

A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”

Bruno Lopes Megna¹

Sumário: 1 – Introdução: lança-se a administração pública no mar da consensualidade; 2 – Passando conceitos a limpo: meios consensuais no novo CPC e na lei de mediação; 2.1 – Meios consensuais, alternativos ou autocompositivos? Meios adequados; 2.2 – Quais são os métodos consensuais?; 3 – Enfrentando o Leviatã: consensualidade na Administração Pública; 3.1 – Possibilidade de a Administração participar de autocomposição: legalidade, indisponibilidade e supremacia do interesse público; 3.2 – Os verdadeiros riscos do mar: isonomia, impessoalidade, economicidade e transparência; 3.3 – Autocomposição extrajudicial e o papel da Advocacia Pública; 3.4 – Autocomposição judicial: quando é melhor não conciliar?; 4 – Conclusão: reposicionando as velas rumo a uma administração mais consensual; Referências bibliográficas.

1. Introdução: lança-se a administração pública no mar da consensualidade

É natural o medo de se viajar por águas desconhecidas. Igualmente, quando se fala em lançar a Administração Pública no mar da consen-

1 Procurador do Estado de São Paulo. Membro do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo. Mestrando em Direito na USP. Foi aluno visitante da graduação em Direito da USP na Yale Law School.

sualidade, é natural o medo de encontrar o famoso monstro do mar que persegue o Estado, conhecido como “Leviatã”². O objetivo deste texto é mostrar que a consensualidade, assim como o mar, tem sim suas limitações que exigem responsabilidade e prudência – assim como o *não* uso da consensualidade –, mas não tem monstros.

A pertinência da abordagem justifica-se pelo advento da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil – “CPC-2015”) e da Lei nº 13.140/2015 (“Lei de Mediação”) que,³ em conjunto com normas já existentes, perfizeram um microsistema que trata do poder-dever da Administração Pública em praticar a tentativa de solução consensual de seus conflitos.⁴

A novidade, sabe-se, decorre de um contexto maior em que o legislador, fortemente influenciado pela doutrina contemporânea,⁵ pretende

-
- 2 “Leviatã: 1. monstro marinho do caos primitivo, mencionado na Bíblia, cujas origens remontariam à mitologia fenícia; encarna a resistência oposta a Javé ou Jeová pelos poderes do mal. 2. Derivação: por metáfora, por extensão de sentido. Rubrica: política. o Estado, como soberano absoluto e com poder sobre seus súditos que assim o autorizam através do pacto social [O termo foi retomado no s. XVII por Thomas Hobbes (1588-1679) que assim designa o Estado moderno, não para marcá-lo como arbitrário ou despótico, mas para defendê-lo como poder absoluto.]3. Derivação: por extensão de sentido. Rubrica: política. O Estado totalitário provido de vasta burocracia. 4. Derivação: por analogia (da acp. 1).ser ou 27 coisa colossal, de aparência monstruosa. 5. qualquer coisa de dimensões colossais.” (HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1750, verbete “Leviatã”). – Advirta-se: sem pretensão de guardar rigor científico em relação à famosa obra de Thomas Hobbes (*Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*), empresta-se a expressão apenas para invocar as ideias que estigmatizaram tal figura, de acordo com o sentido dado pelo citado dicionário.
- 3 Entendendo que o CPC-2015 é norma anterior à Lei de Mediação, embora entre em vigor posteriormente, no dia 18.03.2016, e posicionando-se sobre a necessidade de se compatibilizar tais normas sempre que possível, cf. MEGNA, Bruno Lopes; SALLES, Carlos Alberto. *Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediação*, no prelo.
- 4 Para Fredie Didier Jr., institui-se o “*princípio do estímulo da solução por autocomposição*” a orientar “toda a atividade estatal na solução de conflitos jurídicos” (*Curso de direito processual civil*, 17ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 274).
- 5 Por todos, cf. CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. In: *Revista de Processo*, n. 74. São Paulo: RT, abril-junho/1994.

incentivar a *cultura da pacificação*⁶ no âmbito da solução de controvérsias, judiciais e extrajudiciais.⁷

No âmbito do contencioso judicial, tal cultura vinha sendo cultivada desde a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentava a conciliação e mediação no âmbito do Poder Judiciário, de acordo com o entendimento expresso de que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa” e, “por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade”.⁸

O CPC-2015 e a Lei de Mediação, seguindo essa tendência, vêm agora também com o objetivo de dar mais incentivo ao uso dos meios consensuais no âmbito da Administração Pública, que tiveram tímido desenvolvimento com os Juizados Especiais das Fazendas Públicas, que têm competência para “processar, conciliar e julgar” as causas cíveis de menor complexidade em que são rés (art. 3º da Lei 10.259/2001 e art. 2º da Lei 12.153/2009).

Esse objetivo não é exclusivo do direito processual. Em verdade, todos os ramos do direito que estudam as relações com o Estado têm notado o esgotamento de seus instrumentos para fazer frente às demandas da sociedade atual. Fala-se, no âmbito do direito administrativo, em uma “fuga para o direito privado”,⁹ com predileção pela lógica da eficiência, a ser buscado pelo “Estado gerencial”.¹⁰ Mas não é só. A sociedade atual

6 A consagrada expressão é de: WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, F.L.; ZANOIDE, M. de M. (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

7 Sobre a evolução dos meios alternativos de solução de controvérsias no Brasil, cf. MEGNA, Bruno Lopes. *Alternative Dispute Resolution: the early Brazilian experience*. Publicado em 2010. Disponível em <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Newsletter_2010_Final.pdf>. Acesso em 18.1.2016.

8 Trechos dos *consideranda* da Resolução 125 de 29.11.2010, cujas palavras revelam a importante participação do Professor Kazuo Watanabe em seu desenvolvimento.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de direito administrativo brasileiro*. In: REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 5. Salvador: IBDP, jan-mar/2006, p. 21.

10 Nesse sentido, Jacqueline Morand-Deville observa que “assiste-se hoje, seguramente, à forte ascensão de um Direito Público Econômico, renomeado frequentemente de Direito dos Negócios Públicos, o que representa significativamente uma vontade de aproximação aos modos de gestão do Direito Privado e ao pragmatismo do Direito anglo-saxão” (*As mutações*

não só demanda por eficiência, mas demanda também mais participação nas decisões que lhes afetam, seja por sede de mais *participação democrática*, seja por sede de mais *autonomia do indivíduo*.¹¹ Fala-se no advento da “*administração concertada*” ou “*administração consensual*”.¹²

Se anteriormente se pregava que os assuntos estatais não seriam passíveis de solução pelo consenso – a pretexto de que o princípio da legalidade não daria margem para soluções acordadas –, agora, a Administração Pública não só pode como deve tentar solucionar suas controvérsias de modo consensual.¹³

Por sua vez, a Advocacia Pública, que tradicionalmente pautou sua atuação na premissa de que a Administração Pública jamais se submeteria à vontade particular e, portanto, tampouco a qualquer tipo de acordo, se vê agora obrigada a se lançar no mar da consensualidade, em geral, sem antes ter preparado suas embarcações e sem saber quais ventos seguir. Com a entrada em vigor da Lei de Mediação e do CPC-2015, o planejamento haverá de ser feito já no mar. “Marinheiros, ao convés para aparelhar!”¹⁴

2. Passando conceitos a limpo: meios consensuais no novo CPC e na lei de mediação

Considerando que o presente texto é publicado por ocasião do Curso de Impactos do Novo CPC na Advocacia Pública das Escolas Superiores

do direito administrativo francês. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 50. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 52).

- 11 Citando Habermas, que indica que, ao mesmo tempo em que cresce a heterogeneidade da sociedade, cresce também a exigência para que as políticas públicas sejam feitas “de tal modo que ‘os destinatários de suas normas possam reconhecer-se como coautores das mesmas’”, cf. STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Comentário ao art. 59. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1119.
- 12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p.129-156. Rio de Janeiro: jan-mar/2003.
- 13 Entendendo que o direito processual finalmente adere ao “modelo constitucional do processo civil”, em que não se conferem poderes sem deveres (portanto, as normas dirigidas ao agentes estatais são sempre *deveres-poderes*), cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, *passim*.
- 14 Disse o capitão Pip aos seus marinheiros, por ocasião de nevoeiro em alto mar. Cf. VERNE, Júlio. *Das viagens maravilhosas aos mundos conhecidos e desconhecidos*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 2013, originalmente publicado em 1907, p. 32.

da AGU, PGE-SP e PGM-SP, convém tratar dos conceitos básicos da matéria.

Ao leitor com eles já familiarizado, sugere-se prosseguir a partir do item 3.

2.1. Meios consensuais, alternativos ou autocompositivos? Meios adequados

Dizem-se meios “*consensuais*” e “*autocompositivos*” em contraposição aos meios “*adjudicativos*” e “*heterocompositivos*”, pois nesses atribui-se a um terceiro o poder de resolver o conflito imperativamente, substituindo a vontade das partes (substitutividade da jurisdição), ao passo que naqueles tal poder é mantido e exercido pelas próprias partes, com base em sua *autonomia da vontade*.

Isso não significa que terceiros não possam participar desses métodos. Ao contrário, terceiros que dominam tais técnicas podem auxiliar as partes a chegar a um consenso.¹⁵ São exemplos o mediador e o conciliador, cuja atuação é regida pelos princípios da independência, da impessoalidade, da oralidade, da informalidade, da confidencialidade, da busca pelo consenso, do respeito à autonomia da vontade das partes e da boa-fé (art. 166 do CPC-2015 e art. 2º da Lei de Mediação).

A importância desses conceitos não está nas terminologias, mas sim na ideologia que trazem consigo, qual seja, a convicção de que os conflitos humanos não se reduzem às fórmulas do certo/errado, ganha/perde, procedente/improcedente. Destarte, devem ser usados não por serem simplesmente *alternativos*,¹⁶ ou, muito menos, por serem panaceia para os problemas do congestionamento judiciário, mas sim por serem mais *adequados*.

15 Adverte Diego Faleck que “a mediação e a conciliação são, por excelência, a facilitação por um terceiro neutro de uma negociação entre as partes. Ao afirmar que técnicas são admitidas em negociações, disse o legislador o óbvio ululante. Uma previsão equivalente seria estabelecer-se que se admite a aplicação de técnicas de redação jurídica ao se redigir petições” (Comentário ao art. 166. In: TUCCI, J.R.C. *et al. Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015, p. 296).

16 Critica-se a expressão “meios *alternativos* de solução de conflitos”, pois denotaria que não devem ser vistos como mera alternativa ao “tradicional” ou “natural” meio judicial, mas sim como meios que se somam a este no *sistema multiportas* e que devem ser escolhidos de acordo com sua *adequação* a cada caso.

2.2 Quais são os métodos consensuais?

O *sistema multiportas* oferece diversos métodos colocados à disposição das partes em conflito para que resolvam sua celeuma.¹⁷

Dentre eles, a **mediação** e a **conciliação** são métodos que têm como objetivos viabilizar a *comunicação* (geralmente comprometida em razão do conflito) e facilitar a *compreensão* do conflito pelas próprias partes (geralmente distorcida pela visão unilateral de cada uma), de sorte a torná-las aptas (*empoderamento*) a exercerem sua autonomia para tomar decisões em relação àquele conflito de forma esclarecida, consciente e racional (*decisão informada*) e, possivelmente (mas não obrigatoriamente!), chegar a um consenso que solucione o conflito, não simplesmente colocando-lhe um fim, mas um fim *adequado*.

A doutrina não é pacífica em relação às diferenças entre mediação e conciliação – ou, sequer, se existe alguma. Em todo caso, fato é que o legislador optou por adotar alguns critérios a indicar quando prefere uma ou outra. Assim, o **mediador** atuará preferencialmente quando houver vínculo anterior entre as partes (*e.g.* disputa societária), ao passo que o **conciliador** atuará preferencialmente quando não houver vínculo anterior entre as partes (*e.g.* acidente entre veículos), podendo esse “sugerir soluções para o litígio”. Alerta o legislador, com razão, que é “vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem” (art. 165, §3º e §4º, do CPC-2015).¹⁸

17 Cf. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: ____; SALLES, C.A.; LORENCINI, M.A.G.L. *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*, p. 1-26. São Paulo: Método, 2012.

18 Erro grosseiro é confundir mediação, conciliação e arbitragem. Arbitragem é método de solução *heterocompositivo*, que, embora haja *consenso* na opção pelo método (ninguém é obrigado a aderir convenção de arbitragem – daí falar-se que a arbitragem tem também base *consensual*, no sentido de *convencional* ou, como preferem alguns, *contratual*) e na escolha das características do procedimento e do terceiro neutro, estes (os árbitros) exercem verdadeira *jurisdição*, ou seja, *adjudicam* o conflito com poder de resolvê-lo definitivamente e de forma imperativa para as partes. Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

Esses não são os únicos meios consensuais.¹⁹ O que importa não é enumerá-los, mas sim entender que, quando o CPC-2015 fala em meios “autocompositivos”, não quer se referir apenas a um mero acordo das partes. Quer se referir a essa nova mentalidade e a seus instrumentos, preocupados com o tratamento sério, eficaz e *adequado* para dos conflitos humanos. E esse juízo de adequação há de ser feito com racionalidade.

3. Enfrentando o Leviatã: consensualidade na Administração Pública

Não se pode tratar de viagens marítimas – como a que faz cenário para este texto – sem falar de histórias de monstros do mar. Tendo em vista que o presente texto trata das relações estatais, parece apropriado apelidar tal monstro de “O Leviatã”,²⁰ figura mitológica que estigmatizou o absolutismo do Estado, cujos resquícios ainda se veem, para ficar no que aqui interessa, à tendência de *atuação unilateral* do Estado.

Sem pretensão de rediscutir a teoria dos princípios administrativos, nem tampouco de fazer defesa irrestrita da aplicabilidade dos meios consensuais à Fazenda Pública, o objetivo deste trabalho é chamar atenção, de um lado, para a possibilidade jurídica de a Administração fazer uso de meios consensuais de solução de conflitos – sem que isso fira os seus princípios fundamentais (art. 37 da CF) – e, de outro lado, para a importância de alguns limitadores práticos a que se devem estar atentos para o uso *adequado* desses meios.

3.1. Possibilidade de a Administração participar de autocomposição: legalidade, indisponibilidade e supremacia do interesse público

Antes de discutir a forma com que a Administração pode participar de autocomposição, é importante esclarecer as premissas que servem de fundamento de juridicidade para tanto.

¹⁹ Como dito, há um *sistema multiportas* com gama de métodos que vão além das precitadas, como a avaliação neutra de terceiro (*early neutral evaluation*), os comitês de solução de conflitos (*dispute board*), a conferência de serviço (*conferenzadiservizi*), entre outras. Cf. SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Forense, 2011, p. 145

²⁰ Ver nota de rodapé n. 1.

Entende-se hoje que a **legalidade** – comecemos dela – não se respeita apenas pelo cumprimento da lei em sentido estrito, mas ao ordenamento jurídico compreendido em seu todo, em seus princípios e normas não escritas inclusive. Por isso, quando aqui se fala em *legalidade*, quer se referir à *juridicidade*.

Ademais, sabe-se que é impraticável supor que o “consenso parlamentar” seja capaz de, por meio da lei formal, dar respostas específicas e na velocidade exigida pelas diversas demandas da sociedade atual. Por essa razão, admite-se o uso de técnicas como a da redação legislativa com cláusulas gerais e a atribuição de normatividade a atos infralegais.²¹ Assim, não é razoável interpretar a fórmula de que “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”²² como uma necessidade de previsão específica em lei formal para todo e qualquer ato administrativo.

Não é preciso ir longe: pense-se na contratação de compra e venda de clipes para uma repartição. Para tal contrato, basta autorização legal para o ato de contratar (com dotação orçamentária, claro). Não se exige que a lei especifique quais os materiais de escritório serão comprados por quais repartições. Logo, tem-se por premissa que a Administração pode contratar sem necessidade de previsão específica do objeto a ser contratado – obviamente, sempre respeitando o regime legal genérico previsto para o ato administrativo de contratação; ou seja, exige-se o *respeito* à ordem jurídica (“legalidade”), mas não *previsão específica* (se não nos casos em que o próprio ordenamento preveja tal necessidade).

Além disso, para concluir o contrato, a Administração invariavelmente irá dispor de patrimônio público, e ilegalidade nenhuma haverá nisso, já que *indisponível* é o interesse público, não o patrimônio públi-

21 Comentando o fenômeno de “deslegalização” decorrente da incapacidade do Estado (pelo consenso parlamentar) dar respostas às demandas sociais no ritmo em que aparecem, o que lhe impõe delegar assuntos a instrumentos infralegais, como os atos normativos das agências reguladoras, cf. FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2011, p. 61 e ss.

22 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91.

co.²³ É certo que existem *requisitos* para tanto e basta observá-los para que se respeite a legalidade.

A indisponibilidade do interesse público, portanto, não é empecilho para que a Administração contrate venda e compra e, tampouco, é para que contrate transação – a exemplo do que ocorre com o direito de família.

Até aqui, há poucas controvérsias. Mas essas crescem a partir do debate sobre o princípio da **supremacia do interesse público**, cuja interpretação – e, a bem da verdade, também os escândalos de corrupção, que induzem a opinião geral a desprestigiar o princípio da presunção da boa-fé – dá traços particulares ao Leviatã brasileiro.²⁴

Sem adentrar na citada polêmica,²⁵ o importante é fixar que este princípio prega que “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este”.²⁶ Daí já se extrai que *nem sempre* estará o interesse público em contraposição ao individual.

E a teoria da solução consensual dos conflitos guarda plena relação com tal afirmação: buscam-se os interesses comuns ou, ao menos, não divergentes, para que se possa obter uma solução não imposta por um terceiro ou unilateralmente escolhida por uma das partes.²⁷

23 Nas precisas palavras de FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “a indisponibilidade há de ser vista com alguma relatividade, pois há que se distinguir a indisponibilidade da função para o exercício da qual o bem serve como suporte da disponibilidade condicionada do próprio bem”. (*O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*. Tese de livre docência – FDUSP, São Paulo, 2008, p. 353).

24 Apontando que a abstração do conceito de supremacia do interesse público confere excessiva “margem de manobra” ao administrador, cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação” IN MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 423.

25 Defendendo a reavistação do princípio da supremacia do interesse público, ver SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. – Em crítica, confira-se cf. NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, M.A; e RIBEIRO, C.V.A. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, p. 120-154. São Paulo: Atlas, 2010.

26 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43.

27 No estudo e na prática dos métodos consensuais de solução de conflitos, é comum se verificar

Portanto, resumidamente, tem-se que há plena possibilidade jurídica de a Administração Pública praticar atos consensuais, ante o fato de que, para atingir o interesse público, ela é dotada do *poder-dever* de contratar, dentro dos *parâmetros* legais. Acrescente-se a isso o fato de que também são princípios do regime jurídico administrativo a *autoexecutoriedade* (a Administração não depende de pronunciamento judicial para agir) e a *autotutela* (a Administração deve reconhecer seus atos ilícitos de ofício), e se verá que não se sustentam argumentos que pretendam vedar *a priori* a possibilidade jurídica de a Administração participar de autocomposição em seus conflitos.

3.2. Os verdadeiros riscos do mar: isonomia, impessoalidade, economicidade e transparência

Superada a questão sobre a possibilidade de a Administração Pública participar de autocomposição, impõe-se saber como isso ocorrerá na prática. E é principalmente aí que se deve concentrar a atenção para riscos.

Para os contratos em que a Administração sabe previamente qual será o objeto final (por exemplo, a aquisição de certa quantidade de clipes), a Constituição Federal consagra o procedimento da licitação (art. 37, inciso XXI). Conforme se aprende no curso de Direito, é por meio deste procedimento que se põe em prática a legalidade (isonomia), a indisponibilidade do interesse público (economicidade), a supremacia do interesse público (impessoalidade),²⁸ cujo respeito seria garantido pela *previsão* unilateral

a existência de núcleos coincidentes de interesses entre as partes em disputa, que descobrem, por vezes, que seu problema não necessariamente é de contraposição de direitos, mas sim de falhas de comunicação. Cf. FISHER, Roger; URY, William; e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, 2ª ed. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p. 23.

28 As correspondências são fungíveis, isto é, garantir-se a isonomia, a economicidade, e a impessoalidade é, a um só tempo, garantir-se a indisponibilidade e a supremacia do interesse público e, portanto, a legalidade. Tantas são as outras palavras que se pode usar para expressar a mesma ideia. A Lei 8.666/1993 a expressa assim: “Art. 3ª A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

das condições contratuais no edital – como se fosse possível *prever* o que é o interesse público como algo objetivamente dado.²⁹

Mas, obviamente, não faz sentido se aplicar o procedimento de licitação no conflito *posteriormente* surgido entre a Administração. Então, o que fazer?

A esta altura o leitor poderá estar sentindo sensação de enjôo. É natural, pois é exatamente neste ponto em que se encontra “a nau à deriva”. Retomemos os rumos.

De fato, é difícil conceber o encaixe do procedimento licitatório e da formação de uma concorrência para se aplicar algum consenso.³⁰ Isso não quer dizer, porém, que se deixa de lado a legalidade. Quer apenas dizer que os *formatos* tradicionais da licitação e da atuação unilateral da Administração não se *integram* com justeza à prática a consensualidade. Há, então, de se desenvolver novas *formas* (procedimentos) para se aplicar a mesma *matéria* (isonomia, impessoalidade, economicidade, enfim, a legalidade) – e é este o ponto sobre o qual se deverá debruçar de agora em diante.

A **economicidade**, evidentemente, há de ser pautada pela relação custo/benefício. Não se trata de introduzir modismos corporativos ou neoliberais. Trata-se de encarar a realidade com verdadeira responsabilidade e precisão.

Assim, por exemplo, se determinada demanda judicial reverte em recuperação de créditos (ou economia de gastos) menos do que se gasta para manter a burocracia contenciosa (não só com os Advogados Públicos, mas também com funcionários da repartição interessada ocupados com o fornecimento de informações para instruir tais processos, com o

29 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 425.

30 A tentativa mais próxima que se conhece a esse respeito foi a da Emenda Constitucional nº 62/2009, que possibilitou aos entes federados fazer leilões para quitação de precatórios com deságio, o que foi objeto de impugnação na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357, e que levou o Município de São Paulo a, recentemente, excluir a previsão de leilão com deságio, mantendo-se apenas o leilão pela ordem cronológica, no âmbito de sua Câmara de “Conciliação de Precatórios” (art. 3º, III do Decreto nº 52.312/2011, redação dada pelo Decreto 56.188/2015).

uso de materiais e transporte, e com o aumento do gasto judiciário inclusive), então, a verdade é que o Poder Público não está concretizando o interesse público, mas, sim, desperdiçando (os já escassos) recursos públicos que poderiam estar sendo utilizados para a prestação dos seus serviços-fim (saúde, educação, segurança, previdência e assistência social, polícia e fomento do desenvolvimento sustentável).³¹

Advirta-se, no entanto, que esta questão não é puramente matemática. Os estudos de Direito e Economia são pródigos em mostrar que os seres humanos se comportam (nem sempre de modo racional) de modo a procurar vantagens para si.³²

Isso chama atenção para o fato de que a abertura ao acordo tampouco pode significar um incentivo à prática maliciosa de se furtar ao cumprimento da lei e das obrigações a todos impostas. As atenções devem se voltar, portanto, não sobre a possibilidade em tese de disposição sobre determinado direito da Administração, mas sobre a racionalidade dos procedimentos para fazer valer este direito. Se os gastos para sua execução são superiores que o benefício obtido, obviamente não há razão para prosseguir-los, devendo-se buscar alternativas para alcançá-lo ou, ao menos, para minimizar os prejuízos. Contudo, se determinada alternativa incentiva comportamentos ainda mais prejudiciais ao interesse público, então, obviamente, tampouco será uma escolha válida para se chegar ao interesse público.

Na prática, estas questões são tão importantes quanto difíceis de resolver.

Assim, por exemplo, a política de não judicialização de determinada demanda (como a de execuções fiscais de determinado valor) não

31 Um dos mais reconhecidos trabalhos que enfrentou de forma série e metódica a avaliação do custo/benefício de uma demanda judicial no Brasil é o encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça sobre as execuções fiscais federais, que revelou que, em números de 2011, concluiu que nas ações de execução fiscal de valores inferiores a R\$ 21.731,45, “é improvável que a União consiga recuperar valor igual ou superior ao custo do processamento judicial”, cf. CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – Nota Técnica*. Brasília: IPEA, novembro de 2011, p. 17.

32 Por todos, cf. POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to Law and Economics*, 2ª edição. Toronto: Little, Brown and Company, 1989.

pode servir de incentivo para que os destinatários da norma se sintam estimulados a descumpri-la (o contribuinte não pode encarar isso como decreto de ineficácia da norma que lhe impõe a obrigação tributária). Em casos assim, deverá se adotar também “contraincentivos” a comportamentos indesejados (como negativação da Certidão de Débitos Fiscais, inscrição em Cadastro de Devedores, ou aplicação de multas em caso do descumprimento do acordo de parcelamento do débito).³³

Tal decisão racional e adequada sobre o *desenho da solução da disputa*³⁴ (notadamente nos casos da Administração Pública caracterizados pela *litigância repetitiva*) só pode ser feita com sucesso e responsabilidade com base em sérias e metódicas pesquisas quantitativas e qualitativas, valendo-se da estatística, da jurimetria, e de outros dados com aceitável precisão que revelem os resultados que se quer obter com a política de solução de conflitos adotada.³⁵

Atente-se que estas pesquisas são necessárias não apenas para justificar o uso dos meios consensuais de solução de conflitos, mas também o *não* uso destes meios. Ou seja, não é válida a decisão que opta por não usá-los simplesmente para reproduzir o método que tradicionalmente tem sido usado: é imprescindível demonstrar que este método continua se mostrando o mais *adequado e eficiente*. Como já dito, trata-se de tarefa difícil e complexa, mas é a única que cumpre também os princípios da motivação, da moralidade, e da **transparência**.³⁶

33 Importante instrumento que tem sido utilizado para o aumento da eficiência na cobrança de créditos tributários e que serve também de “contraincentivo” para a sonegação fiscal é o protesto da dívida ativa fazendária, cf. ABOUD, Alexandre. A experiência do Estado de São Paulo com o protesto das certidões de dívida ativa como meio alternativo de cobrança e de diminuição de litígios. *Interesse Público – IP*, v. 16, n. 84, p. 193-210. Belo Horizonte, março-abril de 2014.

34 Sobre o “*design de solução de disputas*” (“DSD”), cf. FALECK, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas. In: SALLES, C.A.; LORENCINI, M.A.G.L.; SILVA, P.E.A. (Org.). *Negociação, Mediação e Arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*, p. 257-272 São Paulo: Método, 2013.

35 Cumprindo este imperativo, o CPC-2015 prevê a criação de banco de dados estatísticos sobre as atividades de conciliação e mediação realizadas nos âmbitos dos Tribunais (art. 167, §4º).

36 Portanto, o princípio da *confidencialidade* sofre mitigação no caso dos conflitos envolvendo a Administração Pública. O procedimento e o resultado da autocomposição deverão ser públicos, o que não significa que não significa afastar o dever do mediador ou conciliador em manter o recato sobre os assuntos pessoais das partes, nem tampouco as demais hipóteses

Finalmente, e talvez ainda mais complexa, é a questão sobre a impessoalidade e a isonomia.³⁷

A **isonomia** estará assegurada desde que a todos na mesma situação seja dispensado o mesmo tratamento e ofertadas as mesmas possibilidades. Assim, por exemplo, se a Administração admite indenizar administrativamente quem prove ter sido vítima de abuso de autoridade, quaisquer pessoas deverão ter o mesmo tratamento (mesmo procedimento) e a mesma indenização nesta situação (supondo-se abusos de mesma gravidade), sejam homens ou mulheres, ricos ou pobres, nacionais ou estrangeiras, etc., pois a dignidade de todas as pessoas é igual e há de ter ser igualmente valorizada (art. 5º, *caput* e incisos I e XXXIV, alínea “a” e art. 327, §6º, ambos da Constituição Federal, e Lei 4.898/1965).

Na prática, uma das formas de se garantir isso é a previsão de parâmetros de alçada para cada espécie de casos, desde que, é claro, a *tarifação* não seja rígida ao ponto de causar injustiça em face do caso concreto.³⁸

A *impessoalidade*, por sua vez, será cumprida desde que não se criem diferenças entre pessoas na mesma situação. A consensualidade não pode se prestar para criação de privilégios. Deve servir a uma “gestão impessoal”³⁹ dos conflitos estatais, de sorte que os seus meios devem estar à disposição de todos que queiram deles fazer uso. Isso não quer dizer, porém, rigidez de formalismo.

de sigilo previstas em lei, como o sigilo industrial e o sigilo que se impõe a determinadas categorias profissionais.

37 Adota-se aqui, ao menos por didática, a diferenciação entre *impessoalidade*, como ausência concreta de influência pessoal em determinada vantagem ou gravame, e *igualdade*, como ausência genérica de distinção de pessoas sem razoável fundamento jurídico para tanto. Cf. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Notas sobre o princípio da impessoalidade IN MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*, 2012, p. 123.

38 É o que se propõe a fazer a Fazenda do Estado de São Paulo, ao prever parâmetros de indenização em seu procedimento de reparação administrativa de danos (ESTADO DE SÃO PAULO, Procuradoria Geral do Estado. *Cartilha de reparação administrativa de danos causados pelo Estado*. Disponível em: www.pge.sp.gov.br. Acesso em 18.1.2016), e ao prever limites de alçada para a dispensa administrativa de judicialização de seus créditos (Resolução PGE 22/2012).

39 A expressão é de CARLOS ARI SUNDFELD, citado por RAMOS, Notas sobre o princípio da impessoalidade, obra citada, 2012, p. 121.

Exsurge aqui a importância da *processualidade administrativa*, a que se pode aplicar o princípio da instrumentalidade das formas, conhecido da Teoria Geral do Processo.⁴⁰ Aliás, tanto é desejável a aderência do procedimento às especificidades do caso que o consenso não precisa se restringir ao conteúdo da discussão, podendo versar sobre sua forma e procedimento inclusive.⁴¹ A impessoalidade não estará resguardada na surdez e no distanciamento em relação ao administrado, a pretexto da aplicação mecânica de procedimentos burocráticos inflexíveis que tenham a (falsa) pretensão de servir para todos os casos, mas sim na garantia de que a *finalidade* do procedimento não seja desvirtuada para se criar situações inacessíveis aos demais administrados ou para se furtar ao cumprimento de obrigação a todos imposta.⁴²

Esta processualidade, consciente de seu papel de funcionar como meio de *ouvir e dialogar* com o administrado, é pedra angular a partir de que se constrói a “administração consensual”. É o que permite assegurar a *impessoalidade*, oferecendo possibilidades *isonômicas* aos administrados; a *publicidade*, com o registro dos atos passíveis de controle externo; a *eficiência*, produzindo resultados mais racionais, com menos custos e maior chance de alcançar seus objetivos; a *moralidade*, por propiciar um ambiente probo, razoável e cooperativo para a formação do consenso; a *legalidade*, por viabilizar a efetiva concretização das finalidades do ordenamento jurídico que são, enfim, a realização do *interesse público*.⁴³

40 A propósito, o CPC-2015 inova afirmando expressamente sua aplicação aos processos administrativos (art. 15).

41 Nesse sentido, o CPC-2015 consagra em seu art. 190 os chamados *negócios jurídicos processuais*, já conhecidos na legislação anterior (e.g. cláusulas de eleição de foro), e agora abertos também para suas figuras atípicas, a serem criadas pelas partes para dispor sobre seus ônus e deveres processuais. Sobre sua aplicação no âmbito da Administração Pública, cf. MEGNA, Bruno Lopes; CIANCI, Mirna. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, A.P.; NOGUEIRA, P.H. *Negócios processuais*, p. 481-506. Salvador: Juspodivm, 2015.

42 Evidente que os limites entre o normal e o anormal serão vistos de acordo com o caso concreto. Por exemplo, pode-se considerar normal o pedido do administrado de prazo dilatatório para providenciar documentação, mas não se pode considerar normal a reiteração deste pedido por tantas vezes que, na prática, serve apenas para adiar a conclusão do procedimento. Para calibrar estas situações, pode-se usar regras como a imposição de limites temporais razoáveis para a conclusão do procedimento amigável.

43 Sobre o ganho de importância da processualidade no direito administrativo, cf. MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, n. 100, p. 187-174. Belo Horizonte, junho de 2008.

3.3 Autocomposição extrajudicial e o papel da Advocacia Pública

A Advocacia Pública é uma das funções essenciais à Justiça (arts. 131 e 132 da CF) e, também, uma das funções “essenciais à Administração Pública” (conforme consagrado no art. 99 da Constituição do Estado de São Paulo). Embora seja instituição constitucional desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda tem suas características e funções discutidas, o que mostra que é uma instituição em plena construção e de inquestionável importância para o Estado Democrático de Direito. O advento da “administração consensual” torna esta instituição ainda mais importante.

Entretanto, é preciso diferenciar os vários papéis que o Advogado Público pode assumir no contexto da “administração consensual”.

Não é necessário – e tampouco é a pretensão deste trabalho – prolongar a discussão da natureza da função do Advogado Público. O que importa é entender que, na atual estrutura constitucional e legal, o ato do Advogado Público é ato do próprio Estado, sem que isso desnature sua qualidade de Advogado (arts. 131 e 132 da CF e 3º, §1º, da Lei 8.906/1994) – o que dá a dimensão da alta responsabilidade carregada pelos integrantes desta carreira.⁴⁴

O fato é que, como todo Advogado, o membro desta carreira pode praticar não só atos *privativos* de Advogado, como a defesa judicial (art. 1º da Lei 8.904/94), mas também atos *não privativos* de Advogado, como condução de meios consensuais de solução de conflitos administrativos (art. 174 do CPC-2015, art. 32 da Lei de Mediação e artigos 36,

44 Para FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, “(...) os advogados públicos, nas palavras de Pontes de Miranda, *presentam* as pessoas jurídicas de direito público, sendo órgãos integrantes da estrutura administrativa de cada uma delas. (...) Muito embora seja mais adequado referir-se ao termo *apresentação*, convencionou-se afirmar que os advogados públicos *representam*, judicial e extrajudicialmente, a respectiva Fazenda Pública. (...) Quer isso dizer que o advogado público cumula as duas funções: além de advogado, é também representante judicial e extrajudicial da respectiva pessoa jurídica de direito público. Geralmente, uma pessoa de direito privado tem seu representante, que não se confunde com o advogado contratado para assessorá-la e defender seus interesses em juízo ou fora dele. O advogado público cumula as duas funções”. (Comentário ao art. 131. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.1541).

§2º, e 37 do novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, também editado em 2015).⁴⁵

Infelizmente, a redação legislativa não ajuda e pode causar confusão a respeito dos vários papéis que a Advocacia Pública pode assumir no contexto da administração consensual. No entanto, a diferenciação destes papéis é fundamental, sobretudo no que se refere à *imparcialidade* do papel assumido, sob pena de se gerar situações com conflito de interesses e de se comprometer a qualidade e até mesmo a validade do uso do meio de solução de conflitos.

Tome-se como exemplo os artigos 174 do CPC-2015 e 32 da Lei de Mediação, que têm redação equivalente, e determinam a criação de Câmaras de solução extrajudicial de conflitos.⁴⁶ Na União, tal Câmara já está instalada na estrutura da Advocacia Geral da União,⁴⁷ estrutura que tende a ser seguida pelos demais entes federados.⁴⁸ E parece ser mesmo uma opção adequada, pois o órgão de Advocacia Pública é o lugar natural para se tratar do contencioso, seja judicial seja administrativo. Assim, justifica-se a análise dos papéis da Advocacia Pública à luz destes dispositivos.

O inciso I fala em “dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública”. Aqui, o Advogado Público não estará atuando

45 A diferença em relação aos demais Advogados é que, para exercer estas funções, os Advogados Públicos prescindem de instrumento de procuração, pois têm mandato conferido diretamente pela Constituição Federal, de sorte que as previsões infraconstitucionais tratam mais de distribuição de competências do que de investidura de poderes. – Enunciado nº 346 da Súmula do TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO: I – A União, Estados, Municípios e Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, quando representadas em juízo, ativa e passivamente, por seus procuradores, estão dispensadas da juntada de instrumento de mandato e de comprovação do ato de nomeação. II – Para os efeitos do item anterior, é essencial que o signatário ao menos declare-se exercente do cargo de procurador, não bastando a indicação do número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

46 Chamada de “Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos”, no CPC-2015, e de “Câmara de Mediação e Conciliação”, na Lei de Mediação, na Lei de Mediação.

47 Trata-se da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (“CCAF”), instituída pelo Ato Regimento AGU nº 5 de 27.9.2007, que teve suas atribuições ampliadas e regulamentadas no Decreto nº 7.392, de 13.12.2010.

48 No Estado de São Paulo, a Lei Complementar Estadual nº 1270 de 25.8.2015 prevê, em seu art. 5º, III, “c”, a instalação de “Câmara de Conciliação da Administração Estadual – CCAE” como órgão auxiliar da Procuradoria Geral do Estado. No Município de São Paulo, o Decreto 52.312/2011 criou a “Câmara de Conciliação de Precatórios”, também na estrutura de sua Procuradoria Geral do Município.

do como representante (defensor) de uma parte.⁴⁹ Seu papel será, fundamentalmente, o de *terceiro imparcial*, que poderá lançar mão de técnicas de negociação para conciliar ou mediar os órgãos em conflitos, antes de se simplesmente aplicar a tradicional resolução fundada no *poder hierárquico*.⁵⁰ Tanto é que seu âmbito de aplicação, embora exclusivamente administrativo, não necessariamente se restringe a determinado ente federado, admitindo-se que a Câmara da União intermedeie conflitos entre esta e Estados, Municípios ou o Distrito Federal (art. 37 da Lei de Mediação).⁵¹

Tratando-se de autocomposição extrajudicial, não se exige que este profissional tenha capacitação formal de acordo com os requisitos do Conselho Nacional de Justiça, exigência esta que o legislador reservou aos mediadores e conciliadores judiciais (art. 167, §1º, do CPC-2015 e artigos 9º e 11 da Lei de Mediação). No entanto, não se pode perder de vista que tal função exige conhecimentos técnicos apropriados, de sorte que é recomendável que os profissionais que atuem na qualidade de mediador ou conciliador tenham algum tipo de capacitação formal, a fim de que os métodos sejam adequadamente aplicados.

Ademais, não se pode esquecer que os princípios da independência e imparcialidade regem o ofício do mediador ou conciliador (artigos 166 do CPC-2015 e 2º da Lei de Mediação), de modo que o Advogado Público

49 Até porque, no caso de órgãos, não há personalidade jurídica própria e, em regra, tampouco capacidade de estar em juízo. E no caso de autarquias, à exceção da União e dos entes federados que tenham constituído órgãos de Advocacia Pública separadas, como a Procuradoria-Geral Federal, o órgão de representação de uma ou outra seria o mesmo, como é o caso, por exemplo, do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo.

50 Lei de Mediação, 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.

51 Embora a lei tenha restringido esta possibilidade à Câmara da União, a clara compreensão do papel da Advocacia Pública nesta hipótese mostrará que não há por que se negar igual faculdade às Câmaras dos Estados, Município e do Distrito Federal, eis que o papel não é de parcialidade, mas de imparcialidade. Aliás, o uso da Câmara de um ente federado estranho ao conflito poderia se revelar até mais adequado, por se tratar de um “campo neutro”, como já é comum no âmbito das relações internacionais. No entanto, o federalismo centralizador brasileiro induz resistência a esta ideia, não contemplada pelo legislador.

deverá atuar aqui com isenção (*função imparcial*), e não no exclusivo interesse da Administração, como faz na defesa da Fazenda Pública em juízo (*função parcial*).

O inciso II fala em “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”.⁵² e ⁵³ O que se quer dizer é que, na medida em que nem todos os casos admitem autocomposição, caberá uma análise prévia (“admissibilidade”) para que se evite deflagrar em vão um procedimento conciliatório.⁵⁴ E a diferenciação dos papéis da Advocacia Pública se revela particularmente importante neste ponto.

São muitos os casos em que o Advogado Público age com *parcialidade*, visando apenas ao interesse da Administração e atuando de acordo com estratégias processuais. Nestes casos, nada impede que o Advogado Público entre em contato direto com a parte para tentar algum tipo

52 Na redação do CPC-2015, ao invés de “por meio de composição”, diz “por meio de conciliação”, o que não deve levar à interpretação de que estão excluídos outros meios, como a mediação, seja porque não há motivo racional para serem excluídos, seja porque tais leis devem ser lidas em conjunto, de acordo com o *diálogo das fontes*. – No sentido de que a interpretação do dispositivo deve contemplar a mediação, cf. FALECK, Diego. Comentário ao art. 174. In: TUCCI, J.R.C. et al. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015, p. 306. – No sentido de que o CPC-2015 e a Lei de Mediação devem ser lidos de acordo com o diálogo das fontes, cf. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª edição São Paulo: Método, 2015, p. 269.

53 A despeito de a redação falar apenas em “admissibilidade”, não há sentido em entender que a Advocacia Pública se restringirá a um juízo dos requisitos dos “pedidos de resolução”, sem finalidade alguma, isto é, sem seguir adiante com um procedimento de solução de conflito. Tampouco há sentido em falar em juízo de admissibilidade “por meio de composição” ou “por meio de conciliação”, como se a composição se referisse aos requisitos de admissibilidade do procedimento consensual, e não sobre o consenso em si. A redação do dispositivo há de ser interpretada no sentido de que se fará não só a deflagração, mas também o prosseguimento do procedimento de resolução de conflitos.

54 Consta na “Cartilha da CCAF” que “A solicitação é recebida e verificada se o processo administrativo está devidamente instruído. Após é feito o exame de admissibilidade, e caso admitida a controvérsia, o Conciliador designará uma data para uma primeira Reunião de Conciliação. Todavia, em qualquer fase do procedimento, o Conciliador poderá solicitar informações ou documentos complementares necessários ao esclarecimento da controvérsia. Não ocorrendo conciliação na primeira reunião, e, conforme os encaminhamentos a serem dados para a questão, poderão ser designadas outras reuniões, tantas quantas se mostrarem necessárias para solucionar a questão, ou então, para se concluir pela inviabilidade do acordo”. Cf. BRASIL, Advocacia Geral da União. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da administração Federal – CCAF: Cartilha*, 3ª edição. Brasília: AGU, 2012, p. 17. Disponível em www.agu.gov.br. Acesso em 18.1.2016.

de *negociação* no interesse da Administração.⁵⁵ No entanto, não será a hipótese de exercício do juízo de admissibilidade, mas de verdadeira negociação direta.

Por outro lado, na verificação da procedibilidade do pedido de solução amigável (exercício do *direito de petição* do administrado, cf. art. 5º, XXXIV, da CF), o Advogado Público estará exercendo *função imparcial*, devendo limitar-se a verificar a ordem da documentação e se não há ato normativo que recuse autocomposição àquela hipótese. E se a demanda parte da Administração, tampouco será o caso de seguir as rotinas de estratégias processuais, mas exclusivamente o procedimento imparcial de juízo de admissibilidade do pedido.

Portanto, quando um Advogado Público tiver oficiado de uma forma (parcialmente), estará impedido de atuar naquele caso de outra forma (imparcialmente – e vice-versa). Por isso, é recomendável a estruturação de câmaras cujos Advogados Públicos façam exclusivamente um dos papéis (o imparcial), afastando-se o risco de conflito de interesses.

Note-se que, aqui, não se trata de mais uma hipótese de atuação unilateral da Administração, pois o particular também tem o poder de não admitir autocomposição com a Administração (deixando de pedir ou recusando a oferta da Administração).

Nada impede que tais câmaras sejam compostas por mediadores, conciliadores e outros profissionais que não sejam membros da Advocacia Pública. No entanto, tal juízo de admissibilidade há de ser feito exclusivamente por membro da Advocacia Pública, pois tal função há de ser feita de forma coordenada e preocupada com o tratamento isonômico, impessoal e eficiente em relação a todas as contendas da Administração, não só extrajudiciais mas também judiciais, sobre as quais a Advocacia Pública detém exclusividade funcional.

55 Embora o Advogado Público não apenas *represente* a Administração como Advogado, mas também o *presenta* como sendo a própria Administração, na hipótese de o caso já estar judicializado, é prudente que o Advogado Público não mantenha contato direto com a parte sem a ciência do Advogado desta (se houver), em vista do art. 38, VIII, do Estatuto da Advocacia.

O inciso III fala em “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”. Sua previsão faz lembrar que a consensualidade não há de se aplicar apenas no âmbito dos conflitos individuais, mas também no âmbito dos interesses transindividuais (coletivos e difusos), casos em que, à falta de titular individualizável do direito material, não se admite disposição de direito, mas se admite o consenso a respeito da *forma* pelo qual tal direito é exercido.

O dispositivo ganha pertinência justamente quando associado à tendência de se alocar tais câmaras na estrutura da Advocacia Pública, pois este órgão não só detém a exclusividade da orientação jurídica do ente público, como também tem tradicionalmente a competência de firmar acordos em nome da Administração Público.⁵⁶ Evidentemente, isso não significa que se deixará de ouvir e de se coordenar o compromisso com o órgão de execução (Ministério, Secretaria, Superintendência, etc.) diretamente interessado no assunto.⁵⁷

Finalmente, registre-se a previsão do art. 784, IV, do CPC-2015, que confere qualidade de título executivo extrajudicial ao “instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal”. A previsão é importante, pois prestigia a consensualidade extrajudicial. Mas a deferência feita às citadas instituições há de ser esclarecida.

Pois de duas uma: ou a Advocacia Pública estará atuando como órgão *imparcial* (nos termos dos precitados incisos II dos artigos 174 do CPC-2015 e 32 da Lei de Mediação) e, aí sim, bastará seu referendo para que se constitua o título executivo extrajudicial; ou a Advogado Público estará oficiando de forma *parcial*, na condição de um dos “ad-

56 Em geral, esta atribuição é privativa do Chefe da Advocacia Pública, cf. art. 4º, VI, da Lei Complementar Federal 73/1993 (Lei Orgânica da AGU); art.s 4º e 7º, X, da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 1.270/2015 (Lei Orgânica da PGE-SP); art. 4º, VI, da Lei do Município de São Paulo nº 10.182/1986 (Lei de criação da PGM-SP).

57 Assim, discorda-se de DIEGO FALECK quando afirma que “não parece operacional, também, que o funcionamento das referidas câmaras tenha efetividade na promoção da celebração de termos de ajustamento de conduta, normalmente celebrados por legitimados ativos em casos de investigações de condutas indesejáveis por parte dos administrados” (Comentário ao art. 174. In: TUCCI, J.R.C. *et al. Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015, p. 306).

vogados dos transatores”, hipótese em que não basta o seu referendo, sendo imprescindível também o referendo do advogado da outra parte para que se constitua o título executivo extrajudicial. A mesma diferenciação há de ser feita em relação à Defensoria Pública e ao Ministério Público.⁵⁸

Pelo exposto, percebe-se que o advento da “administração consensual” importa acréscimo de importância e de responsabilidade à Advocacia Pública, que há de se preparar não só para enfrentar a consensualidade no âmbito judicial, mas também – e preferencialmente –, no extrajudicial.

3.4. Autocomposição judicial: quando é melhor não conciliar?

É importante entender que o uso dos meios consensuais não trata de modismo, mas de adequação à realidade atual. De fato, o *não* uso da consensualidade pode gerar diversos efeitos negativos para a Administração Pública, sobretudo no que respeita à eficiência e economicidade da Administração e da Justiça e até mesmo à concretização de um Estado mais democrático.

Evidentemente, porém, nem sempre será *adequado* o meio autocompositivo.

Em juízo, tamanha é a vontade do legislador em incentivar a autocomposição que previu que “o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa”, *exceto* “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual”⁵⁹ ou “quando não se admitir a autocomposição” (art. 334, §4º e §8º, do CPC-2015). Contrariando a sabedoria popular,

58 Corroborar este entendimento FREDIE DIDIER JR., para quem, na hipótese de “o Ministério Público ou a Defensoria Pública tomar o compromisso de ajustamento de conduta de uma das partes, também haverá aí um título executivo, só que encaixado na primeira parte do inciso II, do art. 585 do CPC: será um documento público assinado pelo devedor, e não uma transação referendada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública” (*Curso de Direito Processual Civil*, v. 5, 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 188).

59 Tal manifestação de desinteresse na autocomposição deve ser feita, pelo autor, na petição inicial e, pelo réu, em petição avulsa a ser protocolada em até dez dias úteis antes da audiência, ato que também deflagra o prazo de contestação (art. 334, §5º e 335, II, do CPC-2015).

adotou-se a regra de que “quando um não quer, os dois farão assim mesmo”.⁶⁰

Algumas considerações especiais cabem às Fazendas Públicas.

Em primeiro lugar, de logo se nota a inocuidade da pena de multa, já que esta reverte para o próprio Estado ou União – exceto se determinada Fazenda Pública estiver litigando em Justiça de outro ente federativo.

Em segundo lugar, entende-se que a previsão de dispensa da audiência “quando não se admitir a autocomposição” não deve ser interpretada restritivamente, apenas com base na impossibilidade abstrata de autocomposição – por exemplo, nas hipóteses de **vedação legal** de autocomposição, como na ação de improbidade administrativa (art. 17 da Lei 8.429/1992). Contudo, se manifesta a inviabilidade em concreto, também há de se dispensar a respectiva audiência.

O exemplo por excelência é a ação que discute crédito tributário.⁶¹ Não porque o crédito tributário não admita transação (hipótese prevista expressamente no art. 156, III, do CTN), mas porque só a admite se e quando houver lei específica a prevendo (art. 171 do CTN). Não existindo esta lei no âmbito do respectivo ente federado em juízo, é inútil designar audiência de conciliação, ainda que, em tese, admita-se autocomposição na hipótese.

Outra hipótese é aquela em que, com base nos **estudos estatísticos** referidos anteriormente (cf. item 3.2), a Administração Pública tenha

60 É certo que o objetivo da norma é de alterar a cultura de litigância no país, quebrado o costume de que se ver a decisão judicial como regra e a autocomposição como exceção. Esta opção legislativa é válida, contudo, não se pode deixar ser ousada em vista da falta de estrutura do Judiciário brasileiro para fazer audiências em hipóteses tão inúmeras, bem como arriscada em vista da possibilidade de se transformar em mera formalidade obrigatória, sempre que não houver verdadeira vontade das partes em se autocompor – o que não é raro entre partes que já estão em conflito. O resultado só será sabido depois de alguns anos de aplicação do dispositivo. Oxalá o objetivo seja alcançado.

61 Tampouco é caso de aplicação da audiência de autocomposição no processo de execução fiscal, seja pela apontada inadequação, seja por não se tratar de hipótese prevista na legislação especial que tenha sido ampliada ou modificada pelo CPC-2015. A propósito, cf. MEGNA, Bruno Lopes; CIANCI, Mirna. A execução fiscal no novo Código de Processo Civil: reflexos da aplicação subsidiária e a modernização do sistema – um trato de convivência. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA JR., Antonio Carlos F. de (Org.). *Novo CPC e o processo tributário*. São Paulo: FocoFiscal, 2015, p. 305-322.

orientação administrativa expressa no sentido de que não irá se submeter à autocomposição em determinado caso, por exemplo, porque está à espera de consolidação do entendimento jurisprudencial em julgamento de caso repetitivo (art. 928 do CPC-2015).

Em todos esses casos, será inútil designar audiência de conciliação se o ente federado tem **ato normativo** (infralegal que seja) no sentido de que não se fará autocomposição a respeito daquele assunto. Ou até mesmo se não regulamentada a competência para transacionar sobre o assunto em juízo⁶² – a despeito da desídia do ente federativo em tal regulamentação, fato é que será inútil trazer o Advogado Público à audiência apenas para anunciar que não tem poderes para autocompor.

Assim, não apenas quando houver inviabilidade em abstrato, mas também quando houver **manifesta inviabilidade de autocomposição em concreto**, conhecida pelo Juiz de ofício ou por informação levada por qualquer uma das partes, também não há de se designar a audiência de tentativa de conciliação, por ser medida contraproducente.

4. Conclusão: reposicionando as velas rumo a uma administração mais consensual

O CPC-2015 e a Lei de Mediação não vêm apenas para inovar textos jurídicos, mas principalmente para renovar a mentalidade que se tem sobre o Direito. Dentre os principais fatores de renovação está a introdução do microssistema de solução consensual de conflitos.

E a Administração Pública não só poderá como deverá participar desta renovação. Trata-se de uma exigência da atual conjuntura social, econômica

62 Como expresso no item 3.1., não há necessidade de previsão específica sobre o objeto do contrato de transação, mas deve haver, no mínimo, alguma previsão genérica em que se enquadre. Igualmente, não há necessidade de autorização específica para que cada Advogado Público possa transacionar em cada caso concreto, desde que haja algum tipo de previsão genérica que abarque a hipótese. Feita a ressalva, concorda-se com VICTOR HEIN SCHIRATO e JULIANA BONACORSI PALMA que “apenas nos casos em que haja expressa previsão legal em sentido contrário, a Administração estará impedida de celebrar instrumentos consensuais para o exercício da função pública, como no exemplo mencionado da ação de improbidade administrativa. Nos demais, não se coloca como elemento necessário a previsão de competência para transacionar em lei oriunda do Parlamento” (Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual lado Direito. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n. 27, p. 137-160. Belo Horizonte: Fórum, out-dez/2009, p. 154.

e política, cujos indivíduos reivindicam efetiva participação nas decisões que lhes atingem, assim no âmbito judicial como no âmbito extrajudicial.

Como toda mudança, esta também enfrenta resistências, medos e dúvidas que, no caso da Administração Pública, acorda um mostro que se prefere deixar dormindo em paz no berço da tradição: o Leviatã, expressão do centralismo da Administração que pretende monopolizar a decisão sobre o que é o interesse público. Não há o que temer, mas apenas o que cuidar.

A consensualidade não oferece riscos aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público ou da supremacia do interesse público. Ao contrário, visa concretizá-los de forma mais adequada e eficiente, em vista das novas características sociais. Não desaparece a necessidade de se observar parâmetros legais e de se perseguir o interesse público sem que seja desvirtuado por interesses egoísticos. Propõe-se, apenas, que se abra o diálogo para que se avalie com mais acuidade a realidade do conflito e as opções de solucioná-lo.

Deve-se, no entanto, estar atento para o respeito aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da economicidade, da publicidade, da moralidade, enfim, da legalidade (ou, melhor, juridicidade). Para tanto, serve-se da processualidade administrativa, que é chamada a ocupar o lugar do ato administrativo unilateral na tomada de decisões. Acresce-se, assim, importância e responsabilidade à Advocacia Pública, que tem o múnus de operar esta processualidade de acordo com o Direito.

Mas não se trata de tarefa simples de se por em prática. Muitos são os cuidados que se deverá ter para que a Administração não só se abra ao consenso, mas também para que assegure que o consenso seja praticado igualmente a cada administrado e em prol de toda a sociedade, judicialmente e extrajudicialmente.

Por isso, é preciso lembrar também que a consensualidade não serve apenas a fazer a Administração ouvir o administrado, mas também a fazer o administrado ouvir a Administração. A mesma sociedade que demanda abertura de participação na Administração é a sociedade que deverá estar aberta para compreender os problemas administrativos e assumi-los como seus. É empreitada a ser cumprida a quatro mãos – ou a quantas mãos a pluralidade da sociedade apresentar.

É hora de a Administração Pública encarar que se abriu o oceano da consensualidade, com toda a complexidade que traz consigo, e reposicionar suas velas para seguir o rumo certo na busca do interesse público.

Referências bibliográficas

ABOUD, Alexandre. A experiência do Estado de São Paulo com o protesto das certidões de dívida ativa como meio alternativo de cobrança e de diminuição de litígios. *Interesse Público – IP*, v. 16, n. 84, p. 193-210. Belo Horizonte, março-abril de 2014.

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto de. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos. Tese de livre docência – FDUSP, São Paulo, 2008.

_____. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL, Advocacia Geral da União. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da administração Federal – CCAF: Cartilha*, 3ª edição. Brasília: AGU, 2012, p. 17. Disponível em www.agu.gov.br. Acesso em 18.1.2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. In: *Revista de Processo*, n. 74. São Paulo: RT, abril-junho/1994.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – Nota Técnica. Brasília: IPEA, novembro de 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de direito administrativo brasileiro*. In: REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 5. Salvador: IBDP, jan-mar/2006, p. 21.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 5, 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *Curso de direito processual civil*, v.1., 17ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentário ao art. 131. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ESTADO DE SÃO PAULO, Procuradoria Geral do Estado. *Cartilha de reparação administrativa de danos causados pelo Estado*. Disponível em: www.pge.sp.gov.br. Acesso em 18.1.2016

FALECK, Diego. Comentário ao art. 166. In: TUCCI, J.R.C. *et al. Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015.

_____. Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas. In: SALLES, C.A.; LORENCINI, M.A.G.L.; SILVA, P.E.A. (Org.). *Negociação, Mediação e Arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito*, p. 257-272 São Paulo: Método, 2013.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2011.

FISHER, Roger; URY, William; e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, 2ª ed. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

MARRARA, Thiago. O Conteúdo do princípio da moralidade. In: _____ (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, n. 100, p. 187-174. Belo Horizonte, junho de 2008.

MEGNA, Bruno Lopes. *Alternative Dispute Resolution: the early Brazilian experience*. Publicado em 2010. Disponível em <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Newsletter_2010_Final.pdf>. Acesso em 18.1.2016.

_____; CIANCI, Mirna. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, A.P.; NOGUEIRA, P.H. *Negócios processuais*, p. 481-506. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; CIANCI, Mirna. A execução fiscal no novo Código de Processo Civil: reflexos da aplicação subsidiária e a modernização do sistema – um trato de convivência. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA JR., Antonio Carlos F. de (Org.). *Novo CPC e o processo tributário*. São Paulo: FocoFiscal, 2015.

_____; SALLES, Carlos Alberto. Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediação, no prelo.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 40^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAND_DEVILLER, Jacqueline. *As mutações do direito administrativo francês*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 50. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p.129-156. Rio de Janeiro: jan-mar/2003.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, M.A; e RIBEIRO, C.V.A. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, p. 120-154. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Notas sobre o princípio da impessoalidade IN MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*, 2012.

SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: CIANCI, Mirna et al (org). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Forense, 2011.

SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SCHIRATO, Vitor Hein; PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual lado Direito. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n. 27, p. 137-160. Belo Horizonte: Fórum, out-dez/2009, p. 154.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: ____; SALLES, C.A.; LORENCINI, M.A.G.L. *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*, p. 1-26. São Paulo: Método, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Comentário ao art. 59. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L.L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

VERNE, Júlio. *Das viagens maravilhosas aos mundos conhecidos e desconhecidos*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 2013, originalmente publicado em 1907.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, F.L.; ZANOIDE, M. de M. (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

