade é tão grande, que, na Diretiva da Mediação editada em 2008 pela União Europeia, embora constem apenas algumas regras gerais, há menção expressa a ele em seu art. 7º.

Antônio Carlos Ozório Nunes (2016, p. 223) destaca a confidencialidade como um dos elementos necessários para o estabelecimento do *rapport*, vínculo que se cria entre o mediador e as partes. O autor considera que a confidencialidade é um dos elementos centrais da mediação, ao lado do clima, do estabelecimento de conexões empáticas, da visualização das coisas do ponto de vista do outro, da percepção da situação de modo imparcial e completo e da descoberta do interesse comum a ser buscado (NUNES, 2016, p. 223).

Sob este prisma, Ozório Nunes afirma a confidencialidade como elemento central da mediação, uma vez que ela embasa a relação de confiança que necessariamente deve existir entre mediador e partes (NUNES, 2016, p. 223). Segundo o autor, “Sem um alto grau de confiança da parte no mediador, a mediação não avança, e o sigilo é aspecto central no estabelecimento desta relação de confiança” (NUNES, 2016, p. 225).

3. CONFIDENCIALIDADE E MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO COMPARADO

Em países que tem obtido sucesso na utilização do instituto da mediação, vê-se que o princípio da confidencialidade tende a ser observado, ainda que uma das partes seja a Administração pública. É essa a posição adotada tanto nos Estados Unidos, como em países da Europa, onde a mediação vem se desenvolvendo mais aceleradamente nos anos mais recentes.

3.1 A CONFIDENCIALIDADE NAS MEDIAÇÕES RELATIVAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS ESTADOS UNIDOS

Nos EUA, a resolução alternativa de conflitos² no âmbito da Administração Pública ocorre de acordo com as normas dispostas na *Administrative Resolution Act*, de 1996. Segundo Luciane Moessa de Souza, que fez estudo a respeito do tema no direito estadunidense, em seu teor, a lei federal estendeu a confidencialidade a todas as comunicações entre o mediador ou árbitro e uma das partes. A justificativa para essa medida teria sido a alegação de gestores de órgãos públicos de que a ausência de confidencialidade nas comunicações com os mediadores inibiria o uso da mediação por órgãos públicos. Com base na lei de 1996, foi definido, no âmbito federal, nos EUA, que a publicidade somente abrange o acordo pelo qual se estipula a mediação e o acordo dela resultante, sendo confidenciais todas as demais “comunicações” (termo que abrangeria também documentos técnicos produzidos durante a mediação), exceto quando houver disposição normativa em contrário ou ordem judicial para revelar o conteúdo da comunicação, ordem que somente pode ser proferida para evitar uma grave injustiça, para provar uma violação de regra jurídica ou para evitar dano à saúde ou segurança pública, de magnitude suficientes que supere os danos que serão causados à integridade do processo de resolução de disputas, ao reduzir a confiança das partes em casos futuros de que suas comunicações permanecerão confidenciais (SOUZA, 2014, p. 87-88).

Antes mesmo da legislação clara a respeito, doutrina e jurisprudência dos EUA delinearão critérios acerca da quebra da confidencialidade em conflitos de dimensão pública. Em relação a um dos primeiros casos que envolviam questões ambientais (*Richards of Rockford, Inc. v Pacific Gas & Electric Co.*), em 1976, foi decidido, com base em proposta

doutrinária, realizar um teste de ponderação, com base em quatro critérios: a) analisar a natureza do processo judicial em que se pretende ver utilizada a informação protegida pela confidencialidade, a fim de verificar se são interesses públicos ou privados que estão em jogo; b) verificar se o depoente era ou não parte no procedimento de mediação em que se pretendia ver quebrada a confidencialidade, a fim de verificar se o depoente estaria revelando interesses próprios ou de terceiros que nele confiaram; c) verificar se a informação que se pretende obter mediante quebra da confidencialidade poderia ser obtida de outra forma ou se aquele depoimento era a única fonte disponível para obtê-la e d) verificar se a informação era absolutamente necessária para resolver o conflito em que se pretende utilizá-la. De acordo com Liepmann (1986-1984, apud SOUZA, 2014, p. 88), no caso em tela, a decisão com base na utilização dos critérios descritos, a corte decidiu que não era o caso de quebra de confidencialidade. Três anos depois, idêntica ponderação foi utilizada no caso *Adler v Adams*, no Estado de Washington, o que levou ao mesmo resultado (SOUZA, 2014, p. 88).

Autores norte-americanos como Leman defendem que a definição da confidencialidade deva se dar com base em garantias procedimentais, ao invés de ser pautada com base em fatores imponderáveis no momento da mediação, e se aponta um teste proposto por Wigmore, (1972), também baseado em quatro critérios que, se presentes, garantiriam a confidencialidade. São eles:

1. as comunicações devem ter sido realizadas na confiança de que permaneceriam confidenciais;
2. a manutenção da confidencialidade deve ser essencial para uma relação satisfatória de confiança;
3. deve haver um interesse coletivo na preservação dessa relação;
4. o dano que decorreria da revelação da informação deve ser maior que o benefício oriundo da manutenção da confidencialidade que caracteriza a mediação. (SOUZA, 2014, p. 88).

Assim, no direito americano, fica claro que a confidencialidade é princípio que tem sua incidência assegurada, ainda que a mediação envolva entes públicos, sendo a regra, e a publicidade, exceção, que deve ser justificada.

3.2. A CONFIDENCIALIDADE NAS MEDIAÇÕES RELATIVAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO EUROPEU

Em estudo que comparou a mediação como procedimento administrativo nas experiências francesa, alemã e inglesa, Alfonso Masucci (2009, p. 33) aponta as principais características do procedimento em cada um destes países, entre as quais destaca a confidencialidade. Segundo contextualiza o autor, na Inglaterra, a mediação ocorre por meio de comum acordo entre as partes e o mediador, acerca de como estruturar o procedimento e, todos os acordos que estabelecem um procedimento de mediação na Administração Pública contém a cláusula “*without prejudice*”, que garante a não admissibilidade nem o emprego das informações obtidas durante o procedimento de mediação em sede jurisdicional (MASUCCI, 20019, p. 26). Além dessa, estreitamente ligada à mencionada cláusula, há a “cláusula de segredo”, a qual impõe completa reserva sobre as informações que o mediador e as partes possam adquirir durante o desenvolvimento do procedimento, cláusula que se traduz não somente na proibição de divulgar o conteúdo das comunicações estabelecidas entre as partes, e entre estas e o mediador, mas também contém a proibição de utilizar ditas comunicações judicialmente caso o procedimento de mediação não leve a um acordo (MASUCCI,

2009, p. 26). Como esclarece o autor

una cláusula de este tipo busca en realidad impulsar a las partes a negociar abiertamente, a realizar concesiones. Favorece la comunicación entre las partes y favorece la elaboración de una solución compartida. E acrescenta que a violação à obrigação de reserva sujeita o infrator a uma ação por ressarcimento de danos. (MASUCCI, 2009, p. 26).

Já na França e na Alemanha os sistemas de mediação em matéria administrativa estão mais atrelados à estrutura da Administração pública, o que não impede que também nestes dois países, a mediação de conflitos em direito administrativo preveja o dever de sigredo do mediador, o que, ao lado da imparcialidade do mediador, do respeito do princípio do contraditório e do princípio de paridade de armas, asseguram que os procedimentos de mediação administrativa nestes países estejam conformes à filosofia própria aos meios adequados de resolução de conflitos, que buscam *conjuguar la informalidad del procedimiento, protagonismo del papel de las partes en la definición de la solución del litigio y garantías procedimentales* (MASUCCI, 2009, p. 33-34).

Assim, a visão que prepondera é a da confidencialidade como garantia procedimental inerente ao procedimento de mediação tanto nos Estados Unidos, onde conta com mais tempo de tradição, como em diferentes países da Europa, onde a mediação na Administração Pública é tratada com seriedade, na busca de propiciar o sucesso na resolução consensual dos conflitos que envolvem o Estado.

4. CONFIDENCIALIDADE NOS PROCEDIMENTOS CONCILIATÓRIOS ENTRE PARTICULARES E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONFIDENCIALIDADE ENTRE ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A Lei nº 13.140, de 2015, disciplinou a mediação entre particulares; a mediação entre particulares e a Administração Pública; e a mediação restrita apenas aos órgãos e entidades da Administração Pública. Interessa-nos especialmente as segunda e terceira hipóteses e sobre elas discorreremos na sequência.

Os arts. 2º, 30 e 31 da Lei nº 13.140, de 2015, em síntese, atribuem caráter confidencial às tratativas conciliatórias. Tais disposições são albergadas pelo princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, amparado pelo art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

O vocábulo '*confidencial*', em uma primeira acepção, significa "*não divulgável, sigiloso, secreto*", já o vocábulo sigilo significa "*aquilo que permanece escondido da vista ou do conhecimento*" (HOUAISS 2001. p. 796 e 2568). Os arts. 2º, 30 e 31 da Lei nº 13.140, de 2015 são regras gerais que incidem, em princípio, em todos os procedimentos conciliatórios, não havendo no texto legal qualquer exceção expressa quanto à sua aplicação às tratativas conciliatórias que envolverem a Administração Pública.

De outro lado, embora a Lei nº 13.140, de 2015 não abra exceções expressas à confidencialidade, não se pode ignorar o princípio constitucional da publicidade, espreado por

todo o texto constitucional, notadamente nos arts. 5º, inc. XXXIII; 37, § 3º, inc. II e 216, § 2º, que têm por escopo imprimir a necessária transparência aos atos da Administração Pública oportunizando aos administrados, mediante o acesso à informação clara, o controle e a fiscalização da atividade administrativa.

O princípio da publicidade se confunde com o próprio Estado Democrático de Direito. O art. 1º, parágrafo único, da vigente Constituição Federal dispõe que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes. Ora, *“pertencendo o poder ao povo, este não poderá ficar privado de informações concernentes ao agir da Administração Pública. Logo, aquele que atua e decide na qualidade de representante do povo, tem o dever acentuado de dar satisfação dos seus atos”* (FERRAZ et alii, 2001. p. 84).

Ademais, é o princípio da publicidade que permite ao administrado ter o controle não apenas da legalidade dos atos praticados, mas também da moralidade subjacente às suas decisões.

Essa breve explanação sobre a confidencialidade e a publicidade, tem o escopo exclusivo de distinguir e situar os direitos protegidos pela Constituição, ambos materializados em forma de princípios: a necessária observância da publicidade na condução das atividades da Administração Pública e a inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada dos administrados.

Não se pode presumir que o administrado, ao voluntariamente se submeter às regras que regulamentam o procedimento conciliatório no âmbito da Administração Pública, abdique automaticamente da prerrogativa de manter a confidencialidade das informações e documentos que apresentar, ou mesmo abdique de eventuais direitos que vier a reconhecer na seara conciliatória. Como já se afirmou, o ambiente conciliatório deve ser amigável, confiável e seguro. De tal modo que, nas controvérsias entre particular e Administração Pública, deve-se assegurar ao particular a reserva necessária para que, seja pessoa física ou jurídica, não veja expostos dados negociais, sigilos industriais, informações financeiras e toda a sorte de informações que somente lhe dizem respeito e que, publicadas, possam lhe acarretar sérios prejuízos.

Desse modo, parece razoável que nos procedimentos administrativos iniciados para intermediar controvérsia entre particular e Administração Pública, se observem os arts. 2º, 30 e 31 da Lei nº 13.140, de 2015, bem como o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, protegendo o particular da curiosidade alheia e da exposição desnecessária de seus negócios.

Não se deve olvidar, no entanto, que, se de um lado da controvérsia existe um particular, merecedor da garantia da inviolabilidade de sua vida privada, do outro encontra-se a Administração Pública, cuja publicidade de seus atos é desejada e requerida pela sociedade.

Desse modo, não há que se falar em invalidade de um princípio por outro, mas de cedência recíproca, ou seja, a publicidade recuará o suficiente, e apenas o suficiente, para resguardar os interesses do particular, mas, uma vez realizado o acordo este será público, como são todos aqueles celebrados pela Administração Pública.

Portanto, em síntese, o procedimento conciliatório entre particular e Administração Pública se submeterá às regras da sigiliosidade, mas o seu produto final, qual seja, o acordo celebrado, se sujeitará ao princípio da publicidade, permitindo aos administrados o pleno e absoluto controle da atividade administrativa.

Tal prerrogativa – a sigiliosidade –, no entanto, não alcançará o procedimento conciliatório desenvolvido apenas entre órgãos e entidades da Administração Pública. Não há que se invocar aqui qualquer sigilo. Embora, excepcionalmente, ele possa ocorrer, fato é que, como regra, tanto o procedimento conciliatório como o acordo final celebrado se sujeitarão ao princípio da publicidade.

Apesar de a questão sobre a confidencialidade ser novidade na doutrina e na jurisprudência e já dividir os doutrinadores entre aqueles que adotam a confidencialidade e aqueles que acreditam deva prevalecer a publicidade, amparados no argumento da superioridade do interesse público sobre o privado, bem como na necessidade de transparência que a Administração Pública deve conferir à sua atuação, a adoção de um entendimento moderado sobre o assunto parece ser a alternativa menos danosa tanto à implantação da nova política pública de solução consensual dos conflitos, estabelecida no art. 3, §2º, do NCPD, quanto à transparência dos atos praticados pela Administração Pública.

A prevalência da publicidade nos casos em que a controvérsia esteja restrita a órgãos e entidades da Administração Pública não significa a exposição leviana das informações e documentos apresentados pelos interessados a qualquer pessoa que não faça parte das negociações. A publicação plena do procedimento conciliatório (discussões, propostas de acordo, reconhecimento ou confissão de fato) teria o efeito deletério de afastar o Poder Público das mesas conciliatórias, ante o risco, infelizmente hoje onipresente, de espetacularização das notícias. Não é incomum que revistas ou jornais de circulação nacional peçam acesso a documentos e processos e, quando lhes é franqueado o acesso, editam e publicam seletivamente o que desejam, dando à publicação o viés adotado por seu editorial. De outro lado, a confidencialidade irá subtrair do administrado o poder de fiscalizar a Administração Pública.

Entre tais extremos, parece que o melhor caminho seja adotar o princípio da publicidade diferida ao procedimento conciliatório, garantindo aos órgãos e entidades da Administração Pública um ambiente sereno e confiável para a exposição honesta de suas dificuldades, mas franqueando, na sequência, ampla publicidade ao documento final produzido em seu bojo, qual seja, o acordo. Essa posição tem amparo, inclusive, na Lei de Acesso à Informação. Vejamos.

Ainda que ausentes outras motivações legais para eventual restrição às informações obtidas nas discussões e constantes no processo, não caberia de imediato dar-lhe qualquer publicidade, até mesmo por se tratar de documento preparatório que, nos termos do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, combinado com os arts. 3º, XII, e 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, só teria seu acesso franqueado após o advento do ato ou da decisão que o adotasse como fundamento: no caso, após a eventual celebração de acordo para o término dos litígios, ou, na impossibilidade do acordo, do termo final que

encerra o procedimento.

Ora, o procedimento conciliatório nada mais é que uma série concatenada de atos que têm como escopo a celebração do acordo. Por conseguinte, o acordo, firmado pelos interessados por meio de um termo de conciliação, é que é o ato final do procedimento. Quaisquer outros atos ou deliberações efetuadas no curso do procedimento têm natureza de atos preparatórios e, como tais, estão amparados pelo sigilo, nos termos do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, combinado com os arts. 3º, XII, e 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

Ademais, caberia neste momento pontuar também que o acesso irrestrito às tratativas, acarretaria a publicação de eventuais análises de riscos processuais aos quais estaria exposta a Administração Pública, o que poderia ser aproveitado contra seus interesses, fragilizando sua defesa em juízo, caso o procedimento conciliatório fosse infrutífero. A publicidade irrestrita imporia ao Estado litigar, na defesa do interesse coletivo, em condições desvantajosas, em flagrante afronta ao princípio da supremacia do interesse público. Afinal, a possibilidade de lançar mão de soluções de conciliação, recurso importante na busca do resultado que se verifique como o melhor possível, diante das circunstâncias de controvérsia judicial, pressupõe a avaliação dessas circunstâncias. A conciliação pode pressupor, inclusive, o reconhecimento pelos interessados da fragilidade de suas teses e lhe permite o controle dessas fragilidades. Ocorre, porém, que, não efetuado o acordo, a exposição dessas fragilidades comprometeria significativamente a paridade de armas que informa o princípio do contraditório e a isonomia processual, assim como o resguardo conferido pela ordem constitucional à ampla defesa e à supremacia do interesse público.

Por conseguinte, em prol da transparência dos atos públicos, bem como da necessidade de franquear ao administrado o controle da Administração Pública, o procedimento conciliatório entre órgãos e entes da Administração Pública deverá ser norteado pelo princípio da publicidade diferida, que resguardará, em última instância, a própria defesa do interesse público. A publicidade incide, portanto, sobre o ato pronto e acabado, mas não sobre o processo dialético.

A publicidade ilimitada poderia afastar o Poder Público da mesa de negociação, na medida em que a revelação de suas teses poderia lhe trazer futuramente eventuais prejuízos na seara judicial, acaso a conciliação fosse infrutífera.

Importante registrar que tanto a sigilosidade adotada nos procedimentos conciliatórios entre particular e Administração Pública como a publicidade diferida adotada nos procedimentos conciliatórios envolvendo apenas a Administração Pública não podem ser opostas aos órgãos fiscalizadores da Administração Pública, como Tribunal de Contas da União e Controladoria-Geral da União.

Por fim, há de se ressaltar a possibilidade de o acesso aos dados do procedimento conciliatório ser restringido pela incidência de sigilo legal de outra natureza, como a confidencialidade por razões de segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal), ou pela classificação da informação, nos termos do disposto nos art. 23 e seguintes da Lei nº 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI).

4.1. DIVERGÊNCIAS EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE

Apesar da construção aqui proposta, é importante notar que, ainda que o princípio da confidencialidade tenha recebido destaque na nossa legislação, quando se trata de mediações na Administração Pública, parte da doutrina brasileira tem afastado sua incidência. Acorados na ideia de que a mediação em direito administrativo deve observância plena ao princípio da publicidade, que tem sede constitucional (art. 37, caput, da Constituição de 1988), alguns autores brasileiros entendem que este deve preponderar frente ao princípio da confidencialidade da mediação³.

Além da previsão constitucional, para a doutrina nacional, a observância do princípio da publicidade nas mediações que tem como parte a Administração Pública se deve à incidência direta da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), a qual prescreve o sigilo como exceção nas questões concernentes à Administração Pública.

Segundo Ravi Peixoto (2015), deve prevalecer o interesse público da publicidade das informações, ainda que a exigência de publicidade, na mediação, desencoraje algumas partes à realização de acordos com o poder público. Assim, o autor entende que, caso a parte desista da mediação em razão de não concordar com sua publicidade, isso é justificável, já que entende ser o princípio da publicidade absoluto, preponderando sobre a mediação (PEIXOTO, 2015). Esse entendimento dá plena expressão ao direito administrativo tradicional, em que os dogmas não são superados, mesmo que isso signifique o sacrifício do diálogo buscado com o cidadão. O autor justifica com o argumento de que a mesma lógica, de preponderância do princípio da publicidade, teria sido seguida na autorização dos entes públicos na realização da arbitragem (PEIXOTO, 2015)⁴. Assim, segundo esse autor, por mais que a ausência da garantia de confidencialidade venha a afastar a realização de alguns procedimentos arbitrais ou de mediações no poder público, em nome do tratamento semelhante que deve ser dado a um e a outro instituto, a mediação na Administração Pública deve consagrar o interesse público na transparência e na publicidade dos procedimentos que envolvam entes públicos (PEIXOTO, 2015).

Por conta desses fatores, a mediação e a conciliação, das quais faça parte o Poder Público não seriam abrangidas pelo dever de confidencialidade, com a exceção dos casos em que a própria Lei 12.527/2011 preserva o sigilo das informações, o que é defendido por outros autores.

Luciane Moessa de Souza e Cristina Ayoub Riche (2016, p. 185) entendem que, dentre as peculiaridades que o regime de direito público traz à resolução consensual de conflitos, não se pode admitir a ideia de confidencialidade para as sessões conjuntas de mediação, muito menos para a documentação produzida durante o procedimento de resolução consensual do conflito, a menos que se trate de informação acobertada por sigilo comercial, industrial, bancário, que coloque em jogo a intimidade ou a vida privada de particulares, ou, ainda, que se trate de algum segredo de Estado. Essa posição é adotada pelas autoras em decorrência da aplicação, à mediação, da lógica trazida pela Lei de acesso à informação, a qual, segundo elas, ditaria um “novo paradigma para a Administração Pública, em que o

acesso é a regra e o sigilo a exceção”, na “consolidação do processo de transparência adotado no (SOUZA e RICHE, 2016, p. 183).

Ainda segundo as autoras, para que na mediação com os entes públicos pudesse incidir a confidencialidade, as informações deveriam ser classificadas, conforme possibilidade prevista na Lei 12. 527/2011 e regulamentada pelo decreto 7.724/2012. Assim, as informações eventualmente classificadas como reservadas seriam informações cuja divulgação poderia ser restrita por um determinado período (SOUZA e RICHE, 2016, p. 185).

Adotando posição semelhante, muitos autores brasileiros que tratam do tema consideram que, ainda no ambiente de mediação, impera a necessidade de se observar amplamente o princípio da publicidade que norteia a Administração Pública. Marco Antônio Rodrigues (2016, p. 386), afirma que, no caso da Administração Pública, a confidencialidade prevista no art. 166 deve ceder, via de regra, à publicidade, já que esta é princípio constitucional fundamental a incidir sobre a Administração. De outro lado, o autor pondera que, embora seja a regra geral a superação da confidencialidade pela publicidade, seria importante notar não ser esta última princípio absoluto, podendo existir valores que justifiquem sua não incidência em certas situações específicas, em virtude de previsão legal, ou mesmo por decisão judicial, em casos de autocomposição ocorrida no curso do processo (RODRIGUES, 2016, p. 386).

Luciane Moessa de Souza (2014, p. 87) explicita como incide a preponderância do princípio da publicidade em detrimento da confidencialidade, considerando ser inadmissível que, nos conflitos coletivos que envolvem entes públicos, seja como partes, seja como mediadores, pensar em confidencialidade como regra. Assim, a autora prega que a regra geral seria a da publicidade quanto a: a) termos do acordo; b) provas e estudos técnicos produzidos durante o procedimento de mediação; c) sessões deliberativas conjuntas, reunindo todas as partes no conflito, a fim de discutir propostas de soluções, informações levantadas ou firmar o acordo final (SOUZA, 2014, p. 86).

Esse foi o início do tratamento dado pela doutrina brasileira ao princípio da confidencialidade nas mediações que tem como parte a Administração Pública, onde a doutrina parece ter efetuado uma mera transposição do valor absoluto do princípio da publicidade do direito administrativo tradicional para o ambiente da mediação.

Assim, a prevalência do princípio da publicidade, adotado como regra, em detrimento do princípio da confidencialidade, admitido somente de forma excepcional, e de acordo com o teor da Lei de acesso à informação, foi a posição inicialmente dominante no Brasil, como ficou atestado não só pela doutrina que argumentou nesse sentido, mas que também refletiu na primeira ampla discussão sobre o tema, havida no I Fórum Nacional do Poder Público⁵, ocorrido em 2016, onde se aprovou o seguinte enunciado:

6. (art. 166, Lei 13.105/15; art. 2º, Lei 13.140/15; Lei 12.527/11) A confidencialidade na mediação com a Administração Pública observará os limites da lei de acesso à informação (Grupo: Meios alternativos de solução de conflitos e a Fazenda Pública).

5. DIREITO PÚBLICO CONSENSUAL

Elisa Eidt (2016, p. 167) já abordou a problemática da possibilidade da utilização da mediação pela Administração Pública, tendo concluído que a superação de certos dogmas concernentes ao direito administrativo tradicional pode trazer inúmeras vantagens ao Estado e ao cidadão por meio da utilização das vias autocompositivas para esse tipo de conflitos. Alfonso Masucci (2009, p. 15) também destaca a nova lógica, que aponta para uma mudança de paradigma no direito administrativo tradicional, pois reflete uma tendência que atravessa o direito administrativo, segundo a qual à lógica da decisão de um terceiro se contrapõe a lógica fundamental do diálogo. Essa tendência, segundo o autor, “*auspicia un derecho administrativo dúctil, que supera la contraposición tradicional entre Administración Pública e ciudadano, y se inspira en el diálogo*”.

Em mais um de seus escritos, nos quais faz recorrente proposta de uma nova visão do estado de direito, que teria uma dimensão voltada à co-construção da realidade, com participação do cidadão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca a superioridade das soluções negociadas,

nas quais a consensualidade aplaina as dificuldades, maximiza os benefícios e minimiza as inconveniências para todas as partes, pois a aceitação de ideias e de propostas livremente discutidas é o melhor reforço que pode existir para um cumprimento espontâneo e frutuoso das decisões tomadas. O Estado que substituir paulatinamente a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade será, indubitavelmente, o que garantirá a plena eficiência de sua governança pública e, como consequência, da governança privada de todos os seus setores. (MOREIRA NETO, 2001, p. 142-143.)

Assim, frente ao desafio decorrente da pluralidade de valores consagrados pelo ordenamento constitucional, a partir de 1988, e que devem ser perseguidos e realizados pelo Estado (BATISTA JR., 2007, p. 58), a doutrina busca construir um direito administrativo que seja geral e igual no seu ponto de partida, mas que seja maleável e sensível às diferenças, a ponto de ser capaz de se adequar às diferentes nuances da realidade, conseguindo ao final, com justiça e eficiência, realizar os objetivos estatais, que, em última análise, tem por escopo promover o bem estar dos seus cidadãos.

Alguns autores emprestam ao fenômeno o termo transadministrativismo (MOREIRA NETO et alii, 2016, p. 15), o qual é inovador, na medida em que consagra o instituto da transação, que vai de encontro a vários dogmas do direito administrativo tradicional, confiando nas imensas possibilidades trazidas pelas diferentes formas de autocomposição, entre as quais consta a mediação, apostando nas arrojadas ferramentas acrescentadas ao arcabouço estatal tradicional, cuja potencialidade, entretanto, há de ser bem aproveitada.

Na mesma linha, Onofre Alves Batista Junior (2007, p. 107) defende uma Administração Pública que, sem rebelar-se contra a lei, não deixando portanto de ser garantística, seja também efficientística, isto é, torne-se capaz de atender da melhor forma possível as necessidades e os interesses da sociedade.

Assim, para a efetividade da utilização da mediação para o tratamento dos conflitos que envolvem a Administração Pública, há de se reconhecer as peculiaridades do direito administrativo, que pautam a mediação que é adequada e possível em matéria administrativa,

mas também devem ser reconhecidas as nuances que os princípios inerentes à mediação acrescentam ao direito. Dessa forma, a influência do direito administrativo na mediação deve se dar de modo a respeitar o seu cerne, a fim de que este instituto não seja despojado do seu imenso potencial quando trazido à esfera do direito público.

Fernanda Tartuce (2015, p. 187) alerta neste sentido, afirmando que a observância dos princípios da mediação é crucial para que sua prática seja realizada de forma adequada em proveito das pessoas em crise. De acordo com a advertência da autora,

tanto jurisdicionados como advogados brasileiros padeceram de muitas mazelas ao longo dos anos por conta de práticas que, apesar de denominadas conciliatórias, não respeitavam princípios nem técnicas de conciliação, mas buscavam a todo custo a extinção dos processos judiciais (TARTUCE, 2015, p. 187).

Assim é que, tanto na França como na Alemanha e Inglaterra, ainda que interna à Administração, a fim de que o procedimento seja fiel ao que se propõe, a prática da mediação respeita as características do direito administrativo, sem de outro lado deixar de preservar suas características intrínsecas.

Más en concreto, el respeto de un nivel mínimo de garantías permite a cada una de las partes, (...)un conocimiento cuidadoso y adecuado de los términos del litigio. Permite superar la asimetría informativa que a menudo subsiste entre las partes, y valorar en términos objetivos la posición propia y ajena. Permite a las partes dialogar constructivamente por una solución justa y transparente del litigio. Permite una negociación en términos paritarios, pues ninguna negociación paritaria eficaz puede poner en marcha sin la disposición de las informaciones necesarias. En síntesis, el respeto de este nivel mínimo de garantías permite reconocer en el procedimiento de mediación un medio alternativo a la solución de los litigios creíble. Sin el respeto a esta condición, se caería en la retórica de las virtudes salvíficas de los medios alternativos de resolución de los litigios. (MASUCCI, 2009, p. 35, grifado)

Na busca da efetiva solução consensual, possível apenas em um ambiente de confiança, é necessário ponderar os princípios que aparentemente colidem, o que só é possível com a superação da tradicional visão dogmática do direito administrativo.

Nesse sentido, vemos que o consenso na Administração Pública insere-se no referencial teórico inaugurado por um novo direito administrativo, o direito público consensual, vigente a partir da Constituição de 1988, balizado nos princípios de direito administrativo, interpretados à luz do conjunto dos valores constitucionais do Estado Democrático e Social, instituído pela carta constitucional. A interpretação à luz dos valores constitucionais do Estado Democrático e Social implica na flexibilização dos princípios da Administração Pública à vista de outros princípios, o que possibilita sua interpretação em harmonia com os princípios da mediação, agora também normatizados.

6. CONCLUSÃO

O procedimento conciliatório entre particular e Administração Pública será orientado pelo princípio da sigilosidade, albergado nos arts. 2º, inc. VII; 30 e 31 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, mas o termo de acordo, ou o termo de encerramento, no caso de as tratativas serem inexitosas, se sujeitará ao princípio da publicidade.

O procedimento conciliatório entre órgãos e entidades da Administração Pública será norteado pelo princípio da publicidade diferida, o que implica em dizer que tanto o acordo ou

termo de encerramento, bem como as informações e documentos que o motivaram também serão públicos, mas terão a sua publicidade postergada para o final das tratativas.

A garantia do sigilo em relação às informações obtidas no procedimento de mediação, durante e após sua realização, limitando-se a publicidade somente ao resultado obtido, coaduna-se com o instituto da mediação, e também com as disposições legais a respeito, arts. 30 e 31º da Lei de Mediação. Essa solução compatibiliza o princípio da confidencialidade da mediação com o princípio da publicidade do direito administrativo.

Dentro do arcabouço teórico do direito público consensual, a mediação em direito administrativo deve ser reconhecida como instituto regido harmoniosamente pelos princípios da confidencialidade (em relação ao procedimento) e da publicidade (em relação ao resultado), sem que a prevalência absoluta de qualquer deles comprometa o procedimento ou o ato administrativo resultante, de modo a preservar as imensas potencialidades do instituto, de um lado, bem como a devida transparência do ato administrativo, o que vem em benefício da Administração Pública e do cidadão.

7. NOTAS

1. Art. 7º. Confidencialidade da mediação. 1. Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, exceto: a) caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a proteção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou; b) caso a divulgação do conteúdo do acordo obtido por via de mediação seja necessária para efeitos da aplicação ou execução desse acordo. 2. Nada no n. 1 obsta a que os Estados-Membros apliquem medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação.

2. O termo *Alternative Dispute Resolution* – ADR – foi amplamente utilizado por nos EUA a partir da disseminação dessa nova cultura. Atualmente, ainda que a doutrina prefira o termo resolução adequada de conflitos, o termo tradicional é encontrado em muitos trabalhos de autores norte-americanos, por isso aqui a referência.

3. Ravi Peixoto refere ainda a menção à publicidade no Poder Judiciário (art. 93, IX, da CF), reforçado e densificado pelo art. 8º, do CPC/2015. (PEIXOTO, 2015).

4. É provável imaginar que, por diversas vezes, a arbitragem tenha um caráter confidencial, justamente para evitar os problemas inerentes à existência de um litígio, tais como a desconfiança do mercado em relação a uma empresa, a divulgação de informações desfavoráveis aos participantes etc. No entanto, o art. 1º, § 3º, da Lei 9.307/1996, com a redação dada pela Lei 13.129/2015 afirma expressamente que "A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade". (PEIXOTO, 2015)

5. Segundo apresentam os organizadores: "Nos dias 17 e 18 de junho de 2016, na cidade de Brasília, ocorreu o I Fórum Nacional do Poder Público, sob a coordenação de Marco Antônio Rodrigues (Procurador do Estado do Rio de Janeiro), Rita Dias Nolasco (Procuradora da Fazenda Nacional) e Paulo Mendes (Procurador da Fazenda Nacional). O evento reuniu 66 estudiosos do Direito Público (em especial, processualistas civis, administrativistas e tributaristas) de todo o Brasil, dentre advogados públicos, advogados privados e magistrados (relação anexa), e teve por objetivo interpretar o novo Código de Processo

Civil – Lei n. 13.105/15, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.256/16 – e seus impactos nas relações em que a Fazenda Pública seja parte, com a elaboração de enunciados. O objetivo principal foi que todos participassem efetivamente das discussões e reflexões despidos de preocupações ideológicas ou de vaidades acadêmicas, de modo a todos juntos contribuímos para a formação da ciência processual, diante de um novo Código de Processo Civil”

6. Art. 30. *Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.*

§ 1º *O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:*

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º *A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.*

§ 3º *Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.*

§ 4º *A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.*

Art. 31. *Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.*

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo A. Rezende; PANTOJA, Fernanda. Natureza da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Juspdium, 2016. p. 87-99.

BATISTA JR. Onofre Alves. **Transações administrativas**. Belo Horizonte, Quartier Latin, 2007.

BRAGA NETO, Adolfo. Capacitação em mediação de conflitos – estudo e vivência gradual dos novos paradigmas na construção do ser mediador. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Juspdium, 2016. p. 771-802.

EIDT, Elisa Berton. **Autocomposição na Administração Pública**. Santa Cruz do Sul, Essere nel Mondo, 2017. Disponível em: <http://www.esserenelmondo.com/it/diritto-autocomposiCAo-na-administraCAo-pUblica-ebook100.php>.

FERRAZ, Sérgio, Dallari, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 2001.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank. E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah R. **Dispute resolution. Negotiation, mediation and other processes**. 4 ed. New York, Aspen, 2006.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

JONATHAN, Eva; ALMEIDA, Rafael Alves de. Dinâmica da mediação: etapas. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Juspdiun, 2016. p. 241-256.

MASUCCI, Alfonso. El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa. In: **Revista de Administración Pública**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2009, p. 9-35. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2979639.pdf>.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro, Borsoi, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C. B de; GARCIA, Flávio Amaral. O futuro da Advocacia-Pública: A ação preventiva e proativa. In: **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 7, 2016, p. 11-36.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil. In: **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 109-119.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de mediação: Guia prático da autocomposição**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PEIXOTO, Ravi. **Sobre o Princípio da Confidencialidade na Mediação e na Conciliação**. Em: <http://www.adambrasil.com/sobre-o-principio-da-confidencialidade-na-mediacao-e-na-conciliacao/>. Acesso em: 17 fev. 2018

RODRIGUES, Marco Antônio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. ed. Sao Paulo, Atlas, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. 1. ed. Brasília, Fundação Universidade de Brasília, 2014.

SOUZA, Luciane Moessa de; RICHE, Cristina Ayoub. Das câmaras de mediação. In: **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 179-221.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. São Paulo, Método, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

Recebido em: 19/10/2018

Aceito em: 04/12/2018