



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Modelos não adversariais de solução de conflitos sob o prisma da Administração Pública consensual

Non-adversary conflict solution models under the consensual Public Administration prism

Grazielly Almeida Borges

Resumo: De acordo com a concepção de Administração Pública Consensual, o modelo de Administração impositiva vem sendo cada vez mais substituído pela noção de direito à boa governança à luz de uma gestão mais participativa e democrática. Considerando que a litigância excessiva do Estado se mostra como um desafio a ser enfrentado, a adoção de meios não adversariais de resolução de conflitos atenderia aos anseios sociais de participação, desafogaria o judiciário e resultaria em economia de recursos e eficiência na gestão dos conflitos por parte da Administração Pública. A análise dos dados valeu-se dos métodos dedutivo, partindo da tese mais ampla de que a melhoria do Poder Judiciário depende da redução da litigiosidade excessiva do próprio Estado até alcançar a particularidade do acordo ou solução não adversarial; histórico-evolutivo, de modo a analisar brevemente os modelos antecedentes do objeto de estudo e dialético, ao analisar a compatibilidade do acordo com a indisponibilidade do interesse público e os parâmetros a serem seguidos na busca do consenso; sendo a pesquisa bibliográfica a técnica utilizada.

Palavras-chave: Administração Pública Consensual; Interesse público; Solução de conflitos; Acordo.

Abstract: According to a Consensual Public Administration project, the Impositive Administration model has been increasingly replaced by the notion of the right to good governance in the light of a more participative and democratic management. Considering the excessive State litigation as a challenge to be faced, the adoption of non-adverse means of conflict resolution would fill the interests of participation, it would and result in resource savings and efficacy in the management of conflicts by the Public Administration. The data analysis used deductive methods, starting from the broader thesis that the improvement of the Judiciary depends on the reduction of the excessive litigation of the State itself until reaching the particularity of the agreement or non-adversarial solution; historical-evolutionary, in order to briefly analyze the antecedent models of the object of study and dialectic, when analyzing the compatibility of the agreement with the unavailability of the public interest and the parameters to be followed in the search for consensus; the bibliographic research has being the technique used.

Keywords: Consensual Public Administration; Public Interest; Conflict resolution; Agreement.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p01-27>

MODELOS NÃO ADVERSARIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB O PRISMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Grazielly Almeida BORGES*

Sumário: 1 Introdução; 2 Da administração impositiva à administração consensual; 3 A administração pública em juízo; 4 O sistema multiportas e os modelos não adversariais de solução de conflitos; 4.1 Arbitragem; 4.2 Mediação e conciliação; 5 Parâmetros de consenso e desafios aos modelos de solução consensual apresentados; 6 Conclusão; 7 Referências bibliográficas.

1. Introdução

Tendo em vista a adoção do consensualismo como linha de evolução e de transformação da Administração Pública frente às novas necessidades sociais emergentes da pós-modernidade, bem como a necessidade de ampliação das bases de legitimação do exercício do poder estatal, por meio da democratização, interlocução com os indivíduos e grupos sociais, o modelo de Administração impositiva vem sendo cada vez mais substituído pela noção de direito à boa Administração, aqui tomada no sentido de boa governança por parte dos entes estatais.

O Estado, ao invés de tomar decisões unilateralmente, utilizando-se do ato administrativo de cunho impositivo, cria incentivos ou atrativos para que os cidadãos se interessem pelo debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante interlocução. Trata-se de um modelo mais democrático e participativo.

A participação, por seu turno, confere maior legitimidade e segurança jurídica aos atos da Administração, que contam com maior confiança por parte dos administrados.

No entanto, a interseção entre Estado e sociedade civil para a consecução das mais diversas necessidades, tais como prestação de serviços, garantia de direitos, entre outras, sem dúvida gera conflitos e divergências nos mais diversos ramos da atuação administrativa, sendo que a presença da Administração Pública em juízo se mostra uma constante, por vezes, litigando em excesso e despendendo recursos vários para arcar com os elevados custos do processo adversarial.

Combinando a tendência crescente de uma Administração Dialógica, voltada para o consenso e a necessidade de novas respostas aos conflitos envolvendo os entes públicos em razão de seu elevado volume, o presente estudo tem como tema central a

*Advogada, Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Única de Ipatinga e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. E-mail: graziellyborges.adv@gmail.com.

análise da viabilidade de adoção de modelos não adversariais de solução de conflitos pela Administração Pública em suas inúmeras relações.

O estudo parte da evolução do modelo de Administração Impositiva para a Administração Consensual, explora o cenário de atuação da Administração pública em juízo, apresenta o conceito doutrinário de sistema multiportas e modelos não adversariais, dentre eles incluídos a mediação, a conciliação e arbitragem e, finalmente, analisa alguns parâmetros de atuação para que os agentes estatais consigam celebrar acordos pautados no consenso. O último tópico também pontua desafios e críticas quanto à transação sobre o interesse público.

O trabalho pretende, deste modo, analisar os institutos consensuais existentes e sua aplicação nos casos específicos que envolvem a interação entre a Administração Pública, seja em relação a outros entes estatais ou a particulares (cidadãos, empresas privadas, entidades do terceiro setor) no intuito de tornar mais salutar os vínculos robustos e duradouros entre estes atores sociais, apontando os acordos como solução de conflitos e, por outra parte, também como forma de desafogar o já congestionado Poder Judiciário.

2. Da administração impositiva à administração consensual

O ambiente da consensualidade tem sido incrementado no Direito Penal, no Direito Processual e, em geral, no Direito Público. Com efeito, existem a desapropriação amigável, a colaboração premiada, a transação penal e a suspensão condicional do processo, a autocomposição nos processos que tramitam nos Juizados Especiais Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, os acordos de leniência, além do próprio incremento das Parcerias Público-Privadas (CUNHA, 2018, p. 615).

Conforme dados do CNJ, há um elevado número de processos judiciais existentes nos foros do país envolvendo o poder público, seja como autor, seja como réu. Ocorre que, nos dias de hoje, nos encontramos numa era de novos princípios da administração, baseada em eficiência e consensualismo (DI FRANCESCO, 2016). Nesse contexto, a Administração deve encontrar soluções para resolver sua tendência à excessiva litigância, o que não se coaduna com a ideia de uma gestão eficiente dos conflitos.

A noção de consensualidade emerge em substituição ao modelo impositivo e unilateral de tomada de decisões administrativas. A ideia aqui trabalhada se refere às relações entre a Administração e administrados, embora também seja possível apontar as relações consensuais entre as próprias Administrações Públicas. São expressões da consensualidade interadministrativa os acordos de programa, os convênios, protocolos e os contratos de gestão, que auferem grandes vantagens, mormente com o aumento de eficiência da atividade administrativa, bem como da competitividade da Administração Pública, tendo em vista a melhor consecução do interesse público (DANTAS, MELLO, 2010).

A nova face do poder público no século XXI deve se moldar em soluções mais democráticas e participativas, levando em conta que as palavras de ordem são “administração consensual” e “consensualismo de resultado.”

Os modelos políticos da antiguidade raramente abriam espaços para a liberdade individual das pessoas, o que inviabilizava a formação de polos de consenso na sociedade. Como assevera Moreira Neto (2003, p. 133), os referidos modelos “fundavam-se na concepção oposta, de que era necessária a existência de um polo de poder dotado de suficiente concentração de poder para impor comportamentos e segurar uma convergência fundada na coerção”.

A dogmática inicial do Direito Administrativo rechaçava o implemento de qualquer atividade consensual pela Administração Pública. Esta teria a função de, tão-somente, executar de forma objetiva os comandos gerais fixados na lei. A execução desses comandos não poderia ser objeto de ajuste, acordo ou negociação, sob pena de desnaturação de sua objetividade, bem como de transgressão do papel da lei. Tratava-se da obediência cega ao princípio da legalidade no âmbito das relações da Administração.

A modificação ocorre com o surgimento do Estado Democrático de Direito e a consagração de estrutura notadamente participativa, com vistas à realização do ideal democrático, de uma maior participação popular pluralista e a possibilidade de relações de horizontalidade entre o particular e a Administração, a partir da noção de uma Administração Dialógica, que dialoga com os cidadãos, os quais, por sua vez, passam a reivindicar o direito à uma boa Administração.

Um modelo de Administração consensual responde, em particular, ao que se espera de uma Administração moderna, conforme os ditames do Estado de Direito Democrático que não vê no cidadão um simples súdito, mas um titular de direitos e um parceiro. A partir de tal noção, o cidadão passa a ser incluído na atividade administrativa como corresponsável (DANTAS, MELLO, 2010).

A partir do modelo consensual, o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo impositivo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo ou implementação de graus de consenso.

Abre-se à sociedade um novo papel, mais colaborativo, diminuindo sua separação com o Estado (FALEIROS JÚNIOR, 2017, p. 74). Assim, a resolução de conflitos, no âmbito do Direito Administrativo, embora seja passível de superação por meio de atos administrativos unilaterais, também pode ser pauta de decisões consensuais (FALEIROS JÚNIOR, 2017, p. 80).

A par deste contexto, a doutrina reforça a tendência de uma expansão do consensualismo na Administração Pública:

A expansão do consensualismo na Administração Pública vem acarretando a restrição de medidas de cunho unilateral e impositivo a determinadas áreas da ação administrativa. Isso provoca o florescimento da denominada Administração consensual, e a mudança de eixo do Direito Administrativo, que passa a ser orientado pela lógica do consenso (OLIVEIRA, 2005, p. 27).

Cabe observar que a lógica do consenso ou o recurso à consensualidade permite uma administração flexível e, sobretudo, capaz de solucionar casos atípicos.

Conforme se passará a expor, a tendência ao consensualismo se fundamenta na legislação, na prática processual e na mudança de cultura institucional. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 41), a consensualidade possui três acepções: i) na produção das normas, ii) na administração dos interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração e iii) na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição.

No que toca à legislação, importante lembrar as mais recentes alterações inseridas na LINDB.

Quanto à Administração Pública, o legislador dispensou maior atenção a importantes princípios sustentadores o exercício das atividades administrativa, controladora e judicial, sendo eles: (a) o da eficiência, a garantir que iniciativas administrativas pioneiras e inovadoras continuem a ser desenvolvidas sem que sejam aniquiladas por concepções e convicções de controle da administração pública, dissociados das respectivas consequências práticas; (b) o da segurança jurídica, à medida em que o administrador público passa a gozar de um quadrante mais bem definido de responsabilidades e possibilidades de defesa; c) o da consensualidade, que propõe a utilização e a priorização do consenso como técnica de solução de conflitos e eliminação de controvérsias (FERRAZ, 2018).

Nesse passo, as alterações na LINDB incluídas pela Lei nº 13.655, de 2018 se mostraram promissoras ao incentivar a participação dos cidadãos por meio de consulta pública para manifestação de interessados preferencialmente por meio eletrônico (artigo 29) e incentivar a atuação das autoridades públicas, que devem responder a consultas, no intuito de se conferir maior segurança jurídica quando da aplicação das normas (artigo 30):

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Ainda no que tange ao rol dos instrumentos de atuação administrativa consensual, são passíveis de enquadramento as figuras dos acordos de programa, dos convênios, protocolos, além do contrato previsto no §8º do artigo 37 da Constituição Federal. (BAPTISTA, 2003, p. 278). Nesse sentido, transcreve-se a disposição constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

No plano da solução de conflitos, encontram-se, ainda, os exemplos típicos de composição consensual, como a conciliação, a arbitragem, os ajustes de conduta e os acordos complementares e de integração (FALEIROS JÚNIOR, 2017, p. 71).

Gradativamente, a postura belicosa do Estado tem que ser substituída pela racionalidade intersubjetiva, em sintonia fina com o ideal regulador de primado de interesses convergentes com os particulares, em jogos cooperativos do tipo ganha-ganha (FREITAS, 2017, p. 30).

O novo estilo requer intencional desenvolvimento para pensar, sentir e decidir de maneira não adversarial. O agente público é chamado a cultivar aptidões e habilidades negociais (FREITAS, 2017, p. 30).

De acordo com a lição da prestigiada Odete Medauar:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação (2003, p. 211).

A adoção da consensualidade, presente no agir administrativo, também atende, sobretudo, o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, enfatiza Bittencourt (2008, p. 71) que “sempre que se puder realizar o interesse público, mediante atuação consensual do particular, os mecanismos coercitivos deverão ser evitados, uma vez que se apresentam desproporcionais”. Portanto, o princípio da proporcionalidade impõe, na medida do possível, a adoção de mecanismos consensuais no manejo de interesses públicos.

Trata-se de uma resolução mais econômica e efetiva. A retirada do Estado do contexto de litigiosidade excessiva na seara do Poder Judiciário é uma medida de economia para os cofres públicos e de eficiência no trato da coisa pública (MESQUITA, 2016, p. 11).

No que tange à resolução de conflitos, o presente estudo tem como foco o fenômeno consensual entre a Administração e os cidadãos e entes privados, com a adoção de formas alternativas de composição.

3. A administração pública em juízo

A administração pública brasileira, como litigante ativa ou passiva é uma presença constante entre milhões de processos que compõe o cenário jurisdicional brasileiro. Tal litigiosidade, obviamente, resulta em custos patrocinados pela Administração Pública em juízo (FREITAS, 2017, p. 27).

A hiperinflação adversarial representa o dificultoso relacionamento entre a administração pública e a sociedade civil, fator que vem sendo perpetrado historicamente por diversos motivos: i) patrimonialismo extrativista; ii) cegueira voluntária de governantes; iii) desconfiança exacerbada em relação a termos de ajustamento de conduta; iv) emprego ardiloso da legalidade de maneira lesiva à Constituição e v) gestão contaminada pela rigidez autoritária (FREITAS, 2017, p. 29).

A litigiosidade do Estado onera o próprio Estado. O levantamento Justiça em números, do Conselho Nacional de Justiça, concluiu que o Poder Judiciário brasileiro custou, em 2019, R\$ 100,2 bilhões e arrecadou apenas R\$ 76,43 bilhões em custas, somente para movimentar o estoque de 77,1 milhões de processos.

Conforme observado, em estudo do CNJ as matérias administrativas figuram dentre os assuntos mais recorrentes, sendo volumoso o número de casos que se referem à matéria tributária, previdenciária ou de Direito Público, todas áreas que envolvem a administração pública em seus diferentes níveis – federal, estadual e municipal.

Nesse contexto, a consensualidade desponta como uma técnica de decisão administrativa, utilizada para excluir os conflitos entre a Administração e os administrados. É imperativo reconhecer que hoje nos encontramos numa era de novos princípios da administração, baseada em eficiência e consensualismo.

À medida que tais mudanças são incorporadas na atuação administrativa, a evolução dos dispositivos legais e a atuação dos operadores do direito ganha destaque no sentido de incorporar as técnicas não adversariais de resolução de conflitos, conforme se passará a destacar.

A advocacia tem a expressa obrigação ética de estimular, a qualquer tempo, o acordo entre os litigantes, prevenindo, inclusive, a instalação de litígios (FREITAS, 2017, p. 31). Ainda, o Código de Ética da Advocacia veda a diminuição de honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial, conforme o inciso VI, parágrafo único do artigo 2º, e artigo 48 §4º:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

VI - estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito.

§ 4º As disposições deste capítulo aplicam-se à mediação, à conciliação, à arbitragem ou a qualquer outro método adequado de solução dos conflitos.

A partir do novo Código de Processo Civil de 2015 os modelos consensuais de resolução de conflitos ganham especial destaque. O artigo 3º, §2º determina que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Ademais, existe autorização legal para que a Administração Pública, como regra geral, possa fazer conciliações e mediações judiciais (heterocompositivas) ou extrajudiciais (autocompositivas). É o que dispõe o artigo 174 deste diploma legal:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criam câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Toda estrutura do código é voltada para o estímulo aos métodos consensuais de solução de conflitos, o que vai de encontro aos anseios da sociedade, que procura uma forma mais célere, mais efetiva e menos custosa para resolver seus conflitos (DI FRANCESCO, 2016).

A Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, também veio compor o sistema jurídico brasileiro quanto a resolução consensual de conflitos, de forma alternativa ao modelo adversarial consagrado pela via judicial.

Tecidas tais considerações, é necessário reconhecer que o Judiciário é o centro para onde convergem todas as disputas, sendo dele a “palavra final” que o cidadão busca para resolução de seus conflitos. Destarte, a nova administração pública deve desvencilhar-se da arbitrariedade burocrática e orientar-se, precipuamente, ao cidadão e à dinâmica da obtenção de resultados.

Para tanto, a Administração Pública deve reconhecer que existem diversas respostas aos problemas que lhe são apresentados, e nem todas elas necessariamente precisam envolver o sistema conflitivo do judiciário.

Nesse sentido, a legislação brasileira, especificamente no âmbito processual oferece diversas possibilidades de soluções negociadas, configurando um sistema de múltiplas possibilidades, conforme se passará a demonstrar.

4. O sistema multiportas e os modelos não adversariais de solução de conflitos

A expressão sistema multiportas foi retirada da obra “A Fazenda Pública em Juízo”. Ao tratar dos meios não adversariais de resolução de conflitos disponíveis para a Administração, Leonardo Carneiro da Cunha (2018) ensina que:

Costumam-se chamar de “meios alternativos de resolução de conflitos” a mediação, a conciliação e a arbitragem (Alternative Dispute Resolution – ADR). Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam “alternativos”, mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal.

(...)

A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal. (CUNHA, 2018, p. 614)

A negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem são ferramentas cooperativas que, bem manejadas, evitam danos materiais e imateriais oriundos de disputas mal resolvidas (FREITAS, 2017, p. 33). O sistema multiportas de solução de disputas é compatível com o ambiente público, podendo abranger as controvérsias que envolvam a Fazenda Pública (CUNHA, 2018, p. 615).

O Judiciário deixa de ser um lugar de julgamento apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado (CUNHA, 2018, p. 614).

Observa-se que os meios alternativos de resolução de disputa deixam de ser apenas alternativos, passando a compor um quadro geral dos meios de resolução de disputas. As técnicas não adversariais passam a ser meios integrados de resolução e manejo dos conflitos envolvendo o Estado.

A dicotomia (resolução judicial x meios alternativos) fica atenuada. Não se fala mais no meio de resolução de disputas e suas alternativas, mas se oferece uma série de meios, entrelaçados entre si e funcionando num esquema de cooperação, voltados à resolução de disputas e pacificação social (CUNHA, 2018, p. 627).

Por outra parte, observa-se que a resistência na adesão às vias negociais administrativas se deve à tradição da visão imperativa da Administração (doutrina francesa), que não concebia a possibilidade de ajustes no âmbito das relações públicas pois a objeção central se prendia à interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público (MOREIRA NETO, 2003, p. 154).

A União, os estados e municípios ainda são tímidos e reticentes quando o tema é a submissão de conflito à arbitragem ou à mediação. Muito dessa desconfiança dava-se em razão do disposto no art. 25 da Lei nº 9.307/96, que vedava a submissão à arbitragem “controvérsia acerca de direitos indisponíveis”. Embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já tivesse admitido a participação da Fazenda Pública em juízo arbitral (MESQUITA, 2016, p. 13), a Lei nº 13.129/15 acabou de vez com a discussão ao revogar esse dispositivo e inserir, de forma expressa, no § 3º do art. 2º da Lei nº 9.307/96, a possibilidade de submissão de disputa que envolva a administração pública na arbitragem:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015).

Nesse sentido, a legislação visa promover uma gradual mudança de cultura. Corroborando com este entendimento, aponta Godoy (2011) que:

Os insuportáveis níveis de litigância estatal, em grande parte provocados por miopia conceitual que repele soluções administrativas transacionais, e os custos decorrentes da aventura da judicialização inconsequente, entre outros, sugerem que se conceba novo arquétipo, centrado em cultura de consenso, com maior preocupação com resultados. Persistem critérios pouco flexíveis de legalidade burocrática. É o mundo do carimbo, que deve se curvar à esperança da eficiência como forma de razão.

A solução consensual, quando possível e adequada ao caso concreto é medida de eficiência que deve ser adotada. O Estado não pode brigar por posições, interpor recursos simplesmente porque são cabíveis e protelar o processo indefinidamente. O que deve ser feito é uma análise de seu interesse, do que é mais vantajoso para seus cofres e para a sociedade no caso concreto (MESQUITA, 2016, p. 18).

Nessa linha de intelecção, a implementação de tomada de decisões voltada à eliminação ou ao menos à mitigação dos conflitos entre a Administração e os administrados é medida que se impõe.

Atualmente, observa-se um inegável aumento dos interesses públicos provenientes dos vários setores da sociedade civil e, por conseguinte, a dificuldade de o Estado conseguir atendê-los de forma eficiente. Nesse contexto, abre-se à sociedade um novo papel, mais colaborativo, diminuindo sua separação com a Administração Pública (FALEIROS JÚNIOR, 2017, p. 74).

A Administração burocrática, que se fechava aos interessados, é rompida com a procedimentalização e por meio da ideia de coadministração, o procedimento torna-se veículo de democratização e de inserção do cidadão no Estado (NETTO, 2009, p. 65).

Há a adoção gradual por parte dos entes públicos do princípio do consenso, ou seja, “o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre sociedade e Estado” (MOREIRA NETO, 2003, p. 133) ante a necessidade de superação da burocracia que macula e incapacita a eficiência, a transparência, a legitimação e a estabilidade da função administrativa na formação de um modelo de trocas e construção de vontade bilateral capaz de atingir resultados mediante participação mais efetiva dos cidadãos.

Este sistema parte da legitimação da tomada de decisões dentro de um espectro de discricionariedade que é conferido ao gestor público a partir de regulamentos claros, uma vez que não lhe é irrogada a prerrogativa de abdicar do interesse público.

A formação do acordo entre administração pública e particulares ocorre a partir de um conjunto de instrumentos de colaboração. A participação dos diversos agentes assume-se como legitimadora do processo de tomada da decisão respectiva. Este novo modelo de solução de conflitos se funda na ideia de renovação da confiança dos cidadãos na Administração Pública, em todas as suas esferas de poder.

Isto posto, passa-se a análise das espécies de solução não adversarial que se apresentam como alternativas viáveis para a Administração.

4.1 Arbitragem

A Lei nº 13.129/2015 instituiu a arbitragem na Administração Pública em geral e permite que os entes estatais utilizem a arbitragem para a resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sem, contudo, definir objetivamente um conteúdo para a discricionariedade administrativa na sua aplicação (VALLE, 2018, p. 187).

Adilson de Abreu Dallari afirma que quando o Poder Público opta pela arbitragem, não está transigindo com o interesse público, e sim escolhendo uma forma mais ex-

pedita para a defesa do próprio interesse público. (1996, p. 8). Nesse passo, é inegável um incremento qualitativo e quantitativo na utilização da arbitragem no ambiente negocial administrativo.

A arbitragem é técnica consensual que agrega valor e segurança aos contratos firmados pela Administração, por exemplo, prevenindo litígios judiciais e oportunizando a satisfação do interesse público de forma adequada e muito mais célere e econômica no comparativo com a tutela jurisdicional (VALLE, 2018, p. 197).

Cassio Telles Ferreira Netto afirma que a inclusão de cláusulas arbitrais nos contratos administrativos flexibiliza a relação contratual entre as partes, prioriza o equilíbrio de interesses e possibilita maior relevo à igualdade contratual, sem deixar de respeitar as prerrogativas. E ainda atende aos princípios da eficiência, economicidade, legalidade e moralidade.

Vivian Lima Lopez Valle (2018, p. 190) aponta que a cláusula arbitral vazia e ausência de delimitação dos limites conceituais dos interesses patrimoniais disponíveis são desafios a serem enfrentados para garantir a eficácia da arbitragem e para evitar desvios de finalidade, pessoalidade no trato dos conflitos durante a execução do contrato e até interferências econômicas e políticas na solução dos casos concretos, com claro prejuízo ao interesse público.

A disponibilidade e a patrimonialidade dos interesses públicos são a chave da discussão para a adoção da arbitragem nos contratos administrativos. A identificação de quais são os elementos patrimoniais disponíveis no contrato é determinante para que o ambiente paritário possa ser adequadamente controlado e para se evitar desvios de finalidade (VALLE, 2018, p. 192).

Em que pese ainda a pouca vivência da Administração Pública em negociação, e a fragilidade dos mecanismos de controle sobre a ação administrativa consensual, é inegável o avanço no direito positivo da arbitragem nos contratos administrativos, o que exige um olhar atento da doutrina e da jurisprudência. Se bem empregada, a arbitragem pode se traduzir em instrumento valioso de estabilidade das relações negociais administrativas (VALLE, 2018, p. 197).

As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Em outras palavras, a convenção de arbitragem é o gênero, do qual há duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (CUNHA, 2018, p. 615).

A cláusula compromissória é, nos termos do art. 4º da Lei 9.307, de 1996, “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo inserir-se no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Já o compromisso arbitral, segundo disposto no art. 9º da mesma lei, “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. Enquanto o compromisso extrajudicial deve ser celebrado por instrumento público ou por escrito particular, assinado por duas testemunhas, o judicial há de ser celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tenha curso a demanda. Tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral produzem o chamado efeito vinculante, submetendo efetivamente as partes à arbitragem (CUNHA, 2018, p. 616).

A arbitragem pode ser de direito ou de equidade, a critério das partes, que poderão, ainda, escolher as regras de direito que serão aplicadas, ou convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (CUNHA, 2018, p. 617).

As partes podem, na cláusula compromissória, já estabelecer as regras necessárias e suficientes para a instituição da arbitragem, ou simplesmente reportar-se às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, de maneira que, sobrevindo a controvérsia, é possível a instituição imediata da arbitragem. É o que se chama de cláusula compromissória cheia.

No caso de a cláusula compromissória ser vazia, isto é, caso não haja acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio idôneo de comunicação, convocando-a para firmar o compromisso arbitral. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, faculta-se à outra parte a propositura de demanda judicial perante o Poder Judiciário para que o juiz estatal determine a sua celebração. Ao juiz cabe estimular uma celebração consensual. Não sendo possível e não havendo consenso, o juiz decidirá sobre o conteúdo do compromisso arbitral.

O árbitro deve ser escolhido nos termos do compromisso arbitral. Se este nada dispuser a respeito, caberá ao juiz nomear árbitro único para a solução do litígio. A sentença do juiz valerá como compromisso arbitral, podendo ser impugnada por recurso de apelação sem efeito suspensivo, de modo que é possível já instituir a arbitragem, mesmo pendente apelação contra a sentença que determina sua instituição (CUNHA, 2018, p. 617).

Na pesquisa efetuada, no ano de 2015, em cinco câmaras de arbitragem houve 20 casos de arbitragens com a Administração Pública, (direta e indireta), em todas as esferas do governo, representando 4% do número total das arbitragens. Apesar dos dados, há um desenvolvimento grande nessa área. Esse percentual provavelmente tenderá a subir nos próximos anos, haja vista a previsão expressa na Lei 11.079/2004 da arbitragem com a Administração Pública nos contratos de Parceria Público-Privada (PPP), concessões em geral e a Parceria Pública de Investimento – PPI (MP 727 de 12.05.2016) (MUNIZ, 2016).

Se comparada ao judiciário, o tempo despendido na arbitragem é menor para resolver demandas contratuais e retirar do balanço contábil esse contingenciamento. Desse modo, a opção pela arbitragem é jurídica, mas também econômica. O veículo motor da atividade empresarial é o contrato e atualmente existem setores que só fazem contratos com cláusulas compromissórias (MUNIZ, 2016).

Comparando a arbitragem pública e a privada a única diferença apontada por Selma Lemes é a questão da flexibilidade do sigilo e um outro ponto. Outra característica que não vem a ser uma diferença, mas causa uma certa dificuldade, são as antecipações dos custos das despesas. Tratando-se de sociedade de economia mista, empresas públicas, fundações, uma empresa estadual, uma empresa vinculada a um ministério, ou mesmo a própria secretaria de obras, existe uma certa dificuldade em ter o dinheiro para antecipar a arbitragem. Desta forma, às vezes a arbitragem demora um pouco mais, pois é preciso emitir uma nota de empenho e efetuar recolhimentos antecipados (MUNIZ, 2016).

4.2 Mediação e conciliação

A terceira onda renovatória do processo, mencionada por Capeletti e Garth na obra “Acesso à justiça”, revelou a necessidade de simplificar o sistema processual, o que ensejaria melhor prestação jurisdicional, mais dinâmica e eficaz. Dentro dessa terceira onda, a mediação ganha relevo na solução de conflitos (MESQUITA, 2016, p. 12). Nesse sentido, apontam com propriedade os autores:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado. (CAPPELETTI, GARTH, 1988).

A partir de tal noção, o processo civil brasileiro entra na fase do processo como local de diálogo e de busca pelo melhor caminho para a resolução de cada disputa. Nota-se a necessidade de se adotar um menor formalismo e maior proximidade das partes.

A conciliação e a mediação constituem técnicas que se destinam a viabilizar a auto-composição de disputas ou litígios. Nelas, um terceiro intervém, contribuindo para que as partes componham por si mesmas a disputa que há entre elas. A conciliação

e a mediação não se confundem com a arbitragem. Esta é um meio de heterocomposição. O árbitro, assim como o juiz, decide a causa que lhe é submetida. Na conciliação e na mediação, o terceiro é convocado, não para decidir, mas para contribuir com as partes, a fim de que estas, por si, cheguem a uma solução, mediante autocomposição (CUNHA, 2018, p. 628).

O mediador intermedeia as partes, auxiliando-as para que cheguem a uma solução consensual do conflito. O mediador nada decide; apenas conduz as partes, mediante técnicas adequadas, para que elas tenham melhores condições de dar uma solução à disputa. Não há, na mediação, qualquer caráter jurisdicional, não sendo conferido ao mediador poder de decidir ou de impor qualquer medida às partes. De igual modo, as partes não estão sujeitas a qualquer supremacia ou poder exercido pelo mediador.

No que tange a classificação do meio não adversarial em mediação ou conciliação é importante anotar que não há distinção prática precisa entre estes meios alternativos. O Código de Processo Civil estabeleceu apenas a distinção legal entre elas.

Pelo critério legal, a mediação é medida mais adequada aos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, a exemplo do que ocorre em matéria societária e de direito de família. O mediador tem a função de auxiliar os 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. Para tanto, o mediador vale-se de técnicas próprias, com diálogo, paciência, simplicidade e constante esclarecimento.

Por sua vez, ainda pelo critério legal, o conciliador deve atuar preferencialmente nos casos em que não tenha havido vínculo anterior entre as partes, como, por exemplo, em acidentes de veículo ou em casos de danos extrapatrimoniais em geral. O conciliador pode sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

A primeira iniciativa de ampliar a utilização da mediação como técnica de resolução de conflitos partiu da edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, do ano de 2010, que atribuiu à mediação o status de política pública nacional.

A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário estabelece que compete aos órgãos judiciários oferecer mecanismos de solução de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, além de prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Nesse sentido, destaca a doutrina que:

A política nacional instituída pela mencionada resolução procura conferir tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito

do Poder Judiciário, preocupando-se com a qualidade dos serviços a serem oferecidos. Daí por que há regras explícitas sobre a capacitação dos mediadores e conciliadores (CUNHA, 2018, p. 626).

Seguindo a linha desta nova política nacional, a partir da edição do novo Código de Processo Civil ocorre uma importante mudança de conceito e orientação: o foco deixa de estar apenas o julgamento e passa para a efetiva solução do conflito (CUNHA, 2018, p. 627).

O novo CPC dedica um capítulo todo aos mediadores e conciliadores judiciais (artigos 165 a 175), sendo que no artigo 149 dispõe que mediadores e conciliadores fazem parte do rol de auxiliares da Justiça. Ademais, o artigo 3º, §3º incentiva a conciliação, a mediação e demais métodos de solução consensual de conflitos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

É possível identificar como o princípio maior da mediação o protagonismo das partes e a responsabilidade pela solução encontrada. Nesse sentido, a solução para o problema tende a ser melhor aceita e a pacificação da questão fica acobertada pela segurança jurídica.

O conteúdo dos ajustes será o objeto do entendimento, do possível consenso entre as partes; será o resultado das concessões e dos intercâmbios realizados no transcurso do processo de negociação que antecedeu ao compromisso.

Como o foco está na superação do dissenso, há o “empoderamento” das partes sobre os conflitos, de meros expectadores do litígio conduzido pelos advogados e pelo magistrado, as partes passam a atores importantes de sua solução (CUNHA, 2018, p. 633).

No que tange a utilização da mediação e conciliação pela Administração pública, importante apontar que A Lei de Mediação (Lei 13.140/15), que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, cuidou de inserir um capítulo com o título: “Da Autocomposição de Conflitos em que for parte pessoa jurídica de Direito Público”.

De acordo com o parágrafo único do art. 1º da Lei 13.140, de 2015, a mediação é definida como “a 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”.

Conjugando-se o disposto no art. 166 do CPC com a disposição contida no art. 2º da Lei 13.140, de 2015, observa-se que a atuação do mediador há de ser conduzida pelos princípios da independência, da imparcialidade, da isonomia entre as partes, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade das partes, da busca do consenso, da confidencialidade, da boa-fé e da decisão informada.

Cotejando-se o § 2º com o § 3º, ambos do art. 165 do CPC, tem-se a impressão de que o mediador não sugere qualquer solução para o conflito; só quem poderia fazer sugestões seria o conciliador. Ocorre, porém, que o inciso III do § 1º do art. 30 da Lei 13.140, de 2015, menciona a “manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador”, numa clara indicação de que o mediador pode também fazer sugestões ou apresentar proposta de acordo para as partes se autocomporem (CUNHA, 2018, p. 630). Nesse sentido, merecem destaque os dispositivos legais:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 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.

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.

Outra novidade a ser ressaltada especificamente quanto a adoção de meios não adversariais de resolução de demandas pela Administração Pública se refere à criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, prevista no artigo 32 da Lei 13.140/2015:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Nota-se pelo parágrafo único do artigo 33 da referida lei de regência a possibilidade de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

A Lei 13.140, de 2015, trata apenas da mediação, não mencionando expressamente a conciliação. Contudo, suas regras devem aplicar-se igualmente à conciliação, pois as diferenças entre estes dois meios alternativos não são tão acentuadas, variando quanto a adoção de algumas técnicas, a depender das pessoas envolvidas e do objeto da disputa havida entre elas, conforme destacado.

5. Parâmetros de consenso e desafios aos modelos de solução consensual apresentados

A redefinição do conceito de interesse público é condição essencial para a admissibilidade do consenso administrativo em decisões outrora puramente reservadas às decisões de império. Entretanto, não há como negar que o conteúdo do denominado “interesse público” é dinâmico, uma vez que experimentou sensíveis mudanças até os dias hodiernos (DANTAS, MELLO, 2010).

Nesse sentido, o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica. Conforme aponta a doutrina consagrada:

Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência (MOREIRA NETO, 2003, p. 154).

É que coexiste com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse em dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa. é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que

sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido (MOREIRA NETO, 2003, p. 154).

André Luiz Nascimento Parada (2015, p. 108) defende que nos contratos administrativos o que se transfere são bens e direitos patrimoniais disponíveis, pois, se não contemplassem essa natureza, não poderiam ser objeto de contratos, especialmente considerando que o direito disponível é o direito que as partes podem constituir ou extinguir por meio de acordo de vontade. E, desse modo, conclui-se que dispor de direitos patrimoniais não significa dispor do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o particular, interpretada a luz da Constituição de 1988, não garante a prevalência do direito alegado pela Administração Pública contra particular “a qualquer custo”. No caso concreto, a partir dos argumentos apresentados por ambas as partes, em condições isonômicas, verificar-se-á qual direito está mais bem amparado nas leis e princípios jurídicos (MESQUITA, 2016, p. 19).

À luz de tais reflexões, questiona-se: o que seria a negociação público-privada legítima? A doutrina aponta que seria aquela consentânea com “os objetivos fundamentais da República, adequada, qual seja, pertinente na correlação entre meios e fins; necessária, ou seja, a menos onerosa entre as alternativas válidas e proporcional *stricto sensu*” (FREITAS, 2017, p. 30).

A solução negociada, nas relações de administração pública, merece ser vista como estratégia preferencial de pacificação dos conflitos.

Por óbvio, existem matérias inegociáveis. A adoção do consensualismo não implica a abertura de mão da decisão judicial de mérito nas hipóteses impositivas (FREITAS, 2017, p. 33).

Por outra parte, a lógica do tudo ou nada é uma postura hermenêutica indefensável no plano de princípios e no campo das regras. Trata-se de rigidez excessiva que atesta o despreparo e falta de vocação para uma governança democrática.

Com a adoção das soluções não adversarias no âmbito da administração pública, novas habilidades devem ser desenvolvidas por parte do agente público, quais sejam: a) maturidade para desenhar alternativas não adversariais, baseadas na confiança legítima; b) impessoalidade e autocontrole em face dos estímulos aversivos; c) desenviesamento e troca consciente de automatismos mentais; d) capacidade de escuta ativa e de indagação aberta; e) aptidão para construir saídas honrosas e f) vocação para performances integradas (FREITAS, 2017, p. 34).

Nesse passo, o agente de Estado é instado a negociar sem sucumbir. Não pode ceder simplesmente para parecer bom negociador. É parte de sua incumbência dialogar respeitosamente, presumindo a boa-fé do oponente e, quando viável, pois nem sempre o será, “deve fixar enquadramentos propícios ao acordo, resistindo à tentação

de derrotar completamente a parte contrária, a qualquer preço” (FREITAS, 2017, p. 34).

Conforme esclarece Mesquita (2016, p. 19):

O cidadão não está, necessariamente, em lado oposto ao Estado. O direito por ele pleiteado pode refletir um equívoco da Administração Pública, uma violação às normas cogentes praticadas pelo agente público ou uma ação estatal contrária ao interesse público primário.

Desse modo, os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o particular não impedem a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, mas, sim, obrigam o Estado a pesar os princípios da legalidade, a boa-fé e a eficiência à luz da juridicidade administrativa para que o melhor interesse público seja atingido no caso concreto.

Como se vê, nem sempre o interesse público deverá preponderar de modo absoluto numa relação, pois outros interesses constitucionalmente protegidos poderão nela concorrer, o que exige soluções ponderadas.

O atributo da imperatividade, em que pese compor-se em legítimo meio de ação estatal, deve sim ser compatibilizado com os instrumentos consensuais de atuação do poder público.

Um Estado de Justiça, não pode prescindir dessa interação horizontal e sadia com a sociedade (MOREIRA NETO, 2003, p. 156). A face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável.

Para que o agente público possa realizar acordo, ele deverá seguir certos parâmetros, de modo que este seja considerado legítimo, isentando-o de qualquer responsabilização ou sanção e, assim, fazendo com que o acordo esteja em consonância com o interesse público.

Mesquita (2016 p. 25-27) elenca algumas diretrizes para a promoção de acordo legítimo a ser concluído pelo advogado público, ressaltando que, quando se fala em parâmetro para realização de acordos, se pretende dizer que o advogado público terá à sua disposição diversos instrumentos, tanto para objetivar a sua proposta como para medir a vantajosidade do acordo a ser promovido. Tais parâmetros podem ser sintetizados da seguinte maneira:

i) Pelo princípio da isonomia, em demandas análogas os acordos também devem ser celebrados de forma semelhante. Se o tema que se apresenta em uma demanda for de interesse de toda uma categoria ou grupo de pessoas, o advogado público pode procurar resolver a situação de todos de maneira uniforme, seja os convidando a uma única mesa de negociação, seja formulando uma mesma proposta individualmente a todos os interessados.

ii) Análise de risco. Embora o Poder Judiciário não tenha entendimento uniforme em todos os casos, a partir da verificação nos processos perante as Varas da Fazenda Pública e o Tribunal de Justiça ou Federal o advogado público consegue vislumbrar se o processo tem chance provável, possível ou remota de perda.

iii) Melhor Alternativa Para Um Acordo Negociado. Durante a celebração do acordo, qual seria a melhor opção a ser adotada, aquela apresentada na mesa de negociação ou outra à disposição do advogado público? O advogado público, ao atuar em uma negociação, deve saber, concretamente, qual será a consequência para a administração pública caso o acordo não seja celebrado.

Imperioso anotar ainda que o regime de consenso somente pode ser aplicado onde houver autorização legal que ateste as benesses de seu emprego diante de circunstâncias particulares específicas. Ademais, como bem enfatiza Baptista (2003, p. 270), “o consenso não pode levar à abdicação de funções pela administração nem à eliminação de poderes públicos, mantendo-se nos limites admitidos constitucionalmente”.

São proibidos compromissos ímprobos, desproporcionais, impermeáveis a procedimentos de controle e autocontrole e que tentam contornar a reserva legal (FREITAS, 2017, p. 37).

Mesmo com diretrizes bem definidas e autorizada a solução consensuada à luz do princípio da legalidade, a negociação administrativa ainda se sujeita a incertezas. Entende-se pela necessidade de consolidação de novas formas de controle e meios de se coibir abusos que prejudiquem o interesse público, o qual se revela como fator imprescindível para viabilizar a conservação da vida em comunidade, uma vez que busca, por meio da atuação estatal, propiciar, na máxima medida possível, um convívio harmonioso e organizado entre os seus membros (FALEIROS JÚNIOR, 2017, p. 71)

Nesse sentido o conceito de solução ótima está sensivelmente ligado ao conceito de boa administração, o qual pressupõe que a Administração Pública deve proceder sempre da melhor forma para atender à satisfação das necessidades coletivas, adotando as melhores soluções possíveis (VALLE, 2018, p. 193).

O acordo é, no geral, a mais democrática e satisfatória das soluções. Do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro) pode ser associado à ideia de eficiência, de uma Administração Pública mais moderna e capaz de responder adequadamente a novos problemas que surgem com a evolução social.

A despeito dos desafios e incertezas, a adoção de modelos não adversariais de solução de conflitos entre particulares e a Administração Dialógica é uma tendência crescente e realidade que, se bem manejada, pode incrementar qualitativamente a atuação administrativa, com soluções mais adequadas e céleres, além de desafogar o congestionado Poder Judiciário.

6. Conclusão

O estudo apresentou a adoção de modelos não adversariais de solução de conflitos como uma forma de expressão da Administração Consensual, como uma mudança de cultura da Administração impositiva àquela que estimula o diálogo e participação dos diversos atores sociais. Diante do incremento das ideias democráticas, a atividade administrativa passou a exigir maior participação social institucionalizada; o particular passou a poder participar da construção das decisões administrativas, sendo copartícipe da gestão pública.

Nesse sentido, uma das principais tarefas da Administração Pública consensual se relaciona justamente ao emprego de mecanismos consensuais de resolução de conflitos em substituição aos comandos estatais unilaterais e imperativos que dominavam o Direito Administrativo clássico.

A adoção de um sistema multiportas com meios não adversariais adequados a uma solução inovadora dos problemas sociais representa um avanço na gestão dos conflitos em que a Administração Pública figura como parte, com possíveis ganhos em eficiência, redução de custos e maior adesão das partes à solução acordada por meio de construção de espaços de consenso.

A evolução legal do tema teve sérias inovações com a edição de diplomas específicos que regularam a arbitragem e a mediação como meios de composição de conflitos no âmbito da Administração Pública. As leis nº 13.129/2015 e 13.140/2015 em conjunto com as disposições do Código de Processo Civil importam em um sistema integrado de resolução de conflitos por meios não adversariais disponíveis ao particular em alternativa ao moroso e desgastante conflito judicial tradicionalmente adotado pela cultura da litigância excessiva.

Existe uma presença massiva de processos administrativos e judiciais envolvendo a Administração Pública. Por vezes, o volume impede que a questão seja analisada com a devida atenção que carece. Nesse sentido, a existência de um sistema multiportas se descortina como possível solução mais eficiente e econômica do que a presença da Administração em juízo, desde que respeitados certos limites e adotados alguns parâmetros para a solução das controvérsias entre particulares e Administração.

A arbitragem emerge como um campo com potencial desenvolvimento para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis a partir da inserção de cláusulas compromissórias nos contratos firmados pela Administração.

A mediação e a conciliação representam tentativas de simplificar o acesso à justiça e solução dos conflitos, atendendo ao mandamento legal de que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Nestas técnicas autocompositivas ocorre a busca pelo melhor caminho. As partes envolvidas devem estar

engajadas e comprometidas com a resolução encontrada. Um avanço destacado quanto a adoção destas técnicas de resolução de conflitos pelo Estado foi a criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, conforme determinação do artigo 32 da Lei 13.140/2015.

A despeito das vantagens ressaltadas, se faz necessário estabelecer parâmetros de atuação dos entes estatais na formação do consenso, a fim de não se prejudicar o interesse público e tampouco lesar a Administração. A adoção de técnicas consensuais para resolução de disputas administrativas não se abstrai de críticas. Carecem de mecanismos efetivos de controle e negociações ímprobas e desproporcionais devem ser a todo custo coibidas.

Em que pese os pontos de melhoria a serem aperfeiçoados, conclui-se que o acordo é, no geral, a mais democrática e satisfatória das soluções. Pelo seu caráter de abertura se mostra consentâneo às necessidades de uma Administração moderna, capaz de resolver diversas demandas de forma eficiente e econômica, além de contar com a efetiva participação dos interessados envolvidos. Atendidas as diretrizes para a promoção de um acordo legítimo, a solução de conflitos por meios não adversariais atende às práticas de boa governança e gestão por parte da Administração.

7. Referências bibliográficas

- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BITTENCOURT, Marcos Vinícios Corrêa. *Estudos de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 26 maio 2021.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem na concessão de serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, 1996.
- DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos; MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-logica-do-consenso-na-administracao-publica-contemporanea-em-face-do-paradigma-do-resultado/>. Acesso em: 26 maio 2021.

- DI FRANCESCO, Angela Teixeira Leite Pacheco. *A mediação na administração pública com base na Lei 13.140/2015*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/angela-di-francesco-poder-publico-caminho-consensualismo>. Acesso em: 26 maio 2021.
- FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública Consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP, Universidade de São Paulo, v. 4, n. 2, p. 69-90, 2017.
- FERRAZ, Luciano. *LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-aco-es-improbidade-administrativa>. Acesso em: 26 maio 2021.
- FERREIRA NETTO, Cassio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Futuro da advocacia pública: prevenção e conciliação. *Consultor Jurídico*, 28 abr. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-abr-28/futuroadvocacia-publica-prevencao-conciliacao>. Acesso em: 26 maio 2021.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MESQUITA, Daniel Augusto. A participação do advogado público em mediações: parâmetros para a celebração de acordo que atenda ao interesse público. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 41, n. 2, p. 09 - 32, jul./dez., 2016.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MUNIZ, Mariana. Lei da Arbitragem abriu caminho para mediação e conciliação, diz especialista: Selma Lemes analisa aplicação da lei, que completa vinte anos em setembro. Disponível em: <https://www.jota.info/consenso/lei-da-arbitragem-abriu-caminho-para-mediacao-e-conciliacao-diz-especialista-30082016>. Acesso em: 11 maio 2020.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação Administrativa Procedimental*. Belo Horizonte: Fórum. 2009.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005.

PARADA, André Luiz Nascimento. *Arbitragem nos contratos administrativos: análise crítica dos obstáculos suscitados para afastar sua utilização*. Curitiba: Juruá, 2015.

VALLE, Vivian Lima Lopez. *Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.