

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

Renata Hellwig Ferreira

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA DO DIREITO
ADMINISTRATIVO

Porto Alegre
2017

RENATA HELLWIG FERREIRA

**MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE
SOB A ÓTICA DO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA DO DIREITO
ADMINISTRATIVO**

Trabalho apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito do Estado pelo Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Porto Alegre
2017

À minha mãe, por toda a base, força e apoio constantes.

À minha irmã Fernanda, pela parceria de sempre, em todos os momentos.

À minha sobrinha Isadora, cuja presença e até a mera lembrança, servem de incentivo à leitura, à escrita, ao estudo, ao futuro.

AGRADECIMENTOS

Neste momento em que mais uma etapa da minha formação acadêmica se encerra, com a especialização no ramo do direito ao qual me dedico na pesquisa e na atuação profissional, tanto como advogada pública quanto privada, é fundamental homenagear e agradecer as pessoas que fizeram e fazem diferença na minha vida.

Primeiramente, gostaria de agradecer ao Professor Rafael da Cás Maffini que aceitou me orientar neste tema que há muito ocupa minha atividade de pesquisa e minha vida profissional.

Agradeço, ainda, a todos os professores do curso de Especialização em Direito do Estado da UFRGS cujas disciplinas – Teoria e Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Direito Tributário e Direito Administrativo – foram fundamentais a minha formação e confecção deste trabalho, além da pretensa continuidade da minha pesquisa acadêmica.

Não posso esquecer os colegas do curso, cujas discussões em aula e a convivência, em muito agregaram meu conhecimento, e em especial às “Gurias do Estado” que tornaram as noites de sexta e manhãs de sábado mais leves e felizes.

Além disso, agradeço aos funcionários da UFRGS por todo o apoio em todos os momentos, muito especialmente à Fabi e à Ades.

Aos colegas de trabalho da Procuradoria, além dos colegas Advogados Públicos com os quais tenho a honra de conviver na Comissão Especial de Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Sul, agradeço pela troca de experiências e prática no Direito Público e na Administração Pública, sem as quais a formação teórica não seria tão completa.

Por fim, agradeço a minha família, especialmente à minha mãe e à minha irmã por todo o apoio, todas as lutas travadas e as vitórias alcançadas; e ao meu dindo Renato, pela acolhida semanal durante o período de aulas da Pós-Graduação, por todo o incentivo aos meus estudos, pela presença em minhas conquistas, por todo o apoio, enfim, agradeço imensamente por tudo.

“(Ao direito fundamental à boa administração pública) corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.

Juarez Freitas

RESUMO

O presente trabalho visa a investigar a relação do paradigma neoconstitucionalista do direito administrativo, o qual é norteado pelos princípios constitucionais e considera como fundamento estruturante do Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais e a democracia, com a possibilidade de utilizar a mediação e arbitragem para solucionar os conflitos envolvendo a Administração Pública. Isso porque, em que pese novos diplomas legislativos – a saber a lei de mediação, a lei de arbitragem e o código de processo civil – disponham acerca desta possibilidade, os posicionamentos contrários à utilização dos métodos alternativos à jurisdição pela administração pública embasam-se fundamentalmente nos princípios que historicamente norteiam o direito administrativo, mormente a legalidade e a supremacia e indisponibilidade do interesse público, os quais são por vezes contrários aos princípios norteadores da mediação e da arbitragem. Entretanto, pretende-se demonstrar que através de uma desconstrução principiológica, baseada no paradigma neoconstitucional, que permite uma releitura e reinterpretação dos princípios, através da técnica da ponderação, da ideia da juridicidade administrativa, da proteção da confiança e do instrumento da participação, aptas a permitir a utilização da mediação e da arbitragem nas relações administrativas, legitimando democraticamente a atuação administrativa, bem como concretizando direitos fundamentais, eis que propiciam a participação dos administrados nas decisões e soluções de conflitos administrativas.

Palavras-chave: Administração Pública. Neoconstitucionalismo. Mediação e Arbitragem. Juridicidade administrativa. Ponderação de princípios. Participação.

RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

Questo articolo obiettivo ricerca il rapporto di nuovo paradigma costituzionalista di diritto amministrativo, il che è guidato da principi costituzionale e ritiene come fondazione strutturante di Stato Democratico di Diritto il diritto fondamentale e la democrazia, con la possibilità di utilizzare mediazione e l'arbitrato per risolvere i conflitti che coinvolgono la Pubblica Amministrazione. Questo perché, nonostante la nuova normativa - vale a dire la legge della mediazione, diritto dell'arbitrato e del Codice di procedura civile - il controllo di questa possibilità, le posizioni si oppongono all'utilizzo di metodi alternativi alla giurisdizione da parte della pubblica amministrazione è fondamentale alla base i principi che guidano il diritto amministrativo storica, in particolare la legittimità e la supremazia e indisponibilità di interesse pubblico, che sono talvolta in contrasto con i principi guida della mediazione e l'arbitrato. Tuttavia, abbiamo intenzione di dimostrare che attraverso una decostruzione di principio sulla base di paradigma di nuovo costituzionalismo che permette una rilettura e reinterpretazione dei principi, in vista la tecnica, l'idea di legalità amministrativa, la protezione di fiducia e strumento di partecipazione, in grado per consentire il ricorso alla mediazione e l'arbitrato nei rapporti amministrativi, amministrative con legittimità democratica e la realizzazione dei diritti fondamentali, ecco fornire la partecipazione dell'amministrazione nelle decisioni amministrative e risoluzione dei conflitti.

Parole chiave: Pubblica Amministrazione. Neoconstitutionalism. Mediazione e Arbitrato. la legalità amministrativa. Principi di ponderazione. Partecipazione..

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CP	Código de Processo Civil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
§	Parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.1 Uma análise legislativa.....	15
2.2 Uma análise principiológica: os falsos óbices da mediação e arbitragem na Administração Pública.....	19
3 O PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA DO DIREITO ADMINISTRATIVO...25	
3.1 Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.....	25
3.2 Breve análise de gênese do direito administrativo	27
3.3 A mudança de paradigmas do direito administrativo	29
4 UMA POSSÍVEL (DES)CONSTRUÇÃO PRINCIPIOLÓGICA: MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	34
5 DISPOSIÇÕES FINAIS	37

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro tem prestigiado sobremaneira os métodos alternativos à jurisdição para a solução de conflitos, sejam os autocompositivos – negociação, conciliação e mediação – seja o heterocompositivo – arbitragem.

Tal tendência se denota após a democratização do acesso à justiça, mormente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que expressou em seu texto a inafastabilidade da jurisdição no rol de direitos e garantias fundamentais¹.

No entanto, a jurisdição, que pode ser entendida como a atuação do Estado que visa à aplicação do direito ao caso concreto, resolvendo definitivamente uma situação de crise jurídica e gerando a paz social², não é a única forma de solucionar os conflitos. Existem, para tanto, equivalentes jurisdicionais que são métodos alternativos à jurisdição para solucionar conflitos, podendo ser citados a autotutela, a arbitragem e a autocomposição.³

Na autotutela tem-se tomada de decisão coercitiva, na qual há violência. É utilizada somente em casos excepcionais⁴.

A arbitragem, assim como a decisão judicial, é um método heterocompositivo de resolução de conflitos, baseada em um modelo adversarial, cuja decisão é imposta às partes por terceiro. Pode ser convencionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio.

Por outro lado, na autocomposição o foco está nos interesses das partes e não nas suas posições que podem ser, inclusive, modificadas no curso do processo.

¹ Art. 5º, XXXV, da CF.

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, P. 31.

³ FERREIRA, Renata Hellwig. Mediação e conciliação no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista Ad judicia da Escola Superior de Advocacia/OAB/RS, 2015.

⁴ São exemplos de autotutela a legítima defesa, presente no art. 188, I, do CC, bem como no art. 25 do CP, caso em que é excludente da ilicitude (art. 23, II, do CP); o desforço imediato em caso de turbacão ou esbulho, podendo manter-se ou restituir-se na posse do bem por sua própria força (art. 1.210, caput e §1º, do CC); a possibilidade de o Estado anular ou revogar seus atos, conforme súmula 473 do STF.

Assim, os conflitos podem ser consensualmente solucionados, em suas diversas formas, quais sejam transação e submissão.

Submissão é método unilateral, no qual uma das partes se submete à pretensão contrária, ainda que legítima sua resistência⁵.

No que tange à transação, tem-se como uma de suas espécies a negociação, uma transação bidirecional concebida para chegar a um acordo, na qual as partes transacionam diretamente, isto é, sem a intervenção de terceiros.

Ademais, há outras duas formas de transação, a saber, a conciliação e a mediação, as quais tem em comum a interferência de um terceiro na busca da autocomposição e, baseiam-se na consensualidade, visando a comunicação entre as partes e os ganhos mútuos, o que permite a solução do litígio sociológico e não somente processual. Tais formas diferem-se pela posição do terceiro. Em suma, na conciliação o ele intervém oferecendo soluções para a composição do conflito. Na mediação, a seu turno, o terceiro intermediário constrói um diálogo entre as partes para que elas resolvam por si o conflito. Em ambos os casos, o terceiro não impõe sua vontade, e sim facilita o diálogo utilizando-se de técnicas visando à solução integral do conflito existente.

No que toca especificamente à mediação, consabido que seu foco é o conflito central e os problemas acessórios que envolvem esse conflito, os quais somente podem ser trabalhados, com a observância dos reais interesses que o envolve e não somente a posição aventada no processo judicial.

Mister ressaltar-se que, em que pese a doutrina brasileira diferencie os métodos autocompositivos, mormente pela posição do terceiro facilitador, em se tratando de utilização destes meios de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública, possível sua utilização como sinônimos.

Isso porque, não existe nos conflitos envolvendo entes públicos a necessidade da separação das figuras do terceiro que facilita o diálogo (mediador) e do terceiro julgador (que decidirá o conflito se o acordo não for alcançado). Por tal razão, inclusive magistrados podem conduzir o processo de resolução consensual de conflito que envolva entes públicos, sendo artificial no caso a distinção que se faz

⁵ É exemplo de submissão a desistência de uma ação e a renúncia aos direitos sobre os quais se funda a ação, previstos no art. 343, §2º, do CPC.

entre mediação e conciliação⁶. Assim, abordar-se-á no presente trabalho a mediação – abarcando os métodos autocompositivos de solucionar conflitos – e a arbitragem, método heterocompositivo alternativo à jurisdição para resolução de conflitos.

Entretanto, os meios alternativos à prestação jurisdicional do Estado não conduzem à privatização do processo, e sim, a um Judiciário reformado e mais democrático, com ampliadas e efetivas instâncias reguladoras dos conflitos⁷.

⁶ SOUZA, Luciane Moessa de; RICHE, Cristina Ayoub. Das Câmaras de Mediação. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Org.). A Mediação no Novo Código de Processo Civil. Editora Forense, 2015. P. 179-223, p. 186.

⁷WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: Os “novos” direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas, p. 13.

2 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os métodos alternativos de solução de conflitos estão em voga no ordenamento jurídico brasileiro e são utilizados nos litígios envolvendo particulares, mas paulatinamente vem sendo instrumento de resolução de contendas envolvendo o Poder Público.

Com a democratização do acesso à justiça e a falta de estrutura do Poder Judiciário brasileiro para a crescente demanda de ações em tramitação, depreende-se que a preocupação atual dá-se com a morosidade judicial, com a efetividade da prestação jurisdicional em prazo razoável e apta a produzir eficácia social.

Ocorre que a Administração Pública figura entre os maiores litigantes no Brasil, conforme pesquisa realizada pelo CNJ:

“Conforme dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, apurados em março de 2011, em âmbito nacional, o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS aparece em primeiro lugar com 22,33% dos processos ajuizados. Em 2º lugar, vem a Caixa Econômica Federal, com 8,5%, seguida pela Fazenda Nacional com 7,45%. A União tem 6,97% dos processos ajuizados; o Banco do Brasil 4,24%, e o Estado do Rio Grande do Sul, 4,24%, este portanto o quinto maior litigante. Na Justiça do Trabalho a União aparece com o maior número de demandas, 16,73% dos processos ajuizados, seguida pelo INSS e Caixa Econômica Federal com 6,41% e 5,29%, respectivamente, do total de processos ajuizados. Levando em consideração os números das Justiças Estaduais, o Estado do Rio Grande do Sul aparece em primeiro lugar com 7,73% dos processos ajuizados. O setor público federal aparece litigando em 33% das ações no polo ativo e 67% das ações no polo passivo. Já o setor público estadual litiga em 28% das ações no polo ativo e 72% no polo passivo.”⁸

Tal realidade não pode ser desconsiderada quando se busca alternativas para a celeridade da prestação jurisdicional, mesmo porque a Administração Pública é norteadada, dentre outros, pelo princípio da eficiência, insculpido no texto

⁸ SANTANNA, Gustavo da Silva. Administração Pública em Juízo (coleção em homenagem ao Prof. Darci Guimarães Ribeiro, V1). Porto Alegre: Verbo Jurídico 2013. p. 19-33, p. 19.

constitucional⁹, e a dinâmica judicial e extrajudicial na resolução de conflitos envolvendo o Poder Público deve estar adequada ao Estado Democrático de Direito.

Com isso, mister observar-se que a utilização da mediação e da arbitragem para solucionar conflitos nos quais uma das partes seja a Administração Pública denota-se adequada não somente ante a morosidade judicial, visando a celeridade na decisão, atentando-se à eficácia, mas também a fim de adequar a solução de conflitos no âmbito do Poder Público à democratização do direito administrativo, visando a proporcionar maior participação dos administrados nas decisões administrativas e na relação com a administração.

⁹ Art. 37, *caput*, da CF.

2.1 Uma análise legislativa

Os métodos alternativos de solução de conflitos - MASCs foram implementados como Política Pública com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹⁰ que impõe a utilização da mediação e conciliação pelos Tribunais brasileiros, uma vez que o direito de acesso à justiça além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas.¹¹ A referida resolução estimula os MASCs no âmbito da Administração Pública, eis que prevê a constituição de uma rede entre órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino¹², e para o seu desenvolvimento caberá ao Conselho Nacional de Justiça “atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação, em especial nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência”.¹³

A autocomposição verifica-se em inúmeras normas, sejam cíveis, trabalhistas ou penais. Pode-se mencionar a estrutura do procedimento trabalhista, pautado na tentativa de conciliação¹⁴, a norma insculpida no inciso IV do art. 125 do já revogado Código de Processo Civil – CPC (lei nº 5.869/1973)¹⁵, que determinava ao magistrado o dever de tentar conciliar as partes a qualquer tempo, além dos Juizados Especiais, normatizados pela Lei 9.099/95, estruturados de maneira a obter a conciliação cível, bem como a transação penal.

Nessa senda, os Juizados Especiais da Fazenda Pública, instituídos pela lei nº 12.153/2009, dispendo sobre o pro- cessamento especial dos litígios de pequena monta envolvendo os Estados, Distrito Federal e Municípios. Note-se que esta lei necessita de complementação por legislação de cada Unidade da Federação, nos termos de seu artigo 8º. E, na esfera federal, a legislação básica sobre transações é

¹⁰ Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

¹¹ Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

¹² Art. 5º da Resolução nº 125/2010 o CNJ.

¹³ Art. 6º, inciso VIII, da Resolução nº 125 do CNJ (com redação dada pela emenda nº 2, de 08.03.2016).

¹⁴ A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT prevê a existência de Juntas de conciliação e julgamento e privilegia o acordo em seu procedimento.

¹⁵ Em 2015 entrou em vigor o novo CPC (lei nº 13.105).

a Lei nº 9.469, de 1997, que admite transação sem diferenciar ou restringir a matéria, para os litígios que envolvem a União ou outro ente federal.

A negociação direta, método autocompositivo, possui previsão legal, como a possibilidade de realização do compromisso de ajustamento de conduta, instituído pelo art. 5º, §6º, da lei 7.347/1985 para evitar a ação civil pública¹⁶.

Ademais, a consensualidade que baseia a utilização de métodos autocompositivos, possui previsão na legislação de diversas agências reguladoras, de realização de consultas e audiências públicas, para a elaboração de seus atos normativos, e que é adotada mesmo por entes que não dispõem de tal previsão legal, o que corrobora com a participação na tomada de decisões na Administração Pública.

Da mesma forma, vale mencionar que o Código Tributário Nacional admite a transação como forma de extinção do crédito tributário (artigo 156, III).

Convém-se lembrar da lei de arbitragem (lei nº 9.307/1996), que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis¹⁷.

Entretanto, há pouco não havia previsão de mediação e arbitragem para solucionar conflitos envolvendo o Poder Público. O emprego da arbitragem pela Administração Pública foi disciplinado pela Lei 8.987/95, em seu art. 23-A, com redação dada pela lei 11.196/05, que a restringia aos contratos de concessão de serviço público.¹⁸

A parceria público-privada, regida pela lei nº 11.079/2004, também pode prever, em seu instrumento convocatório, a possibilidade de emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem¹⁹.

Ocorre que a Lei 13.129/15, que alterou a lei de arbitragem, amplia a possibilidade de utilização da arbitragem no âmbito das relações jurídico-administrativas, estendendo-a para dirimir todos os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, consoante dispõe o art. 1º, parágrafo primeiro, do diploma

¹⁶ Art. 5º. (...)

(...)

§6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo judicial.

¹⁷ Art. 1º

¹⁸ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, 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.

¹⁹ Art. 11, III, da lei 11.079/2004

legal²⁰. Ademais, a arbitragem que envolva a Administração Pública deverá ser sempre de direito, conforme insculpido no parágrafo segundo do referido dispositivo legal²¹

Ademais, a arbitragem pode ser convencionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes comprometem-se em um contrato a submeter à arbitragem eventuais conflitos que venham a surgir relativamente a tal contrato²². O compromisso arbitral, por sua vez, é a convenção através da qual as partes submetem um litígio já existente à arbitragem²³. No que toca à celebração da convenção de arbitragem, na qual se incluem a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, a lei dispõe que a autoridade ou o órgão competente da administração pública é a mesma para a realização de transações²⁴

No que tange à possibilidade de empregar a mediação para a resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública, a Lei 13.140/15, que entrou em vigor em 03.12.2015, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, o marco regulatório da mediação, regulamentando as formas de autocomposição de conflitos no âmbito das pessoas jurídicas de Direito Público²⁵.

Além disso, o processo civil brasileiro passou por uma grande transformação, com a entrada em vigor do novo CPC (lei nº 13.205/2015). Isso porque, pretende-se uma nova ideologia, a partir de uma nova concepção do processo civil, o que vai ao encontro de todo o direito brasileiro, preocupado em sintonizar as regras legais com os princípios constitucionais, basilar do neoconstitucionalismo. Consoante Marinoni²⁶, há, principalmente, dois eixos temáticos bem definidos: Estado Constitucional; tutela de direitos e processo justo.

²⁰ Art. 1º. (...)

§1º. A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

²¹ Conforme se depreende do art. 2º da lei 9.307/1996, a arbitragem envolvendo particulares poderá ser de direito, na qual as partes escolhem as regras a serem aplicadas, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública, ou de equidade, em que as partes convencionam a realização com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

²² Art. 4º, caput, da lei 9.307/1996

²³ Art. 9º, caput, da lei 9.307/1996

²⁴ Art. 1º, §2º, da lei 9.307/1996

²⁵ Art. 1º da lei nº 13.140/2015.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC: Crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60

Dentre as modificações, percebe-se que o novel código prestigiou de forma significativa a mediação, uma vez que a trouxe em sessão própria²⁷, bem como a arbitragem, expressa em diversos dispositivos²⁸.

Outrossim, o CPC inovou no direito brasileiro prevendo a utilização da mediação em conflitos envolvendo o Poder Público, tanto judicialmente quanto no âmbito da própria administração²⁹.

O Código Processual, assim como a lei da mediação – aquele genericamente no âmbito da administração³⁰, esta nos órgãos da advocacia pública³¹ –, dispõem acerca da criação de câmaras de mediação e conciliação com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos no âmbito da administração pública; promover celebração de Termo de Ajustamento de Conduta.

Da mesma forma, dispõe acerca da possibilidade de serem utilizadas na resolução de conflitos no âmbito da administração pública, outras formas de mediação e conciliação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, inclusive câmaras privadas de conciliação e mediação.

A lei de mediação dispõe, ainda, que os conflitos envolvendo o Poder Público poderão ser dirimidos em órgão externo às câmaras, mormente antes de sua criação³².

Assim, verifica-se que a mediação e a arbitragem estão vastamente previstas na legislação brasileira, em diversas situações tocantes à resolução de conflitos envolvendo o Poder Público, restando a sua operacionalização no âmbito da administração pública, a fim de tornar efetivas às previsões legais.

²⁷ Art. 334 do CPC.

²⁸ Arts. 337, X, e 485, VII, do CPC.

²⁹ Art. 174 do CPC

³⁰ Vide nota 29

³¹ Art. 32 do CPC

³² Art. 33 da lei 13.140/2015

2.2 Uma análise principiológica: os falsos óbices da mediação e arbitragem na Administração Pública

A mediação e a arbitragem são norteadas por princípios que, *a priori*, poderiam ir de encontro aos princípios que informam o direito administrativo.

A lei nº 13.140/2015 dispõe, em seu artigo 2º, acerca dos princípios que orientam a mediação: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé. No mesmo sentido, acrescenta o código de processo civil, em seu artigo 166, os princípios da independência e da decisão informada.

Outrossim, no que tange à arbitragem, a legislação não traz expressamente os princípios que a norteiam. Entretanto, denota-se que, via de regra, o procedimento é sigiloso. Ademais, parte da doutrina defende que a arbitragem em contratos envolvendo a Administração Pública vincula-se à autorização legal e à existência de contrato regido pelo direito privado³³.

No que toca aos princípios que regem o direito administrativo são aqueles expressos no texto constitucional³⁴, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência³⁵. Além deles, são implícitos os princípios do interesse público – supremacia e indisponibilidade –, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade.

O princípio da *eficiência* é um dos grandes fundamentos a justificar a utilização da mediação e da arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública, em razão da morosidade do poder judiciário em solucionar conflitos, bem como sendo o Estado o maior litigante no Poder Judiciário brasileiro, mas não é o único.

Há outros princípios - a saber legalidade (ou juridicidade), isonomia ou publicidade – que poderiam justificar a impossibilidade de utilizar a

³³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 52.

³⁴ Art. 37, caput, da CF.

³⁵ A doutrina e a legislação arrolam outros princípios que informam a Administração Pública, a saber a lei nº 9.784/1999, que trata dos processos administrativos no âmbito federal, e a lei nº 8.666/80, que trata das licitações públicas, mas o presente trabalho utilizou-se dos princípios necessários para os fins a que se destina.

mediação e a arbitragem no âmbito do Poder Público e, ainda que não impeçam sua utilização, trazem a esses conflitos peculiaridades que não estão presentes, via de regra, nos conflitos de natureza privada (salvo direitos personalíssimos ou matéria de ordem pública, em que não impera a confidencialidade, bem como nas relações consumeristas, em que não há isonomia).³⁶

Outro princípio a ser analisado é a *motivação*, que se trata do dever de a Administração Pública fundamentar a prática de seus atos administrativos. Embora não esteja expressa na Constituição, não há dúvida quanto a sua importância e *status* de princípio constitucional, eis que oriundo de inúmeras normas constantes do texto da constituição³⁷. Este princípio está intimamente relacionado com os atos administrativos discricionários, o qual possui uma margem de discricção, diversamente dos atos vinculados, que são intimamente ligados ao princípio da legalidade estrita. Entretanto, entende-se hodiernamente que tal diferenciação deve ser abrandada, em razão do princípio da motivação, eis que “os atos administrativos destituídos de motivação afiguram-se anuláveis”³⁸

Ocorre que, não pode o administrador furtar-se de tal dever na convenção de arbitragem, tampouco na mediação, sendo, no entanto, o ponto de partida que traça os limites da negociação a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto. Não se pretende, assim, que o agente público esteja desvinculado das normas jurídicas e princípios constitucionais quando realizar um acordo resolvendo o conflito com o administrado.

Assim, não há dúvida de que todos os acordos, judiciais ou extrajudiciais, envolvendo o Poder Público devem ser devidamente fundamentados. A questão importante que se assenta está na necessidade de fundamento legal para eventual acordo ou convenção de arbitragem realizada pela administração pública.

Isso porque, o princípio da legalidade administrativa está expresso na Carta Constitucional³⁹ e é notório no direito administrativo que a administração pública somente deve agir conforme autorização legal, ou seja, não pode agir senão legitimada por preceitos legais, é a denominada reserva legal⁴⁰. Há outro sentido,

³⁶ SOUZA, Luciane Moessa de; RICHE, Cristina Ayoub. Das Câmaras de Mediação. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Org.). A Mediação no Novo Código de Processo Civil. Editora Forense, 2015. P. 179-223, p. 181.

³⁷ Art. 5º, XXXV, art. 37, *caput*, art. 93, X, da CF.

³⁸ FREITAS, Juarez. Discricionarieidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49.

³⁹ Art. 37, *caput*, da CF.

⁴⁰ MAFFINI, Rafael Da Cás. Elementos do Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 45, p. 43.

qual seja, da primazia da lei e do Direito⁴¹, segundo o qual uma conduta contrária à ordem jurídica poderá ser invalidada. Tal princípio é para parte da doutrina óbice para o desenvolvimento da mediação, que demandaria alguma margem discricionária do agente público para que se chegasse ao entendimento. Da mesma forma, impediria a submissão da administração à arbitragem, caso ausente autorização legal.

Outrossim, princípio expresso no texto constitucional que pode ser considerado um obstáculo à utilização da mediação e da arbitragem para solucionar conflitos envolvendo o Poder Público é o Princípio da *Impessoalidade*, através do qual a administração deve agir de modo a desconsiderar, em princípio, as características pessoais, seja dos cidadãos, destinatários da função administrativa, seja dos administrados⁴². Tal princípio visa a reduzir as subjetividades nas relações administrativas, evitando discriminações desarrazoadas ou favorecimentos pessoais. Justamente esta objetividade poderia ir de encontro à consensualidade buscada pela mediação na resolução de conflitos.

Entretanto, a impessoalidade pode ser concebida como isonomia ou igualdade, no seu aspecto material, ou seja, todo aquele que se encontre em uma situação de conflito com o Poder Público na mesma situação ou em situação análoga deve buscar o mesmo método de solução, por decorrência da isonomia, observando-se, entretanto, a autonomia da vontade das partes em situação de conflito.

Além disso, outro princípio essencial ao desenvolvimento da mediação é o da *confidencialidade*, cuja preocupação é conciliá-lo ao princípio constitucional da *publicidade* que norteia o Poder Público, sendo a prestação da informação pela Administração Pública uma regra e o sigilo deve ser motivado e ocorrer em situações específicas.

Tal princípio está consubstanciado na Lei de Acesso à Informação (lei 12.527/2011) que consolida o processo de transparência na Administração Pública⁴³.

⁴¹ Vide nota 40.

⁴² MAFFINI, Rafael Da Cás. Elementos do Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 45.

⁴³ A lei nº 12.527/2011 regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º, inciso II, do § 3º do art. 37 e §2º do art. 216 da CF.

Assim, em que pese a confidencialidade, não se pode olvidar da publicidade quando se trata de resolução de conflitos envolvendo o Poder Público. Nestes casos, a confidencialidade é a exceção e precisa ser juridicamente justificada. Não se pode admitir, via de regra, sigilo nas sessões de mediação e nos procedimentos de arbitragem, tampouco para a documentação produzida durante os procedimentos.

Ademais, uma justificativa para conciliar os princípios da confidencialidade e da publicidade seria a classificação das informações, autorizadas pela lei de acesso à informação, regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012. As informações classificadas como reservadas são aquelas cuja divulgação indiscriminada pode colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado. Por isso, apesar de serem públicas, o acesso a elas deve ser restringido por um período determinado. A lei prevê que as informações podem ser classificadas como reservadas, secretas ou ultrassecretas, conforme o risco que sua divulgação proporcionaria à sociedade ou ao Estado⁴⁴, deve, assim, a autoridade ou agente público formalizar sua decisão de classificar uma informação.

Por fim, o princípio do *interesse público* é utilizado como um importante argumento contrário à utilização de métodos alternativos de conflitos na esfera pública.

Poder-se-ia entender que a indisponibilidade do interesse público afastaria de pronto a utilização da arbitragem no âmbito do Poder Público, eis que somente deve ser utilizada quando se trata de direitos disponíveis e o interesse público é, em princípio, indisponível.

Entretanto, a mediação, que busca a consensualidade na solução de conflitos, também pode ser afastada, eis que através do diálogo seria possível dispor de direitos, o que vai de encontro a indisponibilidade.

A supremacia do interesse público é um dos pilares do direito administrativo, firma a prevalência do interesse coletivo em detrimento do interesse particular. Mostra-se relevante diferenciar o interesse público primário do interesse público secundário⁴⁵. Este seria o interesse meramente patrimonial da administração, em relação ao qual não existe nem indisponibilidade nem supremacia. Aquele, por sua

⁴⁴ SOUZA, Luciane Moessa de; RICHE, Cristina Ayoub. Das Câmaras de Mediação. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Org.). A Mediação no Novo Código de Processo Civil. Editora Forense, 2015. P. 179-223, p. 185.

⁴⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello faz tal menção na doutrina brasileira.

vez, seria o interesse legítimo da coletividade e, de fato, indisponível. Os interesses públicos secundários, isto é, da máquina estatal, só poderão ser perseguidos pela Administração Pública nas hipóteses em que coincidirem com os interesses públicos primários, ou seja, da coletividade, dotados de supremacia sobre os interesses privados (interesses secundários, sejam do Estado, sejam dos particulares)⁴⁶

Nessa senda, a questão assenta-se na possibilidade de harmonizá-la com a possibilidade de transigibilidade, a fim de solucionar os conflitos envolvendo o Poder Público.

Quanto ao princípio do interesse público, invoca-se, ainda, a desigualdade nas relações de poder entre administração e particular, a partir da qual, entretanto, pode-se afastar pela denominada relação de administração, na qual a administração pública deve observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem⁴⁷. No entanto, é uma atividade de quem não exerce um domínio, orientada a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que a exercita⁴⁸, assim é norteadada pela noção de função, isto é, um conjunto de poderes administrativos para a proteção de interesses alheios que se traduzem em deveres⁴⁹.

Um dos deveres elementares do mediador é buscar amenizar a eventual desigualdade entre os envolvidos no conflito, indicando ao lado mais fraco a necessidade de buscar um advogado ou outro perito técnico para aconselhá-lo, quando for o caso, buscando certificar-se de que ele compreendeu as questões técnicas e jurídicas que estão em jogo, buscando assegurar que informações essenciais para a resolução do conflito sejam compartilhadas entre as partes. Também é dever ético do mediador buscar garantir que os interesses legítimos daqueles que não estão presentes à mesa de negociação (por impossibilidade) sejam respeitados.⁵⁰

Assim, em que pese a desigualdade nas relações entre Poder Público e particular, bem como sendo visando a relação de administração à satisfação de interesses alheios à Administração Pública e ao particular, a mediação facilitada por

⁴⁶ HACHEN, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 37.

⁴⁷ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3 ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 22.

⁴⁸ CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 21

⁴⁹ MAFFINI, Rafael Da Cás. Elementos do Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 38.

⁵⁰ SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Editora Fórum, 2012, p. 69.

um terceiro imparcial pode ser justificada pelo papel do mediador e a garantia a tais interesses.

Para Santos⁵¹, “só a mediação poderia subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real”, o que é parece ser inevitável para democratizar as relações administrativas.

⁵¹ SANTOS, Boaventura de Souza. O discurso e o poder. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23.

3 O PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O paradigma neoconstitucionalista do direito administrativo foi construído, após as transformações ocorridas no Estado, verificando-se a importância de proceder-se a uma releitura dos princípios norteadores de todos os ramos do direito, em atenção a constitucionalização do direito, em especial relativamente ao direito administrativo, tendo em vista sua gênese.

3.1 Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito

O Estado e o Direito constitucional passaram por inúmeras transformações nas últimas décadas. O fim da 2ª Guerra Mundial, ocorrida em meados de 1945⁵², na qual atrocidades ocorreram em nome do Estado de Legalidade, demandou a formação do Estado Constitucional de Direito, o que foi institucionalizado no Estado brasileiro pela Constituição de 1988, promulgada após um regime ditatorial que vigorou entre 1964 e 1985⁵³.

Além disso, percebeu-se que o positivismo jurídico⁵⁴ que reduz o direito à norma, tratando-a de modo autônomo, fragmentado, aprofundando um conhecimento específico recortado do todo da realidade social, com fundamento na filosofia analítica⁵⁵, era insuficiente para refletir acerca do direito, pelo que sua função social e sua interpretação clamaram por um movimento pós-positivista ou um caminho jusfilosófico distinto.

Ademais, reconheceu-se a força normativa da Constituição⁵⁶, entendendo-se que se deve dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os

⁵² BLAINEY, Geoffrey. Uma breve história do mundo. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2010, p. 161

⁵³ Com a eleição pelo voto indireto de um civil para a Presidência da República, após quase 20 anos de ditadura militar, Tancredo Neves que, com o seu falecimento, assumiu o vice-presidente José Sarney e nomeou a Comissão Afonso Arinos para elaborar o texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988.

⁵⁴ Hans Kelsen é a grande expressão do juspositivismo

⁵⁵ MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 313.

⁵⁶ Conceito construído por Konrad Hesse.

pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima das leis fundamentais⁵⁷, bem como a necessária interpretação constitucional.

Tais reflexões consubstanciam o que se denomina neoconstitucionalismo⁵⁸ que busca a eficácia da Constituição, de seus objetivos e seus princípios. Ademais, permite a centralização da constituição no direito, tem-se a expectativa da concretização dos direitos fundamentais e a democracia como fundamentos estruturantes do Estado de Direito⁵⁹.

Essa expansão do constitucionalismo tem como consequência que o conteúdo das normas constitucionais, material e axiológico, contemplado em seus princípios e regras, irradie por todo o sistema jurídico. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais que se dá pela aplicação imediata nas relações infraconstitucionais “é indispensável no contexto de uma sociedade desigual”⁶⁰. Tal constitucionalização do direito infraconstitucional abarca, no entanto, tanto a inclusão de normas formalmente no texto da Constituição, quanto e principalmente, a reinterpretação das disciplinas jurídicas sob uma ótica constitucional.

Neste sentido:

Um dos mecanismos propiciadores da constitucionalização é a chamada interpretação conforme a constituição que, como princípio hermenêutico – deve ser empregada não só por todos os órgãos do Poder Judiciário, na prestação jurisdicional, como também pelas demais autoridades públicas, sempre que lhes incumbir a tarefa de aplicar normas jurídicas.⁶¹

A fim de sintetizar os fundamentos do neoconstitucionalismo, Barroso⁶² assinala que as transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional que resultaram no neoconstitucionalismo possuem como marco histórico a formação do Estado Constitucional de Direito; como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e

⁵⁷ CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997, p. 229

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar/abr. 2006.

⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49.

⁶⁰ Sarmento, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 223

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 68

⁶² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar/abr. 2006.

como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Diante dessa centralidade constitucional, muitas normas que tocam a determinados ramos do direito têm previsão constitucional. Ocorre que, mister seja realizada uma releitura do direito infraconstitucional à luz do paradigma neoconstitucionalista.

3.2 Breve análise de gênese do direito administrativo

O direito administrativo é historicamente concebido tendo como objetivo e gênese a limitação do poder monárquico e a sujeição da burocracia à lei e ao advento da separação de poderes.

Nessa máxima já preceituava Montesquieu:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, os de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.”⁶³

Da construção teórica de Montesquieu depreende-se a necessidade de limitação do Poder do Estado, de controle do poder soberano, ao qual sempre esteve atrelada a gênese do direito administrativo.

Ocorre que, no que toca à separação de poderes idealizada, “foi um simples pretexto, mera figura de retórica, visando a atingir o objetivo de alargar a esfera de

⁶³ C. MONTESQUIEU. O Espírito das leis. Brasília, DF: UNB, 1982, p. 187.

liberdade decisória da Administração, tornando- a imune a qualquer controle judicial”.⁶⁴

Ademais, o fundamento histórico da origem garantística, com o fulcro de preservar a liberdade, surgida a partir do Estado liberal na Revolução Francesa no século XVIII é, hodiernamente, contestada por ter representado “antes uma forma de

⁶⁴ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 275

reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação”⁶⁵.

Isso porque, a concepção de não concentrar o poder burocrático e o poder legislativo, limitando o poder soberano à vontade geral, qual seja, da lei, subsumindo sua atuação ao legislador, desde o princípio mostrou-se equivocada:

“a criação do direito administrativo pelo *Conseil d'État*, passando a Administração Pública a pautar-se por normas diferentes daquelas que regulavam a atividade jurídico-privada, não foi um produto da vontade da lei, antes se configura como uma intervenção decisória autovinculativa do Executivo sob proposta do *Conseil d'État*”⁶⁶.

Assim, depreende-se que o princípio da legalidade administrativa como vinculação estrita à lei, concebido a partir do Estado Liberal, clamou por superação com o estabelecimento do Estado Social, a partir do século XX, partindo-se da ideia de que a lei poder-se-ia afastar-se da ideia de Justiça, de cuja concepção não poderia se afastar a Administração Pública.

Assim, são igualmente contestadas as prerrogativas concedidas à Administração Pública, que, *a priori*, somente fortalecem o Estado – como a supremacia do interesse público, por vezes secundário, o poder discricionário que gera decisões imotivadas, a legalidade estrita, afastada dos princípios constitucionais – e há dúvida quanto a sua fundamentação no Estado Democrático de Direito.

Diante disso, é necessário atentar-se aos institutos do direito administrativo, mormente seus princípios e as prerrogativas concedidas à Administração Pública, a fim de que atendam efetivamente o interesse dos cidadãos, o que vai ao encontro do Estado Democrático de Direito.

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

⁶⁶ OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 271.

3.3 A mudança de paradigmas do direito administrativo

O direito administrativo, cuja gênese pode ser atrelada aos privilégios concedidos à Administração e não à consagrada limitação do Poder Soberano, transformou-se a partir da alocação da constituição no centro do ordenamento jurídico. Este paradigma neoconstitucionalista exigiu uma redefinição dos institutos do direito administrativo à luz dos princípios constitucionais.

Isso porque, a Administração Pública é parte do Estado Democrático de Direito, o qual tem como fundamentos estruturantes a democracia e os direitos fundamentais, pelo que se tem superado paradigmas tradicionais tocantes aos seus consagrados institutos, tais como a legalidade, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, que são interpretados com fulcro no neoconstitucionalismo, norteados por princípios constitucionais – atentos aos direitos fundamentais – bem como à legitimidade democrática da atuação da Administração Pública.

Ademais, a concepção de Estado prestacional corroborou com o objetivo da Administração Pública de realização de direitos. Conforme a doutrina de Sarlet que afirma que “os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas e atividades”⁶⁷.

Assim, a definição do direito administrativo necessita de uma perspectiva constitucional:

“O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”⁶⁸

Tal mudança paradigmática do direito administrativo passa pela superação do princípio da legalidade estrita. A vinculação à lei carece de legitimidade democrática, mormente com a transformação do Estado Liberal e o estabelecimento do Estado-

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 382.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1

providência, a lei perdeu sua vinculação necessária à Justiça, “pela sua politização e pela sua proliferação”⁶⁹, eis que muito mais vinculada ao formalismo do que ao conteúdo. Assim, o direito tendo como critério de validade a lei é capaz de legitimar práticas afastadas do Estado Democrático de Direito. Ademais, a complexidade da vida social é incompatível com o processo legislativo estático, pelo que “deve ser superada a antiga doutrina que reduzia o Direito ao ‘sistema de leis’”⁷⁰.

Com isso, a constitucionalização do direito, mostra-se um norte para a constituição ser o critério de validade da ordem jurídica, eis que seus princípios irradiam por todos os ramos direito. Com isso, a axiologia constitucional mitiga a legalização e a atuação da Administração Pública limitada às regras e princípios constitucionais e supera a reserva legal da atividade administrativa, em uma ideia de “legalidade sem lei”⁷¹.

Tal ótica da atuação da Administração Pública vai ao encontro dos fundamentos que estruturam o Estado Democrático de Direito, quais sejam a concretização dos princípios fundamentais e o princípio democrático, estando fulcrada na axiologia constitucional que vincula a lei em sentido estrito. O ordenamento como um sistema jurídico é o que se denomina princípio da juridicidade administrativa⁷² que supera o positivismo legalista e vincula a administração ao direito, baseado em princípios e regras, substituindo-se a reserva legal por uma reserva constitucional, em que pese a juridicidade não exclua a legalidade administrativa, e sim, a englobe.

Mesmo porque, a reserva de lei subsiste para limitar o poder regulamentar da Administração Pública, bem como para garantir que qualquer limitação a direito fundamental seja feita com base na própria constituição, que corrobora a importância do Tribunal Constitucional⁷³ no Controle de constitucionalidade das leis.

Entretanto, a juridicidade administrativa reconhece a validade jurídica da atividade administrativa *contra legem*, sempre com o critério de validade com base na Constituição Federal.

⁶⁹ FERREIRA FILHO, 1977 *apud* BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 98.

⁷⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 192

⁷¹ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 834.

⁷² Adolf Merkl, 1935 *apud* BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147.

⁷³ No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade é realizado pelo STF, mas há previsão de controle difuso de constitucionalidade que pode ser realizado por outros juízes.

Para tanto, faz-se necessário a ponderação entre princípios constitucionais fundamentais, eis que sua utilização deve ser utilizada com estrutura e critérios materiais, e, “no caso da ponderação de princípios, essa deve indicar a relação de primazia entre um e outro”⁷⁴.

. A atividade administrativa *contra legem*, embasada na juridicidade administrativa, reclama ponderações entre legalidade, moralidade, proteção da confiança legítima e da boa-fé e eficiência. A segurança jurídica representa uma das ideias mais caras ao Estado de Direito⁷⁵, em razão da necessidade da estabilização das relações jurídicas. Com isso, possui tratamento de princípio constitucional como proteção da confiança legítima nas relações administrativas.

Nessa senda, a boa-fé está intimamente ligada à proteção da confiança. Age subjetivamente, confiando legitimamente em uma situação gerada pelo Poder Público e, ainda, a boa-fé objetivamente considerada relacionada à conduta leal legitimada por atos perpetrados pelo Estado.

A proteção da confiança envolve a preservação de atos invalidados por ilegais ou inconstitucionais; a responsabilidade do Estado por promessas feitas por seus agentes; a responsabilidade pré-negocial do Estado; o dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico administrativos⁷⁶

Assim, a segurança jurídica, a boa-fé e a proteção da confiança que se diferenciam sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras⁷⁷, mediante a ponderação de princípios, prevalece aquela que se coaduna com o Estado de Direito, pelo que a confiança legítima pode superar a legalidade.

Além disso, é permitida uma releitura do princípio da supremacia do interesse público pelo dever de ponderação proporcional, procedendo-se a uma ampla revisão de seus pressupostos teóricos, o que resulta numa versão fraca do princípio⁷⁸. Importante atentar que a discussão assenta-se somente no interesse público primário, relacionado ao interesse da coletividade.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 166.

⁷⁵ CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997, p. 375.

⁷⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁷⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 272.

⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

Isso porque, a constitucionalização do direito administrativo é incompatível com a supremacia do interesse público, eis que tal noção desprendida de qualquer ponderação proporcional coaduna-se com regimes absolutistas. Assim, os princípios fundamentais devem irradiar seus efeitos sobre todas as relações, inclusive administrativas, legitimados pelo Estado Democrático, devendo limitar a supremacia do interesse público, caso incompatível concretamente com os valores constitucionais. Com isso, cabe à Administração Pública realizar juízos de ponderação de interesses, guiada pelo princípio da proporcionalidade, visando a produzir o ato mais compatível com a axiologia constitucional, observando, no entanto, a limitação da discricionariedade.

Além disso, o direito de sustentar os próprios interesses denota-se como fundamento da participação administrativa, outro instrumento importante no novo direito administrativo, diretamente relacionado com o princípio democrático.

Isso ocorre, porque outro aspecto do paradigma neoconstitucionalista do direito administrativo é a redução dos atos discricionários pela juridicidade administrativa, orientada pelo ordenamento jurídico que tem como fundamento os princípios e regras constitucionais.

Para tanto, há que se verificar no novo direito administrativo o postulado da proporcionalidade, o qual “estrutura a aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita”⁷⁹, deve observar a realização de uma finalidade para a sua aplicação.

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e estruturante do Estado Democrático de Direito.⁸⁰

Assim, é dever da administração realizar a ponderação proporcional entre princípios, na colisão de direitos fundamentais, buscando a máxima eficácia dos

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 184.

⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149.

valores constitucionais, coadunados com o Estado Democrático de Direito e o paradigma neoconstitucionalista do direito administrativo.

4 UMA POSSÍVEL (DES)CONSTRUÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA: MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O paradigma neoconstitucionalista do direito administrativo fundamenta a utilização da mediação e da arbitragem no âmbito da Administração Pública. Isso porque, os principais argumentos contrários assentam-se nos princípios norteadores tanto da mediação e da arbitragem quanto do direito administrativo.

Por outro lado, as transformações sofridas pelo direito administrativo e seu novo paradigma justificam a utilização da mediação e da arbitragem em conflitos envolvendo o Poder Público. Tal análise é permeada pela noção de juridicidade administrativa, ponderação proporcional de princípios e princípio democrático, permeado pela participação dos administrados nas decisões administrativas.

Diante disso, a democracia se verifica pela participação proporcionada pelos meios alternativos de solução de conflitos. A participação, ainda, associa-se à imparcialidade, eis que mostra-se relevante para “melhorar as decisões administrativas e, logo, assegurar um tratamento mais justo aos administrados”⁸¹

Assim, a participação é fundamento legitimador da utilização dos métodos alternativos de conflitos no âmbito da administração pública, permitindo a defesa dos interesses, a consensualidade nas relações administrativas. Por óbvio, o consenso deve estar relacionado com o dever de ponderação proporcional, a que está adstrita a Administração Pública.

Embora o princípio da eficiência seja um dos grandes fundamentos a justificar a utilização da mediação e da arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública, em razão da morosidade do poder judiciário em solucionar conflitos, não deve ser o único, mormente pela tensão existente entre eficiência e legitimidade democrática da Administração Pública.

Nesse sentido, principalmente no que tange à arbitragem, a eficiência é fundamento relevante, em que pese possível um juízo de ponderação que justifique sua utilização, sendo que “a escolha pela arbitragem pode ser considerada um meio mais ágil para a defesa do interesse público”⁸²

⁸¹ BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003P. 134

⁸² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014,. p. 55.

O STF já se manifestou favoravelmente ao uso da arbitragem pelo Poder Público⁸³, afirmando:

“não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração como antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público. (...) naturalmente, não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como “disponíveis”, porquanto de natureza contratual ou privada. (...) A escorreita exegese da dicção legal impõe a dicção jusfilosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado interesse público secundário. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antonio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau”.

Parte da doutrina defende que a arbitragem em contratos envolvendo a Administração Pública vincula-se à autorização legal e à existência de contrato regido pelo direito privado⁸⁴

Entretanto, o princípio da juridicidade administrativa permite juízos de ponderação aptos a decidir acerca da submissão de determinado conflito ao juízo arbitral.

Nessa senda:

“a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público”⁸⁵

Outrossim, em que pese seja passível de discussão a legitimidade quanto à decisão acerca da utilização da mediação ou da arbitragem na Administração Pública, mister valorizar-se a autonomia das Carreiras de Estado “para obter o

⁸³ STF, SE 5206 Agr/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/04/2004.

⁸⁴ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 52.

⁸⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015., p. 170.

exercício legítimo e eficaz da discricionariedade administrativa em consonância com o direito fundamental à boa administração pública⁸⁶.

É certo que tal discricionariedade está vinculada à juridicidade e a ponderação proporcional, mesmo porque inafastável a primazia da lei e do Direito⁸⁷, segundo o qual uma conduta contrária à ordem jurídica poderá ser invalidada.

Entretanto, mostra-se fundamental a desconstrução principiológica, que considera o paradigma neoconstitucional do direito administrativo, ante a valorização da juridicidade administrativa, da ponderação proporcional de princípios, a participação administrativa, coadunados com o Estado Democrático de Direito que se funda nos direitos fundamentais e na democracia, a fim de afastar os falsos óbices à mediação e à arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública.

⁸⁶ FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125.

⁸⁷ Maffini p, 43.

5 DISPOSIÇÕES FINAIS

É cristalino na doutrina brasileira que os principais fundamentos a opor a mediação e arbitragem nos conflitos envolvendo o Poder Público são os princípios norteadores da Administração Pública, em especial a legalidade, a supremacia do interesse público, eis que tem-se prestigiado no âmbito legislativo a utilização.

Entretanto, os princípios que orientam o direito administrativo são oriundos das prerrogativas que possui o Estado, muitas vezes, em detrimento do interesse público primário, qual seja, dos cidadãos, o que se verifica no que se refere às origens de tal ramo jurídico.

Ocorre que, com a mudança paradigmática que se denota, em razão da constitucionalização do direito, depreende-se a possibilidade de se proceder a uma desconstrução principiológica do direito administrativo apta a justificar a utilização da mediação e da arbitragem no âmbito da administração pública.

O paradigma neoconstitucionalista do direito administrativo traz à baila o princípio da juridicidade administrativa, a superar a legalidade, a participação administrativa que legitima as decisões estatais, o dever de ponderação proporcional de princípios, o qual permite verificar-se no caso concreto a primazia de um princípio em relação a outro, inclusive a supremacia do interesse público, sopesando-os, a fim de que sejam otimizados, em observância ao princípio democrático e à concretização dos direitos fundamentais, que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Assim, a atuação administrativa, especialmente na solução de conflitos, deve coadunar-se com o paradigma neoconstitucionalista e a nova construção principiológica, tendo como o centro do ordenamento jurídico os princípios e regras constitucionais, o que se procurou pinçar no presente trabalho, a fim de validar a utilização da mediação e da arbitragem no âmbito da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar/abr. 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BLAINEY, Geoffrey. Uma breve história do mundo. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2010.
- CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1987.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.
- FERREIRA, Renata Hellwig. Mediação e conciliação no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista Ad judicia da Escola Superior de Advocacia/OAB/RS, 2015.
- FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3 ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.
- HACHEN, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MASCARO, Alysso Leandro. Filosofia do Direito. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Elementos do Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC: Crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. O Espírito das Leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília, DF: UNB, 1982.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

SANTANNA, Gustavo da Silva. Administração Pública em Juízo (coleção em homenagem ao Prof. Darci Guimarães Ribeiro, V1). Porto Alegre: Verbo Jurídico 2013. p. 19-33.

SANTOS, Boaventura de Souza. O discurso e o poder. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Editora Fórum, 2012.

_____ ; RICHE, Cristina Ayoub. Das Câmaras de Mediação. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Org.). A Mediação no Novo Código de Processo Civil. Editora Forense, 2015. P. 179-223

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 34ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: Os “novos” direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas.