

Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade *versus* eficiência

Cleuler Barbosa das Neves

Doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás (2006). Mestre em Direito Agrário pela mesma Instituição, onde possui Graduação em Direito (1997) e Graduação em Engenharia Elétrica (1986). Especialista em Engenharia de Petróleo pela UFBA (1989). Foi Conselheiro Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Goiás (2004-2009). Professor Associado 1 da Universidade Federal de Goiás. Procurador do Estado de Goiás.

Marcílio da Silva Ferreira Filho

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Goiás e Advogado Privado, com foco em Direito Público. Membro da Comissão Especial de Estudos Processuais (CEEP) da OAB-Goiás. *Professional Coach* pelo Instituto Brasileiro de Coaching (IBC). Autor de obras e artigos jurídicos.

Resumo: O presente artigo objetiva estudar um conceito de Administração Pública consensual e sua compatibilidade em face do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente enfrentando os argumentos a favor e contra a sua concepção. Sabe-se que as deficiências, ou mesmo falência, dos meios tradicionais de resolução de conflitos impõem a construção de alternativas compatíveis com a complexidade das relações econômicas e sociais de um contexto globalizado. Por esse motivo, a Administração Pública, que compõe o polo (ativo ou passivo) da maior parte dos processos em trâmite perante o Poder Judiciário, deve assumir a posição proativa na busca de instrumentos alternativos à desburocratização para solução de litígios. A consensualidade, por esse viés, vem assumindo relevante papel em face do conceito de Administração Pública gerencial e da institucionalização do princípio da eficiência; porém, ainda encontra entraves nas estruturas tradicionais do direito administrativo, especialmente em um ordenamento em que a legalidade assume historicamente um papel de rigidez. Os contrapesos, então, põem-se na dualidade entre legalidade e eficiência, que pode ser traduzida numa ideia de juridicidade, em permanente tensão.

Palavras-chave: Direito administrativo. Consensualidade. Administração Pública consensual. Legalidade. Eficiência.

Sumário: 1 Introdução – 2 Do Estado legal ao Estado consensual – 3 Viabilização jurídica da Administração Pública consensual no Brasil – 4 Concertação administrativa num contexto de dificuldades práticas – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

A busca por legitimidade¹ da atuação administrativa no atual contexto econômico-social vem possibilitando a releitura de tradicionais institutos jurídicos. O desenvolvimento e a complexidade das relações travadas, seja de cunho tecnológico, cultural, econômico, social etc., exigem decisões mais eficientes e eficazes, com soluções de qualidade proferidas em tempo hábil.²

A pluralidade de interesses no cenário de globalização exige que o Estado adote uma postura de gestão qualificada das vontades contrapostas através da adoção de meios legítimos para procedimentalizar formal e substancialmente suas tomadas de *decisão*.³ Por isso a importância de instrumentos de participação dos administrados no processo político e administrativo de decisão, como, por exemplo, o uso de consultas públicas, audiências públicas, designação de representantes em conselhos administrativos, ampla possibilidade de apresentação de denúncias contra atos ilegais, propositura de ações para defesa do interesse público (*v.g.* ação popular e ação civil pública intentadas por associações), entre outros.

Em que pese esses instrumentos, que, inclusive, estão contemplados no ordenamento jurídico pátrio de maneira esparsa, um dos grandes gargalos da atuação administrativa, que a impede de avançar para uma Administração Pública gerencial de qualidade, é a concertação a ser promovida após o surgimento de um potencial conflito, isto é, a possibilidade de resolução consensual de conflitos. O Estado é a instituição que mais tem participação em conflitos perante o Poder Judiciário, sobrecarregando o quantitativo de processos, litígios, discussões e, conseqüentemente, reduzindo a qualidade de sua atuação.

Não por outro motivo, a consensualidade, a despeito de ainda ser um tema incipiente no direito brasileiro, vem sendo consagrada como uma finalidade primordial de um Estado que prega pela eficiência da gestão administrativa. Em contraponto, sobressai a resistência à atuação consensual sob argumentos

¹ Há importante discussão filosófica acerca do conceito e abrangência do termo legitimidade e/ou legitimação, especialmente no desenvolvimento teórico da legitimação pelo procedimento de autoria de Niklas Luhmann (com críticas desenvolvidas, entre outros, por João Maurício Adeodato). Dada a limitação cognitiva do presente trabalho, utilizaremos a usual expressão "legitimidade". Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109-136.

² A Fazenda Pública é responsável pela maior parcela de processos judiciais em trâmite. Diante da judicialização constante de direitos, vê-se hoje o nosso Judiciário como um dos mais caros do mundo, atingindo um percentual em relação ao PIB que supera países como Venezuela, Alemanha, Portugal, Chile, Colômbia, Itália, Inglaterra, Estados Unidos, Argentina e Espanha (ROS, Luciano da. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *The Observatory of Social and Political Elites of Brazil*. Universidade Federal do Paraná (UFPR), v. 2, n. 9, jul. 2015. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2016).

³ Conferir um amplo conceito de *decisão* como *um processo de aprendizagem*, que envolve *impulso* (uma questão conflitiva posta num contexto que exige uma resposta), *motivação* (um conjunto de expectativas), *reação* (uma resposta) e *recompensa* (objetivos, *thelos*) em FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 87-91. Idem. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011, p. 286-290.

estruturais do direito administrativo, como a vinculação à lei (princípio da legalidade), a impossibilidade de disposição sobre o interesse público (princípio da indisponibilidade do interesse público), além da inexistência de um marco legal para viabilizar o controle da atuação administrativa. É sobre esse contraponto que o presente artigo se debruça.

Uma Administração Pública consensual pode ser analisada sob um prisma geral (incluindo qualquer modalidade de acordo firmado pela Administração Pública, seja sob o regime jurídico contratual administrativo comum, seja sob o regime jurídico concertado) ou sob uma ótica mais específica, delimitada à concertação da atividade administrativa (instrumentos transacionais ou, como alguns preferem, contratos administrativos alternativos).⁴ Para os fins cognitivos deste artigo, importa delimitar essa investigação à última hipótese, valendo-se de *um método dialético argumentativo*, numa perspectiva *retórica*, conforme preconizado por João Maurício Adeodato,⁵ e recorrendo-se à *teoria da decisão jurídica* como um sistema de controle de comportamento, conforme ditado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.⁶

2 Do Estado legal ao Estado consensual

O contexto histórico do direito público exhibe a importância do princípio da legalidade,⁷ consagrado como um dos cânones da era das revoluções (*v.g.* Revolução Gloriosa, Revolução Americana e, especialmente, a Revolução Francesa). A decaída do Estado Absolutista e o surgimento das primeiras noções acerca do Estado de Direito tinham por base a transferência do poder político decisório de um governante a um parlamento, que editaria as leis bases regentes da sociedade.

Esse dogma da legalidade, nesse contexto, sempre se pôs como fundamento limitador ou viabilizador da ação estatal. No período liberal, concebe-se a lei como resultado da decisão política perfeita, a partir do exercício da decisão

⁴ Ao se mencionar o termo “contrato administrativo alternativo”, não se desconhece a linha filosófica que se refere à existência de um direito alternativo, ou seja, à margem do direito titularizado e gerido pelo Estado, como bem explica João Maurício Adeodato. Na verdade, a utilização terminológica da expressão acima tem por finalidade designar a firmação de contratos alternativos, no sentido de que se constituem como solução preventiva ou posterior à geração de um conflito, porém dentro dos ditames conferidos pela legislação que lhe permita repensar uma solução qualificada para gestão de interesses. Esse é o termo também utilizado por Onofre Alves Batista Júnior, como será visto adiante.

⁵ *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

⁶ *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. cap. 6, p. 87-103. Idem. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. cap. 6, p. 285-323.

⁷ A legalidade, apesar de configurar como grande conquista histórica decorrente da instituição do Estado de Direito, passa por uma análise dúplice crucial na atualidade. De um lado, a ideia de observância à lei representa exigência importante do ordenamento jurídico democrático, especialmente em países de regimes constitucionais pluralistas. No entanto, não se nega que o contexto político atual tem nos remetido a crises decorrentes da multiplicação de leis, da perda de legitimidade do Parlamento em virtude da captação social e econômica dos agentes interessados, bem como da incapacidade do legislativo de acompanhar a complexidade das relações em um contexto mundial globalizado (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34-36).

democrática, visando garantir o direito à liberdade e à propriedade, com restrições à ação estatal. No período social, por outro lado, a lei se concebe como um instrumento para viabilizar as intervenções reiteradamente promovidas no meio social e econômico pelo Estado a fim de garantir uma prestação de serviços e uma proteção a direitos sociais considerados mínimos.

A transição do Estado liberal ao Estado social, em um primeiro momento, apresentava-se como solução para os diversos problemas verificados pela exploração do homem, com direitos fundamentais relegados ao segundo plano. Tanto é assim que a Revolução Industrial foi um dos estopins para o início da fase social.⁸ O Estado, então, passou a intervir de forma direta no meio social e econômico, assegurando direitos sociais em Textos Constitucionais (de que são exemplo a Constituição de Weimar e a Constituição Mexicana).⁹

Uma maior intervenção estatal passou a ganhar a cena a partir da relevância atribuída à teoria econômica keynesiana e das grandes depressões econômicas que mostravam a falência do modelo tradicional de abstencionismo. Pactos pela intervenção do Estado no setor econômico e social eram vistos, na terceira década do século XX, como a possível solução alternativa. Exemplo de pacto intervencionista do período é o *New Deal*, implementado após a grande depressão norte-americana, através do que foram criadas várias agências reguladoras e foram intensificados os gastos públicos.¹⁰

Um modelo intervencionista, entretanto, também se mostrou insuficiente perante a conjuntura mundial, especialmente nas últimas décadas. Diversos fatores influenciaram uma nova concepção quanto às funções estatais, tais como: (i) o fenômeno da globalização; (ii) o advento da imprensa e a evolução acelerada dos meios de comunicação, em especial o aumento massivo do acesso à internet; (iii) uma exigência de *legitimidade* das *decisões estatais* a partir de uma *participação plural* e pela *democratização dos meios procedimentais* de tomadas de *decisão*; (iv) uma diversificação da categoria dos interesses contrapostos na sociedade; (v) uma exigência crescente de *soluções rápidas, eficazes e eficientes* para atender às necessidades atuais da sociedade e da economia; entre tantos outros.

⁸ Maria Sylvania Zanella Di Pietro aponta que o Estado social consubstanciou-se como o motivo principal do crescimento desmesurado do Estado, através da intervenção intensificada sob o argumento de proteção ao bem comum, assumindo atribuições relevantes e necessitando, para tanto, do aumento da máquina administrativa e dos investimentos mais variáveis nos setores econômicos e sociais (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8-11).

⁹ É importante assentar que parte da doutrina entende que não há uma transição direta do Estado liberal ao Estado social, sendo mais correto designar o fenômeno dos últimos séculos de Estado constitucional, que possui, entre as suas variáveis, características da filosofia liberal e social (AMARAL, Diogo Freitas de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2015, p. 72-73).

¹⁰ A participação do Estado na construção do modelo capitalista, através da intervenção econômica e da garantia dos aportes estruturais de início é fato mencionado pela doutrina, especialmente no campo da prestação de serviços públicos. Segundo Eros Roberto Grau: “[...] a própria constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal. Em outros termos, não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica, no campo dos serviços públicos” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 25).

O fenômeno estatal, nesse contexto, ganha outra proporção, através da qual há uma diminuição dos seus campos de atuação direta, passando a intervir apenas indiretamente para aparar os desvios decisórios livres da economia e da sociedade, através dos instrumentos de regulação (*v.g.* fomento, fiscalização, planejamento, indução etc.). A doutrina, inclusive, denomina essa nova atuação de Administração Pública subsidiária,¹¹ em que há um caráter mais restrito de atuação. Essa atuação administrativa, portanto, passa a ser subsidiária, porém não omissa.

Entretanto, mesmo onde há atuação do Estado, seja por necessidade, seja por imposição do modelo jurídico constitucional, essa ação deve ser não mais burocrática, mas, sim, eficiente, de acordo com uma exegese do princípio estatuído no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988.¹² Contrapõem-se os conceitos de Administração Pública burocrática e gerencial, em que a exigência do modelo contemporâneo é pela última, através do que se impõe um Estado qualificado para gerir os mais diversos tipos de interesses sociais e econômicos, por meio de uma escolha necessária dos meios adequados mais eficientes e eficazes, operando-se dentro dos parâmetros da *razoabilidade* e da *proporcionalidade: adequação, necessidade* (do meio adequado menos gravoso) e *proporcionalidade em sentido estrito* (Lei de Colisão de Princípios de R. Alexy).¹³

Assim, a noção de Estado autoritário, com decisões imperativas e unilaterais (das quais se extraiu boa parte da tradicional estruturação administrativa), esvai-se atualmente em prol de uma Administração Pública que busque um consenso e uma atuação plural, ou seja, uma Administração Pública concertada:

A Administração, portanto, não se restringe a se posicionar perante o administrado como entidade eminentemente autoritária [...] A Administração Pública conformadora, assim, em especial em Estados mais pobres, nos quais os recursos são substancialmente mais escassos, transforma-se em uma grande entidade de composição de interesses (públicos e privados) das mais diferentes naturezas, iluminada pelo desiderato de eficiência administrativa, que deve contemplar o “longo prazo”.

A Administração Pública conformadora do Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista e participativo) deve estar atenta à coexistência de valores individualistas com a persistência de valores atinentes à solidariedade social. Da mesma forma, deve estar ciente da necessidade de agregar ao processo decisório

¹¹ ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. 2. ed. rev. ampl. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014, p. 21-22.

¹² Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[...] o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 84).

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010 (teoria e direito público, 7), p. 169-170, 170-174 e 174-178.

decisões genéricas e multilaterais. A propósito, a “multilateralidade” surge como marcante característica do “Estado infra-estrutural” [...].¹⁴

Consensualidade, portanto, é um fenômeno atual, de que a Administração Pública – enquanto componente de boa parte dos litígios – não pode se furtar a enfrentar, sistematizar e viabilizar o seu funcionamento nos conflitos administrativos.

Em outros países, a prática consensual pelo Estado não é algo desconhecido. Há exemplos de previsão legal e prática reiterada do fenômeno da negociação administrativa para resolução de conflitos. Neles, a consensualidade é vista como prática compatível com o interesse público, na busca por *uma decisão administrativa concertada*.

Na Itália, onde a tradição do direito administrativo caracteriza-se por atos unilaterais e imperativos, a *Legge* 7 agosto 1990, n. 241, que trata do procedimento administrativo, em seu art. 11, possui cláusula geral autorizativa da realização de acordos pela Administração Pública para substituição de conteúdo discricionário da decisão administrativa final (*accordi integrativi*) ou substitutivo desta (*accordi sostitutivi di provvedimento*), condicionado sempre à prossecução do interesse público.¹⁵

Na Espanha, temos outro exemplo muito interessante. Apesar de a doutrina apontar a existência de contemplação da consensualidade no ordenamento jurídico espanhol anteriormente,¹⁶ foi a Lei nº 30/1992 que estabeleceu uma

¹⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51-52.

¹⁵ O dispositivo assim prevê: “Art. 11. (*Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*)

¹ *In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell’articolo 10, l’amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. (comma così modificato dall’art. 7, comma 1, lettera a), legge n. 15 del 2005)*

1-bis Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati. (comma introdotto dall’art. 3-quinquies della legge n. 273 del 1995)

2 Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell’articolo 3.(comma così modificato dall’art. 1, comma 47, legge n. 190 del 2012)

3 Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.

4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l’amministrazione recede unilateralmente dall’accordo, salvo l’obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

4-bis. A garanzia dell’imparzialità e del buon andamento dell’azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione concluda accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell’accordo è preceduta da una determinazione dell’organo che sarebbe competente per l’adozione del provvedimento. (comma introdotto dall’art. 7, comma 1, lettera b), legge n. 15 del 2005)”

¹⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 351.

cláusula geral para admitir a atuação consensual da Administração Pública. O art. 88 da referida lei espanhola autoriza a terminação convencional do processo administrativo, condicionando, no entanto, à observância do interesse público e vedando-a nas hipóteses de matérias não suscetíveis de transação.¹⁷

Ainda também é possível citar o caso do direito alemão, que, em sua Lei de Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), §55, permite a realização de contratos de transação, através de concessões mútuas, pela Administração Pública.¹⁸

No âmbito do direito norte-americano – em que o direito administrativo foi recentemente reconhecido e mesmo ainda sofre bastante resistência¹⁹ –, a cultura da negociação jurídica administrativa, através dos contratos alternativos, é algo também comum. Com a edição do *Administrative Dispute Resolution Act* (Section 571 a 581), de 1996, a matéria ficou disciplinada através de um típico sistema jurídico alternativo para resolução de conflitos.

Nesse sentido, percebe-se que a unilateralidade característica das decisões administrativas não serve mais ao propósito de uma filosofia estatal eficiente, pluralista e participativa. Consensualidade, seja numa perspectiva de prevenção, seja para resolução de conflitos já instaurados, é uma exigência decorrente da própria noção de Estado Democrático de Direito, que não se limita mais à resolução dos conflitos a partir de uma interpretação legalista estrita, mas, sim, conduz à solução consensual das decisões administrativas. Um Estado legal, portanto, dá lugar à ideia de Estado (ou Administração Pública) consensual.²⁰

¹⁷ Eis o texto do dispositivo: “*Artículo 88. Terminación convencional. 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. 2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados. 3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano. 4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.*”

¹⁸ Assim prescreve o mencionado dispositivo: “*§55 Vergleichsvertrag. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des §54 Satz 2, durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (Vergleich), kann geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält.*”

¹⁹ O direito anglo-saxão é conhecido pela sua resistência à concepção do direito administrativo. Apesar disso, o direito norte-americano, no século XX, passou a estruturar institutos jurídicos desse ramo, especialmente com o advento estrutural das agências reguladoras e da edição do *Administrative Procedure Act* de 1946. Segundo Odete Medauar: “O antigo refrão da ausência de direito administrativo ou público nos Estados Unidos agora não prevalece. Hoje dificilmente se pode afirmar a identidade total do direito aplicável às atividades privadas e à atividade administrativa [...]” (MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992, p. 60).

²⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende que o contexto globalizado exige a consensualidade nas relações estatais, no que adere à noção de Estado consensual. Segundo o autor, a atuação consensual “[...] aplina

3 Viabilização jurídica da Administração Pública consensual no Brasil

Apesar do contexto exigente de consensualidade na Administração Pública, é necessário perceber seus delineamentos para compatibilizar com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial em face de eventuais entraves argumentativos que podem surgir a partir da leitura e interpretação da Constituição Brasileira de 1988.

Consensualidade no seio do Estado, apesar de ser uma vertente ideológica contemporânea, é objeto de reflexões diante das estruturas tradicionais do direito administrativo,²¹ ensejando enfrentamentos sobre a possibilidade de suas releituras e adequações a uma nova realidade. De um lado, tem-se a exigência intensificada de uma administração pública de qualidade, que forneça resultados (efetividade) diante dos problemas verificados na complexidade das relações sociais e econômicas travadas.²² De outro, encontram-se exigências estruturais tradicionais de proteção ao interesse público e sua prevalência diante do interesse meramente privado (princípio da supremacia do interesse público).

Um dos primeiros questionamentos acerca da resolução consensual de conflitos no âmbito da gestão de interesses da Administração Pública diz respeito à possibilidade de disposição do próprio interesse público. Afinal, a concertação administrativa, através do contrato administrativo alternativo de transação, pressupõe concessões mútuas dos envolvidos, dentre as quais está a concessão parcial de uma posição jurídica do Estado.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández contextualizam corretamente os fundamentos de uma administração concertada:

Tentou-se teorizar como uma tendência geral e estimular como uma política liberalizante e desalienadora esta que se começou a chamar de “Administração concertada”: a Administração renunciaria a fazer valer imperativa e unilateralmente seus poderes e se ajustaria a acordar com os particulares destinatários a aplicação concertada destes, ganhando, ao contrário, uma colaboração ativa dos administrados mais benéfica (não apenas na esfera social, mas também na da simples eficácia) que a passiva e resignada, quando não esquivada ou evasiva, submissão. Esta tendência encontrou especial eco no âmbito da Administração econômica, no qual a

as dificuldades, maximiza os benefícios e minimiza as inconveniências para todas as partes, pois a aceitação de ideias e de propostas livremente é o melhor reforço que pode existir para um cumprimento espontâneo e frutuoso das decisões tomadas” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 143).

²¹ Podem-se mencionar como estruturas tradicionais que causam perplexidade à ideologia consensual os modelos originais de legalidade, de indisponibilidade do interesse público, o conceito de discricionariedade administrativa, entre outros. Não se quer afirmar aqui que tais conceitos desapareçam com a construção da Administração Pública consensual (até porque tal pretensão iria de encontro ao Texto Constitucional), mas, sim, que a reflexão sobre uma possível releitura dessas estruturas tradicionais se impõe.

²² Como exemplo dessa exigência, podemos citar o “direito fundamental à boa administração”, mencionado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice, 2000). Mesma conclusão se pode tirar também do Livro Branco da Governança, editado pela Comissão Europeia em 2001 e, no Brasil, a inclusão do princípio da eficiência no art. 37, *caput*, do Texto Constitucional, conjuntamente à reforma administrativa promovida pela EC nº 19, de 4 de junho de 1998.

expressão “economia concertada” pretendeu resumir a mística do planejamento indicativo (o próprio Plano pretendeu se explicar como uma grande concertação ou quase-contrato) como uma via intermediária entre a total liberdade e uma política econômica dirigista e burocratizada.²³

No centro do questionamento, porém, está a disponibilidade do interesse público gerido a cada decisão administrativa. Há os que defendem, inclusive na qualidade de princípio jurídico, a diretriz de que o interesse público é indisponível.²⁴ Logo, *como* compatibilizar a consensualidade com o óbice à disposição do chamado interesse público?

Em uma primeira dilação, poder-se-ia tomar como ponto de partida de uma série argumentativa²⁵ a tradicional distinção que ganhou força nas lições de Renato Alessi,²⁶ diferenciando interesse público em primário e secundário para o fim de admitir a composição de interesses quando se tratar deste último. É que, segundo o referido doutrinador, o interesse público primário é aquele que corresponde à melhor tutela de interesses da sociedade e, portanto, é indisponível (*v.g.* direito ao meio ambiente equilibrado, direito à educação, à saúde etc.). Por outro lado, o interesse público secundário diz respeito ao mero interesse público patrimonial do Estado (*v.g.* mero direito patrimonial sobre determinado imóvel onde funciona uma repartição administrativa), enquanto pessoa jurídica, que não corresponde necessariamente com o primário, embora possa, por vezes, encontrar um ponto comum.

Assim, sob esse ponto de vista, seria talvez possível defender que os interesses públicos primários não poderiam ser objeto de disposição (indisponibilidade do interesse público), enquanto que os secundários, sim. Corresponderia, em tese, ao que a legislação aponta como direito disponível e direito indisponível, como se vê, por exemplo, no art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterado pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. v. 1. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: RT, 2014, p. 671.

²⁴ Segundo a doutrina administrativista tradicional brasileira, o regime jurídico administrativo fundamenta-se no princípio da supremacia do interesse público, do qual faz parte a sua diretriz de indisponibilidade. É de se destacar, porém, que a noção de interesse público é indeterminada e objeto de bastante divergência. Por essa razão, há também os que defendem a desconstrução do interesse público como premissa de atuação do Estado e a prevalência dos direitos fundamentais como vertente eleita com primazia pelo sistema constitucional. Sobre o pensamento tradicional e sua crítica, conferir: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56-71.

^{FERRAZ JUNIOR}, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011, p. 24-26, 69, 80, 304, 309, trata do dogma da irrenunciabilidade dos pontos de partida de séries argumentativas, dos *topoi*, como standards argumentativos, “[...] o que permite ao processo decisório discutir seus pontos de partida sem negá-los”.

²⁶ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970, p. 184-185. Interessante observar a menção feita por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, lembrando-se da menção a uma nova espécie de interesse, o interesse público terciário, voltado “ao jogo de poder político praticado entre os partidos, em sua luta pelo poder” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 51).

No entanto, a distinção, a despeito das vozes de peso que a defendem no direito brasileiro, é carecedora de significado prático e impossibilita uma construção pragmática viabilizadora e segura das hipóteses transacionais.

Uma limitação do objeto transacionável pela Administração Pública é elemento subjetivo e dúbio, impassível de ser definido previamente. A distinção entre interesse público primário e secundário não possui um critério matriz para identificar o que seria passível ou não de transação. Assim, “[...] a princípio não há objeto que não possa ser transacionado no âmbito do direito administrativo, ressalvados os casos em que por expressa previsão normativa seja defeso à Administração negociar sobre determinado direito [...]”.²⁷

O ordenamento jurídico brasileiro, já há algum tempo, vem dando sinais de que a consensualidade no âmbito da Administração Pública é algo que não só deve ser entendido como cabível, mas também fomentado.

O Código de Processo Civil de 2015 (NCPC), além de estabelecer a prioridade na resolução de conflitos através da conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual (art. 3º, §3º, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), dispôs como obrigação da União, dos Estados, do Distrito Federal (DF) e dos Municípios a criação de “câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo” (art. 174, NCPC). Outro passo importante no contexto brasileiro foi a edição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispondo sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, especialmente através da técnica de mediação, com importantes normas postas em seu Capítulo III (arts. 32 ao 40).

Acriação das referidas câmaras (CCMA—Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem), no entanto, depende de previsão em lei e da sua estruturação em cada ente federativo. Mesmo antes da vigência do CPC/2015, a Administração Pública Federal já contava com a Câmara de Conciliação e Arbitragem (CCAF), criada em 27 de setembro de 2007, através do Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007,²⁸ como unidade da Consultoria-Geral da União (CGU), órgão de direção superior integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União (AGU).²⁹ A realidade nos Estados e Municípios, porém, ainda é conduzida de maneira bem mais vagarosa.

²⁷ DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 187. É preciso esclarecer, no entanto, que esse entendimento não é pacífico e muito menos majoritário. Há resistência em se admitir a composição de conflitos em determinadas matérias, encontrando-se na legislação, por exemplo, expressões como “direito indisponível”, que inviabilizariam o negócio jurídico administrativo. As exposições dos parágrafos seguintes abordarão tal elemento.

²⁸ A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal foi criada em 2007 em substituição às atividades conciliatórias que já vinham sendo desenvolvidas pelas Câmaras de Conciliação *ad hoc*, geridas pela Advocacia-Geral da União, conforme previsão da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

²⁹ A consensualidade, no entanto, vem ganhando atenção especial aos poucos. O Conselho da Justiça Federal, por exemplo, promoveu estudo sobre a matéria, chegando a editar 87 enunciados na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, dentre os quais constam alguns muito importantes para orientação de

Encontram-se poucas legislações estaduais instituindo medidas para viabilizar a conciliação, a mediação ou a arbitragem no âmbito administrativo. Podemos citar como exemplos encontrados: (i) a Lei Estadual nº 14.794, de 17 de dezembro de 2015, no Rio Grande do Sul, com poucos dispositivos sobre a matéria; (ii) Lei Estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte; (iii) Lei nº 896, de 1º de fevereiro de 2013, do Estado de Roraima, que trata da conciliação e da transação em sede de juizado especial da Fazenda Pública; (iv) além das previsões em Leis Orgânicas de Procuradorias, como o da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que, através da Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015, estatui a Câmara de Conciliação da Administração Estadual (CCAEE).

No entanto, em que pese pequenas previsões aleatórias sobre um dos métodos alternativos de resolução de conflitos, não há previsão sistematizada acerca do assunto em âmbito de Municípios e Estados, através de legislação própria, viabilizando a criação de órgãos ou entidades, bem como conferindo autorização para os seus representantes legais efetuarem acordos.

Jean Rivero, com a propriedade que lhe é peculiar, aponta que a força motriz da atuação administrativa é eminentemente desinteressada, buscando a prossecução do interesse público, que não poderia ser concretizado pelo mero jogo de liberdades privadas.³⁰ Não por outro motivo, o interesse público é revelado na doutrina (apesar da vertente teórica desconstrutiva que existe)³¹ como preponderante em relação ao interesse privado, embora, por vezes, possa coincidir com sua proteção.³²

Analisando tal conjuntura, percebe-se que não há viés legal para separar interesses de acordo com determinadas categorias (tal como a proposta classificatória entre interesse público primário e secundário). A atuação em busca do interesse público não permite distinções para viabilizar a classificação empreendida por Renato Alessi. O interesse público, que já é um conceito

sistemáticas a serem criadas no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em: 28 set. 2016.

³⁰ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 14-15.

³¹ Existe uma vertente doutrinária mais atual que defende o desaparecimento do princípio da supremacia do interesse público. Segundo essa corrente, a prevalência da Constituição e dos direitos fundamentais dariam lugar à tradicional noção de prevalência do interesse público sobre o privado. Nesse sentido, conferir: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³² Nesse sentido, Edilson Pereira Nobre Júnior, após expor as divergências angulares acerca da percepção conceitual do interesse público, pondera que, por vezes, a proteção do interesse particular poderá resultar em atendimento também ao interesse público na medida em que o ordenamento jurídico decida por lhe conferir proteção. Entretanto, na concepção do autor, o interesse público há de prevalecer sob o interesse particular quando em conflito (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direito Administrativo contemporâneo: temas fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 55-56).

jurídico indeterminado, não deve sofrer variantes para legitimar regimes jurídicos distintos. Ao invés de se tentar promover a distinção classificatória entre tipos de interesse público, um caminho mais adequado será observar a noção de indisponibilidade do interesse público, devidamente compatibilizada à realidade do Estado consensual.

Não se afirma aqui que a noção tradicional de indisponibilidade desapareceria, mas apenas que ela ganharia o sentido adequado à realidade do contexto socioeconômico atual. A indisponibilidade do interesse público deve ser entendida no sentido de que não é possível ao agente público dispor do referido interesse para fazer prevalecer uma intenção sua pessoal, desviando a finalidade última da prática do ato administrativo. Deve-se perceber que a “Administração, feita para mandar, precisa urgentemente negociar, diante da descoberta de que poder mandar não é suficiente em muitos casos”.³³

A consensualidade, ao invés de traduzir incompatibilidade com o interesse público, vai, na verdade, ao encontro do seu intento, concretizando-o em sua integralidade.³⁴ Isso porque a resolução através de meios consensuais, quando analisada como vantajosa diante do custo-benefício, permite externalidades extremamente positivas, como: atendimento às exigências de legitimidade da decisão administrativa; pretensa desburocratização dos procedimentos decisórios; sua efetividade, diante de resultados qualificados, especialmente em face da aceitação dos agentes envolvidos; além de ajudar no enfrentamento vivenciado pela crise do judiciário brasileiro.

De outra banda, há problemas que também merecem reflexão, tais como a possibilidade de captação pelos agentes interessados e a possibilidade de direcionamento a interesses particulares;³⁵ a insegurança jurídica na relação entre administrador e órgãos de controle; além da dificuldade de compatibilizar o interesse público em face dos interesses privados envolvidos. Em que pese isso, há doutrina, pautada na transformação estrutural do Estado diante dos fenômenos atuais, que menciona a existência de uma filosofia caracterizadora do que se denominou de *administração consensual*.³⁶

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. v. 1. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: RT, 2014, p. 672.

³⁴ Nesse sentido é o Enunciado nº 60, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF): “As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos”.

³⁵ Sobre a possibilidade de direcionamento das escolhas públicas, importante a citação da teoria da *public choice*, que, na atualidade, conta com expoentes como James M. Buchanan e Gordon Tullock, além de Antony Downs (BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *El cálculo del consenso: escritos escogidos*. Madrid: LinkAranzadi, 2014; DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999).

³⁶ Bobbio já apontava para o fato de que o Estado atual vem substituindo a noção de imperatividade (poder de império) pela função de mediador e garante (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 26).

Tais problemas, no entanto, devem ser enfrentados a partir de uma sistemática jurídica necessária para viabilizar a atuação dos agentes em face de um controle adequado de sua atuação, permitindo a mudança cultural na prática pública brasileira, através do uso dos acordos alternativos (autocomposição) ou mesmo através da jurisdição privada (arbitragem).

O argumento de que decisões consensuais, com concessões mútuas envolvendo a Administração Pública, não se compatibilizariam com o interesse público deve ser refutado a partir dos meios e instrumentos de controle do abuso de poder a ser exercido pela autoridade com competência para efetivar o acordo. Se houver desvio, cabe aos meios de controle judicial e administrativo promover uma correção devida, com as devidas cautelas a serem apontadas nos tópicos subsequentes.

Um ponto ainda merece ser acrescido. Quando a discussão envolve entidades da Administração Pública indireta de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), por serem submetidas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, consoante art. 173, §1º, II, da Constituição Brasileira de 1988, os meios privados de solução de conflitos podem ser utilizados sem qualquer óbice, não havendo que se falar em restrições decorrentes do regime jurídico de direito público, já que o próprio Texto Constitucional as submete ao regime privado.³⁷ Mesmo as prestadoras de serviço público também poderiam valer-se desses instrumentos, já que compatíveis com o regime privatista e mesmo com o caráter finalístico dessas entidades.

Um segundo questionamento, não menos importante, está no que concerne à interpretação e aplicação do princípio da legalidade. É que, segundo a lição tradicional da doutrina oitocentista, tal princípio foi concebido originariamente como uma limitação à atuação administrativa a fim de frear abusos no uso da máquina pública. Esse é o motivo pelo qual ficou conhecida a lição de que, enquanto o particular pode fazer o que a lei não proíbe (vinculação negativa), a Administração Pública só pode fazer o que ela autoriza (vinculação positiva). Logo, surge a indagação quanto à dependência de autorização legal para realização de acordos tendo o Estado como um dos interessados.

Sobre esse assunto, deve ser observado que o princípio da legalidade há algum tempo vem ganhando nova roupagem, especialmente na era do Estado regulador, em que a complexidade das relações sociais e econômicas impõe a adoção de meios alternativos para gestão qualificada de interesses.³⁸ Não por

³⁷ Atualmente, após a reforma advinda da Emenda Constitucional 19/1998, não há mais espaço para eventuais dúvidas. A consignação da expressão “direitos e obrigações civis, comerciais” pôs termo a qualquer entendimento contrário à aplicação do procedimento arbitral às instituições ali mencionadas, dentre as quais os bancos públicos (PALONI, Nelson Alexandre. A utilização da arbitragem por instituições financeiras públicas. *Revista do BNDES*, v. 13, n. 26, p. 237-260, Rio de Janeiro, dez. 2006, p. 240).

³⁸ Paulo Otero bem destaca que a noção de lei como instrumento perfeito da verdadeira vontade geral vem se transmutando com o passar dos anos, entrando em uma verdadeira crise na atualidade. Como o autor denomina, a legalidade rígida passa por um processo de erosão. Tanto é assim que, atualmente, a denominação “princípio da legalidade” vem dando lugar à noção de “princípio da juridicidade”, em que é destacada

menos é que vem sobressaindo novas leituras acerca da interpretação e da extensão, por exemplo, do poder regulamentar conferido à Administração Pública;³⁹ do campo de discricionariedade, especialmente na leitura de conceitos jurídicos indeterminados;⁴⁰ na pluralidade normativa para identificação de fontes para a aplicação do direito;⁴¹ na interpretação das normas constitucionais e transconstitucionais; entre tantos outros fatores.

Atualmente, sabe-se que a criação do direito (fenômeno da *nomogênese*)⁴² não se limita à lei, havendo diversos outros instrumentos de atuação, que constituem um plexo de normas jurídicas. A autorregulação – via instrumentos consensuais –, nesse contexto, também é uma forma de criação do direito e, como tal, deve ser percebida. Nesse sentido, é possível perceber que limitar o seu funcionamento à prévia e expressa autorização legal inviabilizaria a sua concepção.

A construção brasileira de um cenário de consensualidade da Administração Pública deve seguir, adequadamente à realidade nacional, os modelos estrangeiros bem sucedidos, a exemplo dos citados casos do direito italiano, espanhol e alemão. A utilização de *cláusulas gerais* permitindo a realização da transação, tal como nos referidos ordenamentos jurídicos estrangeiros, é fundamental para possibilitar o seu êxito:

a importância da pluralidade de fontes do direito (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 154).

³⁹ FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Poder regulamentar: aspectos controvertidos da função regulatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 202-244.

⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011, p. 261-262 assevera que “[...] No campo jurídico, o modo pelo qual se controla o conceito discricionário não é a relação *gênero/espécie* (utilizável para os conceitos indeterminados) mas a relação *meio/fim*: razoabilidade ou proporcionalidade da opção, em cada caso”.

⁴¹ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 194, formula uma releitura da *teoria das fontes* do Direito, segundo a perspectiva de uma nova Retórica, assim sintetizada: “(...) já que o direito é um fenômeno empírico, seu *conhecimento* precisa enfrentar as *incompatibilidades* [abismos gnosiológico e axiológico] entre os *atos juridicamente relevantes* [relato vencedor] (que são *individuais* e nunca se repetem), os *significantes normativos* (as *fontes do direito, substratos físicos da comunicação normativa*, pela *mídia de gestos, locuções, textos*, aqui distinguidos como a segunda acepção em que a expressão norma jurídica é utilizada [N₂]) e os *significados* que essas fontes buscam expressar [*imprimir na nomogênese x exprimir na nomoconcreção*] (as normas jurídicas na sua aqui denominada primeira acepção [N₁], reunindo todos os processos cognitivos, mentais, *ideais de criação [inventio]* e *atribuição* de significado genérico). O *resultado do tratamento* dessas *incompatibilidades* constitui a norma [condições de *decidibilidade* de Tércio Sampaio Ferraz Junior: ônus, presunções etc.] em sua terceira acepção [N₃], a *norma decisória, um comando particular sobre um fato jurídico relevante* também específico [NIC (N₂δN₁)], como que fechando o ciclo e buscando interferir na constituição da retórica material dentro do mundo real dos eventos (...) *significantes genéricos cristalizados* tentam impor os *significados vencedores*, tentam ontologizar o mundo, dizer o que vai ser [Teoria dos Memes] (...) é a *resposta do direito ao conflito* [intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida, que ele busca *decidir* com um mínimo de perturbação social possível, segundo a *Teoria da decisão jurídica* de Tércio Sampaio Ferraz Junior]”.

⁴² NEVES, Cleuler Barbosa das Neves. O fenômeno da *nomogênese*. In: _____. *O ato administrativo na tutela ambiental do solo rural: uma análise da erosão laminar e do uso do solo na Bacia do Ribeirão João Leite*. 2006. 327 f. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais) - Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação – PRPPG, Universidade Federal de Goiás, Goiânia. item 1.3, cap. 1, f. 45-51. _____. O fenômeno da eficácia social das normas [nomosocialização]. In: _____. _____. item 1.4, cap. 1, f. 51-62. _____. O fenômeno da nomoconcreção. In: _____. _____. item 1.5, cap. 1, f. 62-73.

[...] Para que a aplicação pura e simples da penalidade deixe de ocorrer, sendo substituída pela celebração de transação com o suposto infrator, é necessário, naturalmente, que exista prévia autorização normativa, inclusive para estipular os requisitos e o procedimento que culminará na solução consensual. Não se exige, porém, que esse ato normativo seja necessariamente uma lei, pois tais critérios e tal procedimento podem estar previstos em norma regulamentar, desde que exista previsão legislativa anterior ou eventual delegação expressa para a autoridade com competência regulamentar na matéria.⁴³

Dessarte, em que pese ser necessária a autorização legal visando viabilizar a atuação consensual dos agentes públicos, o estabelecimento de *cláusulas gerais* para negociação administrativa, dentro de certos limites, é salutar para uma resolução eficiente e eficaz dos conflitos em que figure. Deve-se buscar uma *Administração Pública concertada*, que resolva seus conflitos de maneira mais ágil e qualificada, com resultados mais adequados às circunstâncias socioeconômicas do país, imerso num cenário de globalização.

4 Concertação administrativa num contexto de dificuldades práticas

Para falar em consensualidade na Administração Pública, não se mostra suficiente tecer considerações acerca do seu delineamento jurídico. Defender a mudança cultural e filosófica na resolução de conflitos administrativos não é suficiente se, de outra banda, não forem enfrentados os instrumentos e as dificuldades para um funcionamento dessa ideia.

A concertação na gestão de interesses no seio administrativo remete a três possibilidades básicas (sem a intenção de ser exaustivo na matéria e abstraindo classificações doutrinárias): (i) a realização de acordo direto pelos agentes públicos e administrado;⁴⁴ (ii) a utilização de técnicas de autocomposição visando à realização daquele acordo, como a mediação e a conciliação; e, por fim, (iii) a utilização da arbitragem, que, apesar de ter caráter de heterocomposição decorrente do exercício de uma “jurisdição” privada,⁴⁵ só pode acontecer mediante consenso prévio (compromisso arbitral ou cláusula compromissória).

⁴³ SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos na supervisão do sistema financeiro: oportunidades de aprimoramento no processo administrativo sancionador do Banco Central do Brasil. *Revista da PGBC*, v. 4, n. 2, p. 99-137, dez. 2010, Brasília: BCB, 2010, p. 105.

⁴⁴ Aqui vale a delimitação de que se trata de acordo envolvendo a discussão de direito material acerca do assunto. O negócio jurídico visando à adequação meramente procedimental no âmbito administrativo, segundo entendemos, está hoje devidamente autorizado em cláusula geral por aplicação subsidiária do NCPC/15, conforme art. 15 c/c art. 190.

⁴⁵ Nesse ponto, é interessante destacar a existência de discussão doutrinária quanto à natureza jurídica da arbitragem, pois alguns autores entendem tratar-se de “jurisdição” privada, enquanto outros negam tal caracterização. Apenas a título de reflexão, é possível chegar a uma terceira via quando a arbitragem é exercida por órgãos da Administração Pública (por exemplo, através de órgãos da advocacia pública). Neste caso, essa heterocomposição pode ser compreendida como sendo pública, na medida em que é exercida através de autoridades públicas, em que pese através de outro órgão que não o Poder Judiciário.

A primeira possibilidade, do *acordo direto*, é a mais vantajosa, porém menos utilizada. O acordo direto entre agentes públicos e o particular administrado depende da edição de lei autorizativa (específica ou mediante cláusula geral), dado o vínculo à legalidade tradicional no direito brasileiro. Em alguns regimes jurídicos, encontramos autorização (principalmente em estatutos funcionais) para que os advogados públicos possam fazer acordos, porém normalmente limitados a pretensões financeiras de baixo valor e apenas em matéria de natureza não tributária.⁴⁶

A realização de acordos diretos entre o agente público e o particular é vantajosa na medida em que possibilita maior eficiência e menores custos aos cofres públicos, já que a movimentação da máquina estatal será menor.⁴⁷ Todavia, os seus entraves são evidentes, clamando por uma mudança cultural e mesmo o estabelecimento de instrumentos de controle que não retirem do agente a sua necessária autonomia e discricionariedade para transacionar, mas que também não permita abusos de direito.

No âmbito federal, interessante exemplo consta do art. 35 da Lei nº 13.140/2015. O referido dispositivo permite o que se denominou de “transação por adesão”, que é possível de ser utilizado quando houver controvérsia jurídica envolvendo a Administração Pública federal direta, suas autarquias ou fundações. Nada impede que os Estados e Municípios editem normas para admitir o mesmo instrumento nos seus respectivos âmbitos.

A referida transação por adesão é formalizada através de um termo, 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. Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria para cada caso.

Perceba-se que, nesse caso, não se trata de mediação e/ou conciliação. A transação por adesão é hipótese de acordo direto, na medida em que o interessado formula o requerimento perante o agente público competente e, cumprindo os requisitos, terá direito à subscrição do acordo, sem necessidade de intermediação de um terceiro (mediador, conciliador ou árbitro). Assim, nesses casos, há autorização prévia que permite a efetivação de um acordo direto

⁴⁶ No Estado de Goiás, há autorização para acordo em causas de até 60 (sessenta) salários-mínimos, conforme art. 38-A da Lei Complementar Estadual (LCE) nº 58, de 4 de julho de 2006, acrescido pela LCE nº 99, de 27 de dezembro de 2012. Acima desse limite e até mil salários mínimos, a competência passa ao Procurador-Geral do Estado, enquanto que, ultrapassando este último limite, a competência será do Governador, conforme art. 5º, inciso VI, a, e seu respectivo parágrafo único. Apesar da autorização legal, a frequência desses acordos é extremamente baixa, quase que inexistente.

⁴⁷ Além da autorização para acordos diretos, é importante também que haja instrumentos para redução da litigiosidade, como, por exemplo: (i) desistência ou renúncia de recursos que já tiveram julgamento em sede de repetitivos pelos tribunais; (ii) dispensa de ajuizamento de ações executivas de baixo valor; (iii) facilitação de medidas alternativas em processos com baixa probabilidade de êxito; (iv) dispensa de contestação em processos cuja procedência seja reconhecida administrativamente; entre outros.

entre o agente público e o particular interessado. Com a autorização, tenta-se dar maior segurança ao agente, objetivando alterar a cultura jurídica em prol da consensualidade.

Quanto à segunda possibilidade, que é a *mediação* ou a *conciliação*, sua importância mostra-se tão relevante quanto a do acordo direto. A diferença com o acordo direto está na intermediação de uma terceira pessoa (mediador ou conciliador). Essa prática sempre foi usual no âmbito das relações privadas, vindo a ser trabalhada para a Administração Pública, no âmbito nacional, apenas há pouco tempo.

O NCPC/2015, em seu art. 174, prevê expressamente a criação de Câmaras de Mediação e Conciliação no âmbito da Administração Pública. Da mesma forma, foi editada a Lei nº 13.140/2015, regulando a mediação de controvérsias e a autocomposição de conflitos administrativos. Assim, esses instrumentos passaram a ser admitidos no âmbito administrativo, muito embora ainda se mantenha a delimitação apenas para os chamados “direitos disponíveis”, excluindo-se de seu campo os direitos indisponíveis (Lei nº 13.140/2015, art. 3º).

Interessante observar que a Lei nº 13.140/2015, diferentemente das demais, prevê algo de contraditório. Dispõe o §2º do seu art. 3º que: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. Logo, o dispositivo quer induzir que existem direitos que são indisponíveis, mas passíveis de transação. Trata-se de um contrassenso: afirma-se que os direitos indisponíveis não podem ser objeto de transação para, logo em seguida, afirmar ser possível o acordo, desde que intervenha o Ministério Público e mediante homologação judicial. Para os que admitem a divisão entre direito disponível e indisponível, ou se admite ou se proíbe a composição de acordo com o enquadramento em cada uma das duas situações.

Transigir pressupõe concessões recíprocas e, portanto, disposição sobre uma posição jurídica. Se o direito admite transação, mesmo que a legislação a submeta à homologação jurisdicional, com prévia oitiva do Ministério Público, esse direito nada mais pode ser do que um direito disponível. Mantém-se, portanto, a posição acima defendida de que não há parâmetro lógico-jurídico viável para distinguir direitos disponíveis e indisponíveis, compondo apenas um contexto argumentativo dos juristas sem delimitação visível.

O que existe é a imperatividade da lei para que haja participação do Judiciário ou do Ministério Público em determinadas matérias (*v.g.* incapazes, meio ambiente etc.). Para os casos em que não há previsão de intervenção dos referidos órgãos, não há motivo para se restringir a possibilidade de autocomposição dos conflitos quando a legislação não o veda.

Difícil, por outro lado, é diferenciar os conceitos de mediação e de conciliação.

O conceito de *mediação* vem expresso no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015, ao prever que se trata de: “Atividade técnica exercida por *terceiro*

imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia". E o de *mediador* encontra-se no NCPC: "Art. 165 [...] §3º O *mediador*, que atuará preferencialmente nos casos em que *houver vínculo anterior* entre as partes, *auxiliará* aos interessados a *compreender as questões* e os *interesses em conflito*, de modo que eles possam, pelo *restabelecimento da comunicação, identificar*, por si próprios, *soluções consensuais* que gerem benefícios mútuos".

Não há previsão legal expressa do conceito de *conciliação*, conquanto o de *conciliador* também se encontre no NCPC: "Art. 165 [...] §2º O *conciliador*, que atuará preferencialmente nos casos em que *não houver vínculo anterior* entre as partes, poderá *sugerir soluções* para o *litígio*, sendo *vedada* a utilização de qualquer tipo de *constrangimento* ou *intimidação* para que as partes conciliem".

Pela interpretação das disposições do NCPC, chega-se à conclusão de que a diferença basilar entre os dois institutos é justamente a existência ou não de algum vínculo anterior entre as partes. Enquanto que a mediação serve à solução de conflitos em que não há um vínculo (*v.g.* vínculo contratual) entre as partes, a conciliação serve para hipóteses em que, antes do procedimento conciliatório, haveria um prévio vínculo jurídico negocial.

Tanto em um como em outro, trata-se de um instrumento para fomentar a *autocomposição* e, com isso, solucionar a controvérsia de maneira mais ágil, *sem necessidade* de *decisão* por um terceiro imparcial. Um mediador ou conciliador apenas atua na aproximação das partes. Trata-se de um procedimento vantajoso para viabilizar a consensualidade no âmbito administrativo em prol de uma administração eficiente.

Do ponto de vista da conciliação ou da mediação nos conflitos administrativos, também há algumas dificuldades práticas a se enfrentar.

A primeira delas diz respeito a quem pode atuar como conciliador/mediador. Como as Câmaras de Conciliação e Mediação são instituídas no âmbito da Administração Pública, ter-se-ia a dúvida sobre a imparcialidade na interlocução desse terceiro. Por exemplo, poderia um advogado público atuar na qualidade de mediador em um conflito entre um particular e o Estado?

A questão resolve-se a partir da estruturação estatal. Devem ser designados agentes públicos para atuarem nessas Câmaras que não sejam ou tenham sido representantes judiciais ou extrajudiciais do Estado no mesmo litígio. Se houver a designação de um advogado público para atuar na Câmara, alguns requisitos devem ser cumpridos, como a exigência de não ter atuado previamente nos conflitos submetidos à câmara, o afastamento provisório de suas funções de representação e, por fim, o estabelecimento de um período de incompatibilidade para representação nos processos em que atuou, isto é, um período de "quarentena".

Imparcialidade é uma componente que deve ser garantida pelo Estado, através dos referidos requisitos, para que a Câmara detenha credibilidade. É que a submissão de conflitos ao referido órgão só se dá mediante consenso

entre as partes. Ninguém é obrigado a permanecer em procedimento de mediação/conciliação (Lei nº 13.140/2015, art. 2º, §2º). Dessa forma, o êxito do instrumento referido depende em muito da estruturação dos órgãos administrativos mediadores/conciliadores.

Além disso, evidente que os integrantes das Câmaras de Conciliação, de Mediação e mesmo de Arbitragem não podem ser impedidos, nem suspeitos, segundo as regras preconizadas nos dispositivos dos arts. 144 e 145, NCPC,⁴⁸ que se estendem aos sujeitos auxiliares da justiça e aos demais sujeitos imparciais do processo (art. 148, NCPC).

Outra reflexão também parece relevante: podem ser submetidos conflitos exclusivamente privados às Câmaras de Conciliação e Mediação instituídas no âmbito do Poder Executivo?

Tal questionamento é feito pelo fato de que o art. 174, *caput*, do NCPC/2015 prevê que a Câmara terá atribuições “relacionadas à *solução consensual* de conflitos *no âmbito administrativo*”. Não há menção à solução pela Administração Pública de conflitos exclusivamente entre particulares. Entretanto, não

⁴⁸ Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções *no processo*:

I - em que *interveio como mandatário da parte*, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que *conheceu* em outro grau de jurisdição, tendo *proferido decisão*;

III - quando *nele estiver postulando*, como *defensor público, advogado* ou membro do Ministério Público, *seu cônjuge ou companheiro*, ou qualquer *parente*, consanguíneo ou afim, em *linha reta* ou *colateral*, até o *terceiro grau*, inclusive;

IV - quando *for parte no processo* ele *próprio, seu cônjuge ou companheiro*, ou *parente*, consanguíneo ou afim, em *linha reta* ou *colateral*, até o *terceiro grau*, inclusive;

V - quando *for sócio* ou *membro de direção* ou de administração de *pessoa jurídica parte* no processo;

VI - quando *for herdeiro presuntivo, donatário* ou *empregador* de qualquer das *partes*;

VII - em que figure como *parte instituição de ensino* com a qual tenha *relação de emprego* ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como *parte cliente do escritório de advocacia* de *seu cônjuge, companheiro* ou *parente*, consanguíneo ou afim, em *linha reta* ou *colateral*, até o *terceiro grau*, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando *promover ação contra a parte* ou *seu advogado*.

§1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

Art. 145. Há *suspeição* do juiz:

I - *amigo íntimo* ou *inimigo* de qualquer das *partes* ou de *seus advogados*;

II - que *receber presentes* de pessoas que tiverem *interesse na causa* antes ou depois de iniciado o processo, que *aconselhar alguma das partes* acerca do objeto da causa ou que *subministrar meios* para atender às *despesas do litígio*;

III - quando qualquer das *partes for sua credora ou devedora*, de *seu cônjuge ou companheiro* ou de *parentes destes*, em *linha reta* até o *terceiro grau*, inclusive;

IV - *interessado no julgamento do processo* em favor de qualquer das partes.

§1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por *motivo de foro íntimo*, sem necessidade de declarar suas razões.

§2º Será *ilegítima a alegação de suspeição* quando:

I - houver sido *provocada por quem a alega*;

II - a parte que a alega houver *praticado ato que signifique manifesta aceitação* do *arguido*.

se vislumbram óbices a que a legislação federal, estadual ou municipal assim o preveja.⁴⁹

É que a instituição de câmaras com esse intento é amplamente admitida no âmbito do Poder Judiciário. Logo, por que não admitir a ampliação de competência das câmaras administrativas para solucionar conflitos privados, viabilizando, com isso, o desafogamento da movimentação judiciária? Enfim, trata-se de uma questão que merece aprofundamento e maiores reflexões, incompatíveis com o limite cognitivo do presente estudo.

Por fim, um último questionamento de ordem prática sobressai: como compatibilizar a regra de confidencialidade da mediação (Lei nº 13.140/2015, art. 2º, VII, 30 e 31) e da conciliação (art. 166, NCPC) com o princípio da publicidade (CF/1988, art. 37, *caput*) aplicável à Administração Pública? Diferentemente da Lei de Arbitragem, a Lei de Mediação não previu expressamente solução para a *colisão* entre os *princípios da confidencialidade* (art. 22-C, parágrafo único, Lei nº 9.307/1996) e *da publicidade* (art. 37, *caput*, CF/1988; art. 2º, §3º, Lei nº 9.307/1996) para os casos que envolvam a Administração Pública como parte, o que deve ser solucionado *caso a caso* nos termos do art. 489, §2º, NCPC, ou seja, segundo a *lei de colisão* preconizada por Robert Alexy,⁵⁰ apontando-se o conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas em razão das quais um dos princípios em colisão terá precedência sobre o outro, que, mesmo assim, deverá ser realizado na maior medida possível, com a necessária escolha dos meios adequados menos gravosos para o princípio circunstanciadamente subordinado e, a um só tempo, que promova uma eficiente realização do princípio precedente.⁵¹

Passa-se, então, à terceira possibilidade, que é a utilização da *arbitragem* como meio alternativo de solução de conflitos, agora de forma *heterônoma*, através da *decisão judicial* de um árbitro, porém com poder decisório vinculante para as partes que o elegerem.

Arbitragem é instituto jurídico há muito concebido no Direito, especialmente nas relações entre entes privados ou mesmo entre entes públicos nas suas relações internacionais, em substituição ao meio diplomático. No próprio direito interno, a arbitragem também não é desconhecida, sendo comum a sua previsão em atos normativos ou consensuais, especialmente no campo do direito empresarial. Na atualidade, porém, a arbitragem destaca-se pela necessidade

⁴⁹ A justificativa para atuação da Câmara em relações jurídicas privadas encontra fundamento, inclusive, na própria Constituição, já que o art. 5º, XXXII, da Constituição Brasileira de 1988 prevê que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O dever do Estado de atuar na solução de litígios não se resume à atuação jurisdicional. Ao Poder Judiciário, atribuiu-se o monopólio da atuação jurisdicional obrigatória, porém tal preceito não exclui a atuação extrajudicial de órgãos e entidades estatais na solução de conflitos. Para fins de custeio da atividade extrajudicial, pode-se prever o pagamento de custas e, inclusive, de honorários arbitrais.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público; 1). cap. 3, p. 93-99.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (Teoria e direito público, 7), p. 169-170, 170-174 e 174-178.

de encontrar formas de solução alternativas de conflitos ante os problemas estruturais da resolução tradicional empreendida pelo Poder Judiciário.⁵²

A legislação pátria foi admitindo a arbitragem no meio administrativo através de legislação esparsa, como, por exemplo, no âmbito das concessões de serviço público comum (Lei nº 8.987/1995, art. 23-A, acrescido pela Lei nº 11.196/2005) e especial (Lei nº 11.079/2004, art. 11, III). Por outro lado, a Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que não contemplava a Administração Pública em seu contexto, também foi alterada pela Lei nº 13.129/2015, que autorizou o seu uso “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, §1º, Lei nº 9.307/1996).

Inicialmente, vê-se que a legislação também incorreu no mesmo problema da Lei de Mediação, ao delimitar o uso da arbitragem às hipóteses de *direitos patrimoniais disponíveis*. Apesar da Lei de Mediação não utilizar o termo “patrimonial”, também se vale da diferenciação entre *direito disponível* e *direito indisponível*, o que, segundo se defende neste trabalho, não apresenta parâmetro que permita sua precisa distinção.

Essa disposição permite variados entendimentos acerca de sua delimitação ou alcance (vagueza). Há quem compreenda que a arbitragem não poderia incidir sobre cláusulas regulamentares de contratos administrativos que visem à prossecução do interesse público, enquanto que as demais ou mesmo as de natureza econômica poderiam ser objeto de arbitragem. Senão, veja-se:

[...] em se tratando de *cláusulas regulamentares*, estas só poderão ser submetidas à arbitragem se não versarem sobre a consecução do bem comum (interesse público primário), ou então se relativas a questões técnicas cuja alteração não cause prejuízo ao bem comum; com relação às cláusulas econômicas, por não haver relação direta com a prossecução do interesse público e face à imposição constitucional de manutenção da equação econômico-financeira do contrato nada obsta que eventual conflito entre Administração e particular tenha por objeto apenas questões financeiras seja levado à jurisdição arbitral.⁵³

Percebe-se que há certa uniformidade entre os autores administrativistas em admitir a arbitragem em matéria de discussão sobre equilíbrio econômico-financeiro contratual, por se tratar de uma cláusula econômica passível de disposição pelo Estado (ou seja, uma cláusula meramente patrimonial). Uma delimitação restrita a essa hipótese reduz em muito a atividade consensual no

⁵² Apontam-se, entre outros motivos para o êxito da arbitragem: “O grande desenvolvimento do comércio e intercâmbio internacionais, a crescente interpenetração das ordens jurídicas, a interação dos povos, a atuação das empresas privadas no exterior, a intervenção do Estado na ordem econômica, surgindo a figura do Estado-empresário, ou do Estado como entidade organizadora e propulsora do desenvolvimento econômico de seu povo” (PEREIRA, Luiz Henrique de Castro. A arbitragem e sua utilização pela Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, jan. 2013, p. 52).

⁵³ REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos Administrativos e aplicabilidade de Lei de Arbitragem. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, ago./out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDISON-EDUARDO-BORGO.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

âmbito da Administração Pública e não pode ser assim entendida. A discussão acerca do referido equilíbrio em contratos administrativos deve ser compreendida como apenas uma hipótese exemplificativa.

A modalidade consensual deve ingressar por outros campos, como, por exemplo, no campo do direito sancionador, substituindo penalidades por meios mais efetivos de atingir a finalidade da norma. Admite-se, inclusive, no direito ambiental o uso de instrumentos alternativos, como o Termo de Compromisso Ambiental (TCA – Resolução nº 458, de 16 de julho de 2013 do CONAMA). Na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985, art. 5º, §6º), que tem por finalidade, em regra, discutir os chamados direitos “indisponíveis”, também se prevê a possibilidade de ajustamento de conduta dos envolvidos. A mesma coisa se repete no âmbito do NCPC/2015, em seu art. 174, inciso III.

Assim sendo, por que também não admitir a utilização da arbitragem? Não há parâmetros jurídicos para a distinção.

Um problema prático relevante no uso da arbitragem pela Administração diz respeito à escolha dos árbitros. As partes devem elegê-los, só devendo o juiz interferir na definição quando a cláusula compromissória nada disser a respeito do assunto (Lei nº 9.307/1996, art. 7º, §4º). A Lei de Arbitragem nada diz a respeito especificamente da escolha quando a Administração Pública é parte, porém seria possível indagar se o Estado pode instituir Câmaras Arbitrais e, com isso, estabelecer como árbitros pessoas integrantes da sua organização administrativa.

Os árbitros designados podem se constituir exclusivamente de *peessoas* integrantes da estrutura administrativas (*v.g.* advogados públicos que não se mostrem nem impedidos, nem suspeitos para atuarem na Câmara), porém desde que tal situação seja aceita pelo particular. Afinal, o procedimento arbitral é facultativo e consensual.

Quanto à exigência de imparcialidade do árbitro, posiciona-se novamente pela necessidade de que eventuais agentes públicos indicados executem a função com exclusividade naquele processo, não tenham representado as partes envolvidas e submetam-se, como regra, a um período de “quarenta” após sua atuação arbitral. Tudo isso com a finalidade de garantir a higidez do procedimento arbitral e angariar a confiança das partes.

Apesar de constituir-se como heterocomposição, a arbitragem depende da consensualidade das partes em se submeter a esse procedimento específico. Por esse motivo, entende-se que se enquadra também no contexto de Administração Pública consensual. No entanto, há um escalonamento no uso dos instrumentos, sendo que a conciliação e a mediação devem ser preferenciais à arbitragem. A decisão de não usar quaisquer desses procedimentos deve ser motivada, pois um litígio judicial deve ser considerado como última opção.

Outro problema merece reflexão no contexto de dificuldades práticas: o controle da atuação consensual da Administração Pública. É fato que a

consensualidade depende da vontade de duas partes: um particular interessado e um agente público competente para firmação de acordo.

Nesse sentido, o estabelecimento de molduras jurídicas apropriadas de controle de tais atos é imprescindível para que não haja inibição à atuação consensual. De um lado, um controle indeliberado dos acordos administrativos gera confronto à segurança jurídica e inibe a atuação do agente público competente, que ficará receoso de adotar providências consensuais. De outro lado, a atuação administrativa não pode ser concebida de maneira livre e ausente de responsabilidade, especialmente porque há necessidade de evitarem-se abusos e desvios de poder.

Primeiramente, é preciso destacar que a atuação consensual parte de uma autorização legal: a lei confere competência a um agente público para tomar uma *decisão* mais apropriada possível à resolução do conflito, através de concessões mútuas. Trata-se, portanto, de uma decisão discricionária que, no seu mérito, não pode ser substituída por órgãos de controle, quando adotada dentro do campo de faculdade deferido legalmente.

No direito brasileiro, foi Seabra Fagundes que, a partir da doutrina italiana, inseriu o conceito de discricionariedade administrativa, aduzindo que o mérito da decisão discricionária se encontra no sentido político do ato administrativo e, portanto, não pode ser objeto de controle no que concerne aos aspectos de conveniência e oportunidade:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.

Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo.

Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles *interesses* e não *direitos*. Ao Judiciário não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele.⁵⁴

Sabe-se que a atuação dos agentes públicos submete-se a múltiplos controles, exercidos por entes diversos, tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público, órgãos de controle interno, Tribunais de Contas (TCU, TCEs e TCMs) e assim por diante. Defender que os atos consensuais se enquadram no conceito de discricionariedade e, portanto, não se submetem ao controle dos referidos órgãos no seu mérito não significa dizer que não há controle sobre eles.

⁵⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 149-150.

O controle de legalidade continua a existir, inclusive no que concerne à *proporcionalidade e razoabilidade da escolha pública*. A arbitrariedade não é meio legítimo de atuação administrativa, sendo certo que a atuação discricionária deve resumir-se ao limite facultativo deferido pela lei. Assim, o que não pode ocorrer é a substituição do mérito da decisão do agente ou mesmo a responsabilização dele por simples discordância das autoridades de controle.

Veja-se que, ao se permitir que o acordo seja submetido a controles amplos após sua firmação por órgãos internos e externos à Administração Pública, a própria atuação consensual perderá credibilidade. Um negócio jurídico administrativo deve ser garantido em sua integralidade quando executado sem violação à legalidade, até mesmo para que se possa assegurar a segurança jurídica das relações travadas.

A realização do negócio jurídico faz parte do mérito administrativo e, portanto, em sua decisão substancial, não pode ser objeto de controle e substituição. Por outro lado, em havendo comprovação de ilegalidade (ao, por exemplo, realizar acordos além dos limites definidos na lei), poderá, nessas hipóteses, intervir os órgãos de controle.

O agente público, neste mesmo sentido, também deve ter sua reponsabilidade pela realização dos acordos prevista para casos excepcionais. A mera discordância dos órgãos de controle não pode resultar em responsabilidade civil, administrativa ou criminal do agente público, sob pena de inviabilizar-se a realização dos acordos. É nesse sentido que se defende que a responsabilidade na atuação consensual deve se restringir às hipóteses de dolo ou fraude pelo agente público.⁵⁵

5 Conclusão

A consensualidade é um fator inevitável para uma Administração Pública num contexto econômico e social da atualidade, em que há necessidade de gestão qualificada de conflitos. A decisão administrativa imperativa, de cunho meramente impositivo, perde lugar em uma era de crises (econômica, política, fiscal, social etc.), sendo necessário adotar posturas de atuação que se pautem na concordância do interessado.

O ordenamento jurídico e a própria cultura brasileira ainda não se amoldaram completamente a essa realidade. Um amadurecimento, seja com a modificação das estruturas jurídicas legais, seja com o estabelecimento de

⁵⁵ No caso específico de acordos realizados pela Advocacia Pública, entende-se que não há campo adicional para responsabilidade de tais agentes. Isso porque o NCPC/2015 tratou da matéria de forma expressa em seu art. 184, ao dispor que: "O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções". Apesar de não haver previsão expressa no dispositivo quanto à responsabilidade administrativa, entender pela possibilidade de responsabilização em casos também de culpa seria infringir a autonomia técnica do advogado público, motivo porque se entende que deveria o dispositivo ser aplicado de maneira *análoga* também para fins administrativos caso não haja previsão no estatuto funcional quanto à matéria em sentido diverso.

doutrinas e teorias de base, faz-se necessário para que a atuação concertada deixe de ser uma figura excepcional e passe a tornar-se uma opção concreta para a resolução de conflitos administrativos.

O Estado brasileiro, como um dos maiores integrantes quantitativamente de litígios judiciais e extrajudiciais, deve buscar reduzi-los e solucioná-los com eficiência e eficácia, ao invés de adotar posturas criadoras de maiores disputas jurídicas. Nesse cenário, a consensualidade pode ser vista como um dos instrumentos para atingir tal escopo.

As atividades de uma Administração Pública consensual deverão ser desenvolvidas sob a égide dos princípios da *imparcialidade* do mediador, do conciliador ou do árbitro, assim compreendidas aquelas pessoas físicas que não se mostrem nem impedidas para atuar naquele processo, nem suspeitas em relação às partes envolvidas, da *isonomia* entre as partes, da *oralidade*, da *informalidade*, da *livre autonomia privada* dos interessados, da *busca do consenso*, da *boa-fé*, da *decisão informada na mediação* e da *garantia do contraditório na arbitragem*.

Assim, um Procurador do Estado que atuar em processo administrativo e/ou judicial em defesa dos interesses do Estado e em contraposição aos interesses da outra parte ficará impedido de atuar como conciliador, mediador ou árbitro nos respectivos processos.

E os Procuradores do Estado que funcionarem como conciliador, mediador e/ou árbitro devem permanecer impedidos, por um prazo determinado, contado do seu último ato administrativo consensual, de assessorar, orientar, representar ou patrocinar o respectivo Estado em face de partes que se submeteram à atuação da Câmara de Conciliação, de Mediação e de Arbitragem que eles integraram.

Somente os Advogados da União e os Procuradores dos Estados e do DF (além das procuradorias municipais onde houver) poderão avaliar, com exclusividade, a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, já que representam judicial e extrajudicialmente os interesses do ente estatal.

Compreendem-se no conceito aberto de direitos disponíveis no âmbito da administração pública, exemplificativamente, a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes e o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos celebrados pela administração com particulares. Todavia, como manifestado ao longo do artigo, entende-se que os negócios jurídicos administrativos não devem ficar limitados à noção de direitos “disponíveis” em contraponto aos “indisponíveis”, tendo em vista a ausência de critérios pragmáticos para permitir delimitar as hipóteses transacionáveis.

Os mediadores e conciliadores devem respeitar os padrões éticos de *confidencialidade* na mediação e conciliação na Administração Pública, que se estende a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa

deliberação das partes, não se levando aos magistrados dos seus respectivos feitos o conteúdo das sessões, com exceção dos termos de acordo, adesão, desistência e solicitação de encaminhamentos, sendo admitida a confidencialidade ampla, por cláusula expressa, na arbitragem na Administração Pública dos conflitos que não alcancem pessoas jurídicas de direito público, observados, caso a caso, uma ponderação fundamentada que solucione a colisão entre os princípios da confidencialidade e da publicidade, segundo as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito mesmo quando alcancem pessoas jurídicas de direito público.

Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, §3º, da Lei nº 9.307/1996, observado o disposto na Lei nº 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro e por decisão fundamentada que solucione a mesma colisão de princípios apontada no parágrafo anterior.

Essa imensa diversidade de questões dogmáticas que se pode levantar diante das possibilidades de conciliação, de mediação e mesmo de arbitragem na Administração Pública é um assunto que mal se começa descortinar e que não pode prescindir de uma pesquisa aprofundada conciliadora de seus aspectos teóricos e práticos em prol do paradigma de uma Administração Pública consensual em que os princípios da legalidade e da eficiência se submetam a uma tensão e um balanceamento que se resolva, caso a caso, pela preponderância ora de um, ora de outro, mas de modo a possibilitar a aplicação de ambos na maior medida possível, numa ideia que pode ser traduzida como prevalência da juridicidade.

Balances of consensual Public Administration: legality versus efficiency

Abstract: This article aims to study the concept of consensual Public Administration and its compatibility in relation to the Brazilian legal system, especially facing the arguments for and against their conception. It is known that deficiencies, or even bankruptcy, of traditional means of conflict resolution require the construction of alternatives compatible with the complexity of social and economic relations in a globalized context. For this reason, the Public Administration, which integrates the pole (active or passive) of most of the cases pending before the Judiciary should take a proactive role in the search for alternative solution to reduce bureaucracy in resolving disputes. The consensuality, for this bias, is assuming an important role in the face of the concept of managerial public administration and a constitution of the principle of efficiency, but still find barriers in the traditional structures of administrative law, especially in a land where the legality historically assumes a role rigidity. The balances then goes down on the duality between legality and efficiency, which can be translated into juridicity ideia, in permanent tension.

Keywords: Administrative law. Consensuality. Consensual Public Administration. Legality. Efficiency.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (teoria e direito público, 1).
- AMARAL, Diogo Freitas de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2015.
- ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. 2. ed. rev. ampl. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *El cálculo del consenso: escritos escogidos*. Madrid: LinkAranzadi, 2014.
- DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA FILHO, Márcilio da Silva. *Poder regulamentar: aspectos controvertidos da função regulatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. v. 1. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: RT, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NEVES, Cleuler Barbosa das Neves. O fenômeno da nomogênese. In: NEVES, Cleuler Barbosa das Neves. *O ato administrativo na tutela ambiental do solo rural: uma análise da erosão laminar e do uso do solo na Bacia do Ribeirão João Leite*. 2006. 327 f. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais) - Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação – PRPPG, Universidade Federal de Goiás, Goiânia. item 1.3, cap. 1, f. 45-51.

_____. O fenômeno da eficácia social das nomas [nomosocialização]. In: _____. _____. item 1.4, cap. 1, f. 51-62.

_____. O fenômeno da nomoconcreção. In: _____. _____. item 1.5, cap. 1, f. 62-73.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direito Administrativo contemporâneo: temas fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

PALONI, Nelson Alexandre. A utilização da arbitragem por instituições financeiras públicas. *Revista do BNDES*, v. 13, n. 26, p. 237-260, Rio de Janeiro, dez. 2006.

PEREIRA, Luiz Henrique de Castro. A arbitragem e sua utilização pela Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, jan. 2013.

REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos Administrativos e aplicabilidade de Lei de Arbitragem. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, ago./out., 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDISON-EDUARDO-BORGO.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Almedina, 1981.

ROS, Luciano da. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *The Observatory of Social and Political Elites of Brazil*. Universidade Federal do Paraná (UFPR), v. 2, n. 9, jul. 2015. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (teoria e direito público, 7).

SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos na supervisão do sistema financeiro: oportunidades de aprimoramento no processo administrativo sancionador do Banco Central do Brasil. *Revista da PGBC*, v. 4, n. 2, p. 99-137, dez. 2010, Brasília: BCB, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017.

Recebido em: 31.10.2016.
Aprovado em: 03.03.2017.