

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: PROPOSIÇÕES E PERSPECTIVAS

CONCILIATION AND MEDIATION IN BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION: PROPOSALS AND PROSPECTS

CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BRASILEÑA: PROPUESTAS Y PERSPECTIVAS

Mateus Camilo Ribeiro da Silveira*
Felipe Gonçalves Fernandes**

* Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo, Brasil.

** Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo, Brasil.

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Mediação e conciliação; 3 Experiências legislativas; 4 Advocacia pública e autocomposição na administração pública; mudança de paradigma; 5 Conclusão; Referências.*

RESUMO: O objetivo deste trabalho é demonstrar como métodos consensuais para a solução de controvérsias (notadamente a mediação e a conciliação) podem não só de reduzir o número de processos levados ao Poder Judiciário, mas também recuperar o protagonismo do administrador como gestor do orçamento. Adotar esta possibilidade de planejamento para o seio da Administração Pública chancelaria alguma previsibilidade diante dos impactos orçamentários causados por decisões judiciais, ajudando ainda, por consequência, na prevenção do desarranjo institucional hoje consubstanciado na implementação judicial de escolhas públicas e da forma de gestão das relações estatais.

PALAVRAS-CHAVE: Litigiosidade; Conciliação; Mediação; Administração Pública; Consensualidade.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate how consensual methods of dispute resolution (notably mediation and conciliation), may not only reduce the number of processes brought to the judiciary, but also recover the role of the administrator as a budget manager. Adopting this possibility of planning within the Public Administration would endorse some predictability in view of the budgetary impacts caused by judicial decisions, and also help in the prevention of institutional disruption currently embodied in the judicial implementation of public choices and the management of state relations.

KEY WORDS: Litigation; Conciliation; Mediation; Public administration; Consensuality.

RESUMEN: El propósito de este artículo es demostrar como los métodos consensuados para la solución de controversias (en particular la mediación y conciliación), pueden no solo reducir el número de casos llevados al Poder Judicial, como también recuperar el rol del administrador como gerente de presupuesto. Adoptar esta posibilidad de planificación al seno de la Administración Pública brindaría cierta previsibilidad frente a los impactos presupuestarios provocados por las decisiones judiciales, contribuyendo también, por tanto, en la prevención del desarreglo institucional hoy plasmado en la implementación judicial de decisiones públicas y la forma de gestión de las relaciones estatales.

Recebido em: 15/08/2021.

Aceito em: 02/10/2023.

PALABRAS CLAVE: Litigio; Conciliación; Mediación; Administración Pública; Consensualidad.

INTRODUÇÃO

A temática referente à composição no âmbito da Administração Pública vem ganhando corpo nos últimos anos, num cenário em que remanesçam alguns antigos dilemas, mas se abrem diversas novas perspectivas.

Primeiramente, é importante fixar que este trabalho não se presta a negar a indisponibilidade nem a supremacia do interesse público. No entanto, há situações em que o alcance desses interesses qualificados pode se dar por meios diferentes daqueles tradicionalmente consagrados, resultado das imposições de novas demandas que hoje emanam de uma sociedade complexa e massificada.

Atos estatais têm o poder de atingir vasta gama de pessoas, o que, por consequência, lhes reveste de inegável efeito multiplicador, sendo que, uma vez atingido o corpo social, tal qual o corpo humano dá efeitos de que algo saiu do seu padrão de normalidade por meio de uma febre, no sistema jurídico essa reação pode ser identificada na hiperjudicialização. E, assim, criado o fenômeno, a Administração Pública deve racionalizá-lo e processá-lo, o que nem sempre é possível pelas vias usuais.

Esse processo foi identificado pela doutrina, que pondera o difícil cenário de litigiosidade crescente nas relações travadas com o Poder Público, com soluções nem sempre alinhadas ao interesse público:

Como se sabe, a Administração Pública brasileira é fonte inesgotável de conflitos de interesses. Isso se dá no âmbito interorgânico, bem como nas relações com servidores públicos e contratos administrativos (isso sem se falar na responsabilidade civil administrativa e temas pertinentes ao meio ambiente, à tributação e à saúde, por exemplo). Tais disputas tendem a desembocar no Poder Judiciário – o que, conjugado com o crescimento desproporcional das ações judiciais, implica a frustração de expectativas de todas as partes envolvidas.

Essa situação gerou significativo acervo de não direitos, em causas sem qualquer solução. Nesse cenário, as únicas coisas que persistem eficazes são os conflitos e a insatisfação de todos os envolvidos. A toda evidência, essas pendências não prestigiam o interesse público (qualquer que seja o significado a ele atribuído). Todos perdem com isso.

Ocorre que, nos últimos anos, parte significativa da academia, da jurisprudência e da legislação brasileiras tem dado ênfase à diminuição de litigiosidade e à utilização de meios consensuais e/ou extrajudiciais de solução de controvérsias envolvendo entes públicos. Já se passou o tempo, portanto, do preconceito e da negação. A discussão alcançou outros patamares, consolidando os incentivos para métodos alternativos de solução de controvérsias. Com isso se pretende solucionar, em prazo razoável, os conflitos envolvendo a Administração Pública brasileira com os seus cidadãos – a quem, afinal de contas, ela deve servir¹.

Não apenas numericamente os atos do Poder Público podem se mostrar excessivamente gravosos; também em aspectos qualitativos a atuação estatal pode se apresentar como forte interventora na esfera privada, o que levou a comunidade jurídica a pensar em temperamentos por meio de algumas mudanças.

Essa tentativa de câmbio de paradigma se relaciona com alterações legislativas que reconheceram o sistema de resolução de conflitos como algo para além do Poder Judiciário, o chamado sistema multiportas, consagrado pelo Código de Processo Civil de 2015 e outros diplomas legais que orbitaram a sua elaboração, conforme destacado pela doutrina:

O NCPC adota o modelo multiportas de processo civil. Cada demanda deve ser submetida à técnica ou método mais adequado para a sua solução e devem ser adotados todos os esforços para que as partes cheguem a uma solução consensual do conflito.

É norma fundamental do processo civil brasileiro a prioridade na utilização das técnicas para facilitar a resolução consensual dos conflitos (NCPC – art. 3º). É dever do Estado promovê-la, divulgando e fornecendo os meios necessários, e dos operadores jurídicos estimulá-la, esclarecendo à população a difusão e a utilização dos meios adequados de resolução de disputas².

¹ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

² LESSA NETO, João Luiz. O Novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora?!. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 97-109, out./dez. 2015.

Com efeito, priorizar unicamente uma postura antagonica frente aos administrados que buscam ver seus direitos concretizados pode não representar hoje a melhor forma de efetivar o interesse público; isso poderia, ao final e ao cabo, consubstanciar uma situação de negação de direitos, incompatível com o fim maior da atuação estatal.

Diante disso, é dever do Poder Público, enquanto um dos grandes litigantes do cenário nacional e o maior interessado na concretização do interesse público, ponderar a conveniência da busca pela via não judicial para a solução de determinada sorte de litígios; exemplo disso são as teses fazendárias patentemente rechaçadas pelo Poder Judiciário, por meio de entendimentos já consolidados, em relação às quais a insistência na via judicial leva apenas a uma situação de prolongamento de processos fadados ao fracasso, inadequado direcionamento de trabalho de servidores públicos, aumento dos custos do processo (na forma de juros, correção monetária e ônus sucumbenciais), bem como a apresentação da Administração Pública perante o judiciário e a sociedade como um litigante contumaz, que se utiliza de suas prerrogativas mesmo quando sabidamente não tem razão jurídica.

Desse modo, o ato de repensar a atuação estatal está inserido em processo muito mais amplo, que envolve a justa satisfação dos interesses dos administrados, a contribuição para a diminuição da hiperjudicialização e a prevenção de prejuízos patrimoniais ao próprio erário (decorrência dos custos do processo e dos recursos humanos) e é dentro dessa perspectiva que apresentamos algumas hipóteses de composição no âmbito da Administração Pública brasileira, a fim de contribuir para uma atuação mais racional e eficaz.

2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

As figuras da mediação e conciliação se inserem num contexto de transformações do Direito Administrativo, em que se busca realizar, com maior intensidade, o postulado da consensualidade no exercício da função administrativa.

São muitos os fundamentos que justificam essa mudança de paradigma, entre eles a ideia de que o acordo substitua eventuais atos unilaterais de autoridade; e que o administrado manifeste mais fortemente sua perspectiva em eventual conflito. Busca-se, com meios consensuais de resolução de conflitos, reduzir o aspecto autoritário da atuação do Poder Público e promover o princípio democrático dentro da Administração Pública, resultando em incremento na adesão e longevidade das soluções construídas.

Como já enunciado, a composição se revela também como ferramenta para reduzir a intensa judicialização que afeta o Estado. A legislação processual passou a institucionalizar esses mecanismos não como meios alternativos ou subsidiários à via judicial, mas como meios adequados e integrados à solução de distintos conflitos, formando o chamado modelo de justiça multiportas.

Há uma passagem da alternatividade para a adequação, sob o ponto de vista do acesso à tutela dos direitos. Como apontam Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr., *“a justiça não estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada”*³.

Nesse sentido, para cada espécie de conflito, seria adequada uma forma de solução, não só em termos de celeridade processual, mas também de efetivo desenlace do conflito, que atenda às expectativas das partes e da sociedade, inclusive no tocante ao mérito.

Impõe-se ao Poder Público a escolha prioritária por um ou outro modelo de atuação, a ser aferido caso a caso, à luz das múltiplas nuances de cada conflito. Diante de várias portas para solução da controvérsia, cabe à Administração seguir pelo caminho apto a resultar em satisfatório atendimento ao interesse público, tendo em vista o conteúdo do princípio da eficiência, a que esta submetida.

Dentro da perspectiva acima traçada, é preciso esclarecer quais instrumentos previstos na legislação sobre o tema serão objeto de nosso estudo, sobre os quais nos debruçaremos nos próximos tópicos.

³ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 376.

Assim, primeiramente, é preciso fazer uma diferença entre a heterocomposição e a autocomposição: a primeira se refere aos casos em que um terceiro se põe entre as partes e decide o conflito apresentado, tal qual sucede na via judicial ou mesmo na arbitragem; já na autocomposição, as partes dialogam para tentar chegar a uma solução consensual, a qual emana de suas próprias decisões.

Dentre os métodos da autocomposição destacam-se a mediação e a conciliação, as quais, apesar de semelhantes, possuem algumas diferenças fundamentais: nos termos do §2º do art.165 do Código de Processo Civil, o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, é o terceiro que poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem; já o mediador é tratado no §3º do mesmo dispositivo, o qual dispõe que esse 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.

Como a mediação pressupõe que já tenha havido um contato entre as partes, papel importante do mediador consiste na atuação para o restabelecimento do diálogo, ao passo que o conciliador terá postura mais voltada para o problema em si, podendo, inclusive, propor uma solução.

Há muitas situações em que a conciliação pode ser utilizada no âmbito da Administração Pública; é o caso, por exemplo, das demandas nas quais servidores públicos buscam o recebimento de parcelas reiteradamente reconhecidas na via judicial em favor deles. Nesses casos, suponha-se que já exista inclusive jurisprudência consolidada nesse sentido, de modo que não faz mais sentido a oposição de recursos. Nessas situações, é possível segundo explicitaremos adiante, que Administração e servidor cheguem a um denominador comum antes que o administrado precise se socorrer do Poder Judiciário. Importante lembrar que eventual litígio apenas levaria a Administração Pública ao pagamento da mesma parcela, sendo que acrescido de juros, correção monetária e ônus de sucumbência, além de todos os custos embutidos no acompanhamento de um processo judicial.

Doutra ponta, a mediação se torna mais difícil, mas é possível cogitá-la no seio da Administração Pública, exemplificativamente, em *“uma demanda relativa a matéria de pessoal, proposta por servidor com quem a Administração possui um vínculo já de longa data”*⁴.

Exemplo concreto interessante de solução consensual no âmbito da Administração Pública foi empreendida pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em face dos atos criminosos praticados em 13/03/2019, no interior das instalações da Escola Estadual Professor Raul Brasil, no Município de Suzano, evento conhecido como “Massacre de Suzano”. O Governador expediu o Decreto nº 64.145/2019 autorizando o pagamento de indenização às vítimas e/ou familiares dos alunos e servidores da rede estadual de ensino vítimas dos atos. Em sequência, foi instituída Comissão Executiva, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, para proposição de critérios da indenização, posteriormente estabelecidos por meio de Deliberação de 5/4/2019.

É claro que, mesmo antes da previsão expressa desses instrumentos na legislação processual federal, era lícito ao Poder Público adotar e promover soluções consensuais diante de conflitos com particulares. Há diversos diplomas legais nesse sentido, como a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) que prevê o Termo de Ajustamento de Conduta (art. 5º, § 6º), figura presente também nas normativas de uma série de agências reguladoras federais. Cite-se, ainda, a Lei nº 8.987/98 (arts. 23, XV e 23-A⁵) e a Lei nº 11.079/2004⁶.

⁴ RODRIGUES, Marco Antonio. A Fazenda Pública no Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 385-386.

⁵ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

^{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.

⁶ Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Independentemente disso, conforme será explicitado adiante, o modo de exercício dos instrumentos da conciliação e mediação, no âmbito da Administração Pública, dependerá da regulamentação de cada ente, haja vista a sua capacidade de auto-organização e autoadministração, bem como o respeito aos princípios da Administração Pública, tal como exigível em qualquer outra situação. Não se trata de uma atuação privada da Administração Pública, portanto, mas apenas da utilização de formas consensuais para a atuação dentro do regime público.

Para fins de proposições, utilizam-se como pontos de partida o código de processo civil e a legislação federal (notadamente a Lei nº 13.140/2015) sobre o tema, a partir dos quais serão desenvolvidas algumas considerações.

3 EXPERIÊNCIAS LEGISLATIVAS

Conforme dito acima, o sistema legislativo pátrio fomenta os métodos consensuais de solução de controvérsias não só entre particulares, mas também nas relações travadas pelo Poder Público.

Para o desempenho dessa tarefa, no entanto, os respectivos entes deverão desenvolver um processo de habilitação desses instrumentos, por meio de dispositivos regulamentares, os quais tornarão possível a sua implementação no plano prático. Desse modo, o primeiro passo é a regulamentação⁷.

A autorização legislativa, conforme adiantado, consubstancia-se na lei nº 13.140/2015, que, consagrando disposição do Código de Processo Civil (art. 174, CPC), confere aos órgãos de advocacia pública o importante papel de gerir as Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos nos seguintes termos:

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.

Assim, mais do que a representação judicial dos entes federativos em juízo, aos órgãos de advocacia pública foi incumbido o importante mister de atuar preventivamente na solução de conflitos, o que visa a racionalizar a atuação estatal, diminuir a litigiosidade e efetivar de forma mais ágil os direitos dos administrados, quando pertinente.

Vale destacar a previsão expressa no dispositivo para a competência de as câmaras dirimirem conflitos relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela Administração com particulares, matéria de intensa judicialização e com impactos orçamentários significativos, conforme §5º, do art. 32, assim como indicação de procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos, aposta no artigo subsequente.

Conforme ressaltado acima, o modo de composição e o funcionamento das Câmaras deverá ser estabelecido em regulamento de cada ente e a submissão de conflitos a elas será facultativa, devendo cada unidade federativa estabelecer as hipóteses habilitadoras. Nesta tarefa de regulamentação, os órgãos terão autonomia para definir procedimentos internos, mas deverão observar os princípios da Administração Pública e nortes já indicados na própria lei nº 13.140/2015, tal qual a necessária voluntariedade como pressuposto da composição, cabendo ponderar, ainda, a relação entre confidencialidade e publicidade das negociações, a indicação de eventual mediador, entre outras questões.

Dentro do contexto da massificação de processos, importante dispositivo da lei nº 13.140/2015 se refere à transação por adesão, a qual, em âmbito federal dependerá de autorização do Advogado-Geral da União, com base

⁷ A Advocacia-Geral da União possui atuação de destaque na matéria e criou, em setembro de 2007, Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, pelo Ato Regimental AGU nº 05/2007, com a finalidade de promover a solução consensual de impasse envolvendo órgãos administrativos federais.

na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Portanto, trata-se de hipótese na qual, reconhecida a inviabilidade judicial daquela matéria (identificada a partir da jurisprudência dos tribunais superiores) ou mediante autorização do chefe do Poder Executivo, o órgão expedirá resolução administrativa com os requisitos e as condições da transação, devendo os interessados fazer o pedido de adesão e a juntada de prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa. Assim, verificamos: para que se promova a transação por adesão serão necessários autorização ou parecer, resolução administrativa e requerimento do administrado.

Quanto à resolução administrativa, trata-se de ato geral e abstrato que identificará situação (ou situações) na qual o Poder Público não tem mais interesse em litigar, submetida à coletividade, de modo que interessados que possuam casos idênticos poderão comparecer aos órgãos de advocacia pública para solicitar uma adesão à proposta fixada, dentro do prazo estabelecido. É o que dispõe o art. 35 da lei nº 13.140/2015:

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

Note-se que se trata de importante mecanismo de salvaguarda da impessoalidade, vez que não são as características pessoais de cada administrado que condicionarão a adesão ou não à proposta, mas simplesmente um enquadramento na hipótese de incidência, de maneira que, é defensável, a parte terá direito subjetivo à transação, salvo situações excepcionais de restrição orçamentária.

Importante perceber que a adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso eventualmente pendente (em âmbito judicial ou administrativo), no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa, o que é aceitável, do ponto de vista lógico, vez que, se a parte já obteve o direito por meio da adesão, não haveria necessidade de dar continuidade a processo administrativo ou judicial.

Outrossim, o diploma em questão se presta a trazer soluções para conflitos entre entes públicos federais, os quais *deverão* submeter suas contendas à Advocacia Geral da União:

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

No que tange às hipóteses relativas aos demais entes federativos, a lei nº 13.140/2015 não lhes impôs qualquer atuação, mas facultou a submissão de conflitos federativos aos órgãos em questão⁸.

Além do citado diploma, destaca-se, também, a edição da lei nº 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que reservou Capítulo específico para disciplinar os “meios alternativos de resolução de controvérsias”. Embora o título esteja vinculado à equivocada ideia de alternatividade desses meios, pensada em oposição à suposta centralidade da judicialização, conforme crítica apontada no início deste estudo, a lei reconhece a possibilidade de adoção de instrumentos como a conciliação, a mediação, a arbitragem e o comitê de resolução de disputas para solucionar conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito das contratações públicas.

No artigo 151, parágrafo único, a lei fornece exemplos de controvérsias desta natureza, indicando questões afetas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações devidas no curso do ajuste. É de se notar que a previsão legal dialoga com o artigo 32, §5º, da lei nº 13.140/2015, que já dispunha sobre a competência das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos para dirimir controvérsias que envolvam equilíbrio econômico-financeiro.

754 Previu-se, ainda, a hipótese expressa de extinção do contrato de forma consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, mediação ou comitê de resolução de disputas, desde que precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzida a termo no respectivo processo, nos termos do artigo 138, inciso II e §1º, da lei nº 14.133/2021.

Como se verifica, o diploma legal reforça o caminho da resolução consensual de conflitos entre a Administração Pública e particulares, dispondo, na esteira de leis pretéritas, acerca da adoção dos instrumentos destacados neste artigo para solução de conflitos nas contratações públicas.

Desse modo, observa-se que a experiência legislativa brasileira apresenta significativos avanços no que tange à utilização de meios consensuais para a solução de demandas que envolvam a Administração Pública, seja nas relações com os administrados, seja nas relações interorgânicas, o que pode favorecer um protagonismo na solução de seus próprios problemas, conforme se passa a expor no tópico a seguir.

4 ADVOCACIA PÚBLICA E AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: MUDANÇA DE PARADIGMA

Conforme indicado acima, o legislador pátrio operou movimento no sentido de garantir importantes atribuições em favor dos órgãos de advocacia pública, o qual pode ser entendido como reflexo das mudanças de paradigma pretendidas a partir do Código de Processo Civil de 2015.

Diante dessas soluções, é defensável que se esteja a formar uma nova sistemática na forma de funcionamento dos órgãos estatais, em prol de uma atuação mais consentânea com os anseios da coletividade e apta a recuperar o protagonismo do administrador público como o verdadeiro gestor do orçamento, sem que isso implique um menoscabo da legalidade.

⁸ Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Desse modo, se antes os advogados públicos adotavam uma postura aguerrida de recorrer até a última instância, agora esse ímpeto deverá ser direcionado apenas aos casos em que realmente faça sentido o esgarçamento por meio da via judicial. Nos demais, uma atuação estratégica de resolução de conflitos é o desejável.

É cediço que o administrador pode tomar medidas que venham a ser desconstituídas pelo Poder Judiciário e isso é normal dentro do sistema democrático de freios e contrapesos. Ocorre que muitas vezes essas situações deixam um passivo a ser gerido fora do âmbito administrativo, notadamente o judicial, com todas as dificuldades que este ambiente também ostenta, entre elas a escassez de recursos humanos, o volume e a massificação de processos e a constante busca na diminuição do contingente processual, que compete com a complexidade de muitas demandas.

Assim, não são raras as soluções que acabam por resultar em condutas ativistas⁹, severamente criticadas pelos gestores públicos, ou, ainda, que demoram a se concretizar, paralisando atos, projetos e políticas públicas de urgente implementação.

Note-se que, mesmo quando proferidas dentro dos limites constitucionais, em respeito às funções precípuas de cada Poder, as decisões judiciais são naturalmente impositivas, determinadas por terceiro externo à Administração Pública e que, exatamente por isto, pode elaborar soluções que não dialoguem com a realidade e com as dificuldades enfrentadas no âmbito administrativo, não obstante as recentes alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁰. Daí porque transferir a resolução de certas controvérsias para fora da Administração pode gerar consequências negativas aos fins de interesse público almejados.

Desse modo, mais do que simplesmente dirimir conflitos por vias negociais, a solução de controvérsia dentro do Poder Executivo pode lhe garantir autonomia e planejamento na condução de sua atuação, de modo a não ser surpreendido por impactos orçamentários ou qualitativos resultantes de processos judiciais, para os quais a máquina estatal e orçamentária não estava preparada.

Nesse sentido, a possibilidade de uso da mediação e conciliação na temática de equilíbrio econômico-financeiro de contratos é ferramenta importante para a Administração Pública, considerando o impacto que essas controvérsias têm sobre o erário e sobre a própria execução salutar do ajuste pelo particular. Não raras vezes, o deslinde desses conflitos exige aprofundamento em questões técnicas complexas, especialmente quando em pauta contratos de grande vulto ou de execução diferenciada, como parcerias público-privadas e concessões. Nestes casos, o espaço da consensualidade fomenta a troca de informações, com possibilidade de encerramento adequado e célere do conflito, algo relevante para estimular a execução correta de ajustes de longa duração.

Assim, para além de constituir proposta positiva aos administrados, a solução por vias não judiciais representa benefício também ao gestor, que poderá planejar a execução orçamentária de forma mais racional e segura. Ao prevenir a judicialização, o administrador estará a recuperar o leme de sua gestão, o que lhe possibilitará realizar o necessário planejamento, tornando-o capaz de implementar o plano de governo sem maiores sobressaltos.

E essa atuação deverá ser feita com o auxílio dos órgãos de advocacia pública, que se apresentarão com mais veemência na forma de facilitadores na tarefa de implementação do interesse público.

No entanto, é importante ter em consideração que esta forma de endereçar as controvérsias entretidas pelo Poder Público depende, ainda, da superação de modelo pretérito da dogmática jurídico-administrativa, notadamente aquele pautado única e exclusivamente na premissa da autoridade como resposta padrão para os conflitos submetidos à apreciação do Estado.

Com efeito, como aponta Eberhard Schmidt-Aßmann, “*na formação do sistema jurídico-administrativo é a autoridade quem define o modelo*”. Daí porque opiniões divergentes desta ideia central são remetidas para

⁹ Por conduta ativista ou “ativismo”, entenda-se o controle jurisdicional que extrapola os limites constitucionais relacionados à função precípuas do Judiciário, ocasionando usurpação de competências da Administração Pública e malferimento de normas principiológicas, de organização ou competência.

¹⁰ Faz-se alusão aos dispositivos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018 relacionados ao chamado consequencialismo e, especialmente, o art. 22, do diploma legal, segundo o qual “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

“posições de exceção, com queixas de irregular enquadramento e, no mínimo, com ônus de fundamentação”. Vale transcrever a seguinte passagem do autor a respeito de certa resistência a ideias paralelas à decisão unilateral:

Quem quer desviar a prática da Administração das ideias normativas da sistemática consentida e dos tipos e formas nisso fundados, está na defensiva'. Sim, verifica-se o perigo de ser visto como manifestação de expiração. É precisamente isso que acontece ainda nos nossos dias em velhos modos¹¹.

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro, como destacado neste artigo, aponta para um amplo arsenal de atuações da Administração que não se limitam apenas a atos de autoridade formal unilateral, mas reconhecem e viabilizam formas consensuais, cabendo aos operadores e à dogmática jurídica compreender e sistematizar esta diversidade e pluralidade de modos de agir. Para além da sistematização no plano científico, é imperioso que a prática administrativa também reconheça, de forma concreta, a validade e a utilidade dessas ferramentas.

Portanto, esta forma de atuação consensual ainda exige mudança de postura dos atores envolvidos, inclusive com assunção de risco de eventuais discordâncias dos órgãos de controle, e interesse em alterar estruturas e formas de organização já existentes.

5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no presente trabalho, o paradigma de uma sociedade massificada e diversificada se soma ao de um Estado que, por meio de seus atos, pode causar severo efeito multiplicador.

Assim, se a atuação estatal sempre teve o potencial de afetar a vida de muitos cidadãos, hoje, com a globalização das relações, a informatização dos processos e o acesso à justiça, o fenômeno da judicialização ganhou ares dramáticos.

Desse modo, a implementação do interesse público, no que tange aos aspectos demonstrados, passa a demandar uma atuação muito mais estratégica do que de conflito, impondo ao administrador escolher com sabedoria as “batalhas” que travará. Sendo assim, litígios fadados ao fracasso, os quais, ao final, deixarão apenas insatisfação tanto ao administrador quanto ao administrado, devem ser tratados de forma racionalizada, o que pode justificar uma atuação pré-judicial, ou seja, antes que aquela divergência se torne uma ação.

Além da seleção das controvérsias a serem travadas, impõe-se ao administrador público escolher o meio para sua solução, considerando os efeitos específicos (positivos e negativos) que podem advir da adoção de cada modelo de atuação.

Nesse sentido, a mediação e a conciliação ganham espaço entre as novas formas de solução de litígios na Administração Pública, que deverá, por meio de seus órgãos de advocacia pública, fomentar essas atividades, como forma de gestão de passivo e de respeito aos direitos dos administrados.

Dessa forma, a proposta de implementação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos no âmbito dos órgãos de advocacia pública apresenta-se como alternativa ao fenômeno da excessiva judicialização e do conseqüente ativismo judicial, o que traria novamente o gestor público à condição de condutor das decisões estatais, tal como o sistema de eleições democráticas previu.

REFERÊNCIAS

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

¹¹ SCHMIDT-ARMANN, Eberhard. Dogmática jurídico-administrativa: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 38.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LESSA NETO, João Luiz. O Novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora?!. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 97-109, out./dez. 2015.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 385-386.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras**. São Paulo: Saraiva, 2016.