



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTÔNIO CÉZAR DA SILVA LEITE

A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Uma
alternativa para a prestação jurisdicional mais célere

Salvador
2019

ANTÔNIO CÉZAR DA SILVA LEITE

A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Uma alternativa para a prestação jurisdicional mais célere

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
Orientador: Prof. Dr. Durval Carneiro Neto.

**Salvador
2019**

ANTONIO CÉZAR DA SILVA LEITE

A consensualidade na administração pública: Uma alternativa para a prestação jurisdicional mais célere

Monografia apresentada para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Aprovada em: 11 de dezembro de 2019.

Banca Examinadora:

Examinador 1 (Orientador): Prof. Durval Carneiro Neto

Examinador 2: Prof. André Luiz Batista Neves

Examinador 3: Prof. Felipe Jaques Silva

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pela minha vida, pelas oportunidades de crescimento intelectual e moral que tem me proporcionado pela saúde e pela vontade de querer aprender sempre mais e mais.

Agradeço a toda a minha família, em especial a minha digníssima esposa, SANDRA, e aos meus queridos filhos MARIANA e PEDRO, pela paciência, compreensão e carinho ao longo curso.

Agradeço com carinho aos queridos amigos que ombream comigo durante essa jornada, sem o apoio deles a conclusão do curso teria sido muito mais difícil.

Agradeço ao Prof. Durval Carneiro Neto, meu orientador. Com ele aprendi a gostar da disciplina Direito Administrativo e a entender que o bom professor é aquele que, além de estar preocupado em cumprir sua grade curricular, arranja um tempinho para nos inspirar, nos fazer acreditar que é possível sim chegar mais longe, com esforço e dedicação. Obrigado, Prof. Durval!

Por fim, agradeço a todos os demais professores e servidores da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FDUFBA) por terem contribuído para a concretização deste importante objetivo na minha vida.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto investigar a consensualidade na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. Através do estudo dos diversos tipos-ideais de métodos resolução consensual de conflitos, da análise de doutrina, de jurisprudência e de casos onde a aplicação dos métodos consensuais se mostrou frutífero, busca-se demonstrar a conveniência de um “dever de consensualidade” na administração pública.

Palavras chave: Consensualidade, Administração Pública, Conflitos.

ABSTRACT

This investigation aims to investigate the consensuality in the resolution of conflicts involving the Public Administration. Through the study of the various ideal types of consensual conflict resolution methods, the analysis of doctrine, jurisprudence and cases where the application of consensual methods has proved fruitful, we seek to demonstrate the desirability of a “consensual duty” in the administration. public

Keywords: Consensus, Public Administration, Conflict.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A CONSENSUALIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS	9
2.1 SISTEMA MULTIPORTAS E SUA APLICAÇÃO	12
2.2 MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	13
2.3 PRINCIPAIS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	15
2.3.1 Mediação.....	15
2.3.2 Conciliação	17
2.3.3 Arbitragem	21
2.3.4 Negociação	21
2.3.5 Termo de Ajuste de Conduta	26
3 A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	26
3.1 A AUTOCOMPOSIÇÃO E FAZENDA PÚBLICA	28
3.1.1 Mediação e a Administração Pública	28
3.1.2 Conciliação e a Administração Pública.....	30
3.1.3 A Arbitragem e a Administração Pública.....	31
3.1.4 Termo de Ajuste de Conduta (TCC).....	35
3.1.5 Negócios Jurídicos Processuais envolvendo a Administração Pública	38
3.1.6 Acordo de Leniência.....	41
3.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A OBRIGATORIEDADE DE AGIR DE FORMA CONSENSUAL.....	43
4 A A FORMAÇÃO DO BACHAREL EM DIREITO E A CONSENSUALIDADE.....	48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
6 BIBLIOGRAFIA.....	53

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema de jurisdição *una* (inglês) e não o sistema de *contencioso administrativo* (francês). No modelo adotado pela Constituição, cabe ao Poder Judiciário a atribuição de processar e julgar todos os conflitos, inclusive os de natureza administrativa, ainda que com determinados limites.

Em virtude do alto número de demandas apresentadas na justiça no nosso país, bem como da complexidade que elas envolvem, o Judiciário não tem conseguido responder a essas demandas em tempo razoável, o que tem feito aumentar a insatisfação da sociedade devido a morosidade nas respostas. De acordo com dados contidos no relatório “Os 100 maiores litigantes”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2011, os entes públicos lideram a lista dos maiores litigantes do país, contribuindo, portanto, de forma substancial para a morosidade na justiça brasileira. Contribui para essa realidade os seguintes fatores: o tamanho da sua estrutura (âmbito federal, estadual e municipal), uma crescente judicialização das políticas públicas, o aumento do diálogo entre a administração e administrados, rigidez do vínculo de sua atuação à legalidade e uma cultura de afastamento das soluções.

A situação não deve ter sofrido qualquer alteração desde então, pois o judiciário continua sofrendo com as consequências do congestionamento de processo. Por conta dessa situação, cresce de importância a necessidade de se compreender as possibilidades e limitações sobre uso dos meios consensuais como alternativa para a solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública.

Este trabalho tem como proposta fazer uma análise sobre os meios consensuais de resolução de conflitos no Brasil, com destaque para o emprego desses mecanismos nos conflitos em que seja parte a Administração Pública, com vistas a demonstrar a sua viabilidade como alternativa ao sistema judicial tradicional.

Em regra, quando os litígios envolvem os entes públicos a velocidade da prestação jurisdicional torna-se ainda mais delicada por conta dos mecanismos de controle previstos em lei, a exemplo do duplo grau de jurisdição, prazos processuais diferenciados e dilatados, o que contribuem de forma bastante significativa para a lentidão da solução, causando enorme dispêndios de recursos públicos e de tempo. Diante dessa realidade, a utilização dos meios consensuais pode resultar em benefícios para a Administração Pública e também para os particulares que com ela firmam contratos, pois as decisões para os conflitos podem ser mais céleres, sem

tantas formalidades, portanto, em conformidade com o preceito constitucional da duração razoável do processo.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos, os quais foram desenvolvidos com a utilização do método de revisão bibliográfica e do método dedutivo de abordagem. Para o processo de investigação foram utilizados livros, normas específicas sobre o tema e publicações disponíveis em meio eletrônico.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem sobre os meios consensuais de solução de conflitos no Brasil, apresentando-se os razões que levaram o Estado a dar mais importância às soluções consensuais, fazendo com que ao sistema de prestação jurisdicional de porta única (judiciário) fossem pouco a pouco incorporados os mecanismos consensuais. No segundo capítulo, o foco será a utilização dos meios consensuais de resolução de conflito envolvendo a Administração Pública. Vai-se explorar as possibilidades e limitações do uso desse mecanismo em razão do que impõe os princípios da indisponibilidade do interesse público, o regramento legal, os setores onde a utilização da consensualidade se mostra mais benéfica. No terceiro e último capítulo, pretende-se apresentar uma visão geral de como anda a formação atual dos bacharéis em Direito diante desse contexto de mudança de paradigma, onde privilegia-se os métodos consensuais de resolução de conflitos em detrimento da dialética.

2 A CONSENSUALIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A nossa sociedade a todo instante sofre influência dos avanços tecnológicos e das relações globalizadas. Essas relações são cada vez mais complexas e geram conflitos das mais variadas espécies, demandando do Estado o implemento de novos mecanismos de pacificação desses conflitos a fim de manter o equilíbrio social.

Diante desse cenário, cresce de importância o mecanismo da autocomposição dos conflitos, que para Didier (2016, p. 167) consiste na modalidade de pacificação social que se caracteriza pelo consentimento das pessoas cujos interesses se contrapõem, ocorrendo na prática o sacrifício de um interesse pessoal em prol de um interesse de terceiro, motivo pelo qual a doutrina a considera como maneira altruísta de solução dos litígios.

Essa modalidade é vista atualmente como alternativa ao processo jurisdicional, ainda que seja possível sua utilização dentro da ação proposta e tem como característica principal o fato de que o conflito será solucionado através do consenso entre as partes envolvidas, e forma harmoniosa (CALMOM, 2015, p. 47).

Ainda nas palavras de Calmon:

Sabe-se que a autocomposição é o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz. A busca do consenso é quase sempre o primeiro passo adotado por pessoas naturais e jurídicas, antes de partirem para a solução heterocompositiva, normalmente mais cara e complexa. O diálogo informal é intrínseco à natureza humana e continuará a existir de forma natural ou socialmente incentivada, ainda que o poder público tente exercer qualquer controle. A lei não tem poder de alterar a natureza humana nem logra êxito em interferir ilimitadamente nas relações sociais (CALMOM, 2015, p. 06).

Os métodos consensuais de solução de conflitos no Brasil passaram a ter um grande destaque a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu preâmbulo, dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Consiste na utilização de equivalentes jurisdicionais ao processo tradicional com o intuito de evitá-lo, pois, a sobrecarga de processos nos tribunais tem comprometido a sua atuação como pacificador social (BRITO, 2014),

Para Sampaio (2017), os métodos alternativos de resolução de conflitos são

[...] fruto de uma tendência liberal em todo o mundo, pois vários países, indistintamente e de modo muito peculiar, perceberam as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca aspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre as pessoas físicas e jurídicas, e conseqüentemente, dificuldades entre elas na gestão e na resolução de

conflitos de maneira rápida, eficaz e eficiente. Há que se notar que essa tendência liberal mantém estreita relação com a retirada cada vez maior do Estado dos assuntos de interesse dos particulares, situando-os no bojo do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só pode administrar, transformar e resolver seus próprios conflitos os conflitos (SAMPAIO, 2017, s/p).

O termo métodos alternativos é comumente usado para se referir às demais formas de resolução de controvérsias, que não a via judicial, e que podem ser utilizadas pelas partes na busca da harmonização das relações (NEVES, 2017).

Após a promulgação da CF/88, foram promulgadas algumas legislações fomentando a utilização dos mecanismos autocompositivos na solução de litígios, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 Set 1990), a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 Set 1996), os Juizados Especiais (Lei 9.099, de 26 Set 1999), dentre outras.

Dentre essas legislações, merece destaque a Lei nº 9.099, de 26 Set 1999, que criou os Juizados Especiais, cuja proposta inicial era oferecer aos jurisdicionados uma prestação mais ágil e com baixo custo, primando pelos princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Porém, como destaca Santos (2018, p. 359), “houve um aumento populacional e a facilidade de ingresso no Judiciário acabaram sobrecarregando ainda mais o sistema judiciário brasileiro, em razão da falta de conhecimento da população sobre os métodos autocompositivos”.

A Emenda Constitucional nº 45, aprovada em 2004, inseriu na CF/1988 O art.103-B, que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão encarregado de garantir o controle administrativo e processual, a transparência e o bom funcionamento do Judiciário. Ela promoveu algumas inovações importantes no Judiciário, dentre elas destacamos a inclusão da mediação no ordenamento jurídico, que estava esquecido e voltou a ser tratada pelo CNJ como alternativa para diminuir o acervo do Judiciário e torná-lo mais eficiente (SANTOS, 2018, p. 360).

No ano de 2007, durante o Fórum Nacional de Mediação (FONAME), que reuniu diversas entidades públicas e privadas voltadas para a defesa e promoção da mediação, surgiu a ideia de que as divergências sobre o tema poderiam ser dirimidas por meio de uma política pública que oferecesse um padrão nacional para o uso da conciliação e mediação no Brasil, dessa iniciativa surgiu a Resolução no 125 do CNJ, em novembro de 2010 (SANTOS, 2018, p. 360).

Essa Resolução, além de determinar que o Poder Judiciário deve oferecer aos jurisdicionados os serviços de conciliação e mediação, aponta ser indispensável a presença de profissionais capacitados para acompanhar os casos, além de indicar critérios mínimos para a formação desses (Código de Ética de Conciliadores e Mediadores), e definir a criação dos Centros de Solução de Conflitos e de Cidadania (Cejuscs) (SANTOS, 2018, p. 361).

Paralelamente às diretrizes traçadas pelo CNJ, a respeito da conciliação e da mediação, tramitava no Senado o Projeto de Lei nº 166/2010, que tratava da reforma do Código de Processo Civil o qual entrou em vigor em 16 de março de 2015. O novo CPC passou a prever a mediação e a conciliação como pilares da estrutura processual, impulsionando a autocomposição, sob o argumento de que esta é a forma mais rápida e eficiente para a solução dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 361).

O CPC de 2015 prevê a aplicabilidade da conciliação e da mediação em várias oportunidades e fases processuais, e inclusive pré-processuais, conferindo ao conciliador e ao mediador papel de destaque, colocando-os como auxiliares da justiça, conforme se verifica nº art. 149 do referido diploma legal.

Da mesma forma, o art. 165 impõe a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, visando criar o ambiente adequado para fomentar as mencionadas práticas, além de distinguir a atuação de mediadores e conciliadores. Nesse contexto, foram retomadas as discussões sobre a necessidade de uma legislação específica sobre a mediação culminando com a aprovação da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação) (SANTOS, 2018, p. 361).

2.1 SISTEMA MULTIPORTAS E SUA APLICAÇÃO

Conforme definição de Rodrigues Júnior (2006, p. 39-40), o sistema multiportas representa um “sistema judicial ampliado mediante a introdução de múltiplos programas para resolver as disputas, servindo-se de métodos alternativos que podem ser utilizados antes e durante a ação judicial”. Ou seja, ao invés de socorrer-se diretamente na via judicial, é possível escolher um dos mecanismos consensuais que seja mais adequado resolver cada conflito em particular.

A característica fundamental desse método está em se utilizar os meios de autocomposição (mediação, conciliação) de conflitos, porém não como meios

alternativos de solução de controvérsias, mas como verdadeiros “filtros”, ou seja, eles irão anteceder a judicialização dos conflitos. A partir dessa concepção, a proposição de uma ação antes de passar por uma tentativa de solução consensual será considerada prematura (VELAME, 2017).

Esse sistema surgiu nos Estado Unidos e consiste basicamente em se disponibilizar diferentes métodos (opções) para a resolução de conflitos (portas), permitindo que a escolha recaia sobre aquele que seja mais adequado e eficaz para a situação a ser enfrentada (ALMEIDA, 2013).

2.2 MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os métodos consensuais de resolução de conflitos consistem no emprego de métodos alternativos à via judicial para a solução de conflitos. Azevedo (2009) define conflito como sendo um processo, ou estado, em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”. Embora aparentemente indesejável, o conflito tem uma grande importância para a sociedade pois contribui para o aprimoramento das relações interpessoais e sociais.

Quando se analisa a crise no Judiciário brasileiro percebe-se que ela tem origem no excesso de processos nos tribunais em razão da característica de nossa sociedade que é ser conflituosa. Além disso, vários dessas ações são repetidas e provocam sobrecarga dos serviços judiciários, algo que poderia ser minimizado com a simples adoção de um política pública de tratamento adequado dos conflitos (WATANABE, 2011).

Define-se políticas públicas como iniciativas que podem ser desenvolvidas pelo Poder Público no sentido de garantir à sociedade determinados direitos conforme a área ou setor em que estão inseridas. Considerando que a área seja a jurídica, essas políticas seriam consolidadas por meio da adoção de novos mecanismos para solução de conflitos, capazes de atender às demandas da atualidade fortemente influenciadas pelas constantes mudanças verificadas na sociedade. Dessa forma, diante de um judiciário incapaz de cumprir o seu papel de pacificador social, o Estado precisa incorporar caminhos alternativos à via judicial (SANTOS & SANTOS, 2018)

Nesse sentido, a busca por formas consensuais de solução de conflitos, que envolvem a participação das partes, se torna fundamental na medida em que promoverá um sentimento de satisfação e contemplação das pessoas envolvidas na construção da solução, diferente do sentimento que resulta de uma intervenção estatal (SALES, 2009).

Diante de uma realidade onde o acesso à justiça está prejudica, a adoção de novas alternativas se torna fundamental a fim de garantir a pacificação dos conflitos. Para Rodrigues, “o acesso à justiça não se esgota com o acesso ao judiciário e nem ao próprio universo do direito. É necessário, portanto, ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais efetivos e seus problemas à solução desses”. Ou seja, não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, mais do que isso, é fundamental garantir o efetivo acesso a ela pois sem isso o exercício da cidadania estará comprometido.

Quando se fala em democratizar a justiça está se falando em fazer com que o cidadão participe de forma ativa na resolução de seus conflitos, buscando incentivá-lo a encontrar a solução bem como criando meios para que isso possa ocorrer (ZANFERDINI, 2012)

O acesso à justiça consiste num postulado básico para a materialização da cidadania. Assim, quando o Estado não consegue compor os conflitos, por conta da sua incapacidade estrutural e material, o exercício da cidadania pela população fica comprometido. Essa é uma situação que já ocorria no Brasil e que se agravou com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a qual inovou ao ofereceu ao cidadão uma vasta gama de direitos e garantias, no entanto, o Estado não foi capaz de tornar de promover ações concretas no sentido de garantir a proteção dos direitos materiais proclamados, a exemplo do acesso à justiça. (MARASCA, 2007).

Como visto acima, a utilização da consensualidade para a solução de controvérsias é fundamental para a nossa sociedade, especialmente quando já está comprovado que o Poder Judiciário não tem condições de prover as respostas para os conflitos em tempo razoável e a via alternativa tem o potencial de produzir resultados mais satisfatórios e legítimos na medida em que caberá às partes construir a solução para o litígio.

2.3 PRINCIPAIS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Dentre os principais métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil destacam-se a mediação, a conciliação, a arbitragem, a negociação e o termo de ajuste de condutas. Por meio desses métodos é possível solucionar os conflitos sem a necessidade de demandar a intervenção do Poder Judiciário, tornando-se assim uma opção mais vantajosa, célere e menos custosa.

2.3.1 Mediação

A mediação é também um método consensual de resolução de conflitos. Ele guarda algumas semelhanças com a conciliação, mas possui características específicas que os diferencia. Primeiramente, cabe apresentar o seu conceito, suas semelhanças e diferenças com o instituto da conciliação, expor suas características e seu objeto para, por fim, explicar os seus princípios norteadores, seu procedimento e o papel do mediador.

A mediação pode ser definida como uma forma de solução de conflitos voluntária e não adversarial na qual duas ou mais pessoas buscam uma solução consensual que preserve o relacionamento entre elas, através de uma terceira pessoa facilitadora – o mediador - que é neutro e imparcial e tem como objetivo facilitar o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Ressalta-se que, diferentemente do conciliador na conciliação, o mediador tem apenas o papel de mediar o acordo, não adotando uma postura mais ativa para se solucionar o conflito. Nas palavras de Neves (2017),

A mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é o suficiente para ser considerada espécie de forma consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição. Há ao menos três razões que indicam aconselhável distinguir essas duas espécies de solução consensual dos conflitos (NEVES, 2017, p. 64).

Tartuce defende que “o protagonismo dos próprios envolvidos na mediação, ao tomar suas decisões e ser responsável por seu próprio destino, tem fundamento numa concepção ampla de dignidade humana” (2015, p. 53).

Esse instituto foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei nº 13.140/2015 que no seu artigo 1º dispõe: "Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015).

Dentre as semelhanças entre os institutos da mediação e da conciliação merecem destaque a participação de um terceiro imparcial; a promoção da comunicação em bases produtivas; a não imposição de resultados; a busca de saídas satisfatórias para os envolvidos; e o exercício da autonomia privada na elaboração de saídas para os impasses (CINTRA et al, 2012).

No que tange às diferenças entre os institutos da conciliação e mediação, Sales estabelece que:

Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação, as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo. (SALES, 2003, p. 28).

A diferença fundamental reside, portanto, na atuação do mediador e do conciliador no que tange à formação da vontade das partes. Enquanto o mediador busca a elaboração de propostas pelos envolvidos sem realizar qualquer interferência, o conciliador contribui para a formulação das propostas, ao sugerir, interferir e aconselhar o conteúdo do acordo.

Fernanda Tartuce diferencia os institutos, ainda, quanto às formas de realização ao afirmar que a mediação geralmente conta com diversas sessões em que o mediador trava contato com os envolvidos e, por meio de perguntas apropriadas, contribui para o alívio das resistências dos contendores, de modo que estes protagonizem saídas consensuais para o impasse. E a conciliação, diferentemente, costuma ser verificada em uma ou duas sessões em que o conciliador insta as partes a se comporem e efetivarem um acordo (TARTUCE, 2015. p. 53).

A busca pelo consenso é um dos pilares dos métodos consensuais de resolução de conflitos e deve ser valorizada através do exercício da liberdade e igual oportunidade entre as partes, de modo que todo diálogo e qualquer decisão sejam

construídos consensualmente pelos conflitantes, de modo autocompositivo. (ENAM, 2016, p. 53)

Por sua vez, a confidencialidade entre as partes e o mediador confere segurança as informações obtidas durante o procedimento e proporciona um clima de confiança e respeito, fundamental para o desenvolvimento de um diálogo franco e sincero que enseje no sucesso das negociações, conforme destaca Sales (2003, p.52)

Conclui-se, portanto, que a mediação, bem como a conciliação, constituem meios consensuais já positivados no ordenamento jurídico brasileiro. Cabe ao poder público, nesse sentido, estimular cada vez mais o seu uso no âmbito das relações de conflito que vem aumentando consideravelmente na sociedade brasileira e carretando, conseqüentemente, uma crise no acesso à justiça e na própria legitimidade de todo o Poder Judiciário.

2.3.2 Conciliação

A conciliação pode ser definida como ato ou efeito de pôr em acordo litigantes ou de harmonizar pessoas discordantes. Trata-se de um meio de resolução autocompositivo, no qual prevalece a vontade das partes (FERNANDES, 2015).

Pode ser definida, também, como um processo consensual que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes através de um ato espontâneo, voluntário e de comum acordo entre as partes. É um meio consensual de resolução de conflitos caracterizado pela presença de um terceiro imparcial - o conciliador - que tem a função de sugerir propostas que auxiliem as partes na busca pelo consenso, a fim de obter a composição do conflito através de uma solução satisfatória para ambas.

Apresenta-se, nesse sentido, como uma técnica não adversarial adequada para a resolução consensual de conflitos objetivos, nos quais as partes não se conhecem anteriormente e o único vínculo existente entre elas é a necessidade de reparação dos danos causados (DEMARCHI, 2013).

Juliana Demarchi destaca que as soluções buscadas na conciliação voltam-se diretamente para o problema, pois o conflito não necessita ser aprofundado, tendo em

vista que inexiste uma relação contínua que envolva as partes. Isto posto, ela constata a diferença entre a conciliação e a mediação:

Daí se depreende que o método da conciliação é de menor complexidade e mais rápido que o da mediação, pois, em conflitos com aspectos subjetivos preponderantes, nos quais há uma inter-relação entre os envolvidos, tais como os conflitos que envolvem questões familiares, mostra-se mais adequado o emprego da mediação, que exige melhor preparo do profissional de solução de conflitos, mais tempo e maior dedicação, vez que é preciso esclarecer primeiramente a estrutura da relação existente entre as partes (como as partes se conheceram, como foi/é seu relacionamento), bem como a estrutura do conflito, para, depois, tratar das questões objetivas em discussão (valor da pensão alimentícia, regime de visitas etc.). Observe-se, contudo, que não há uma regra absoluta que recomende a conciliação para conflitos objetivos e a mediação para conflitos subjetivos; há espaço para temperamentos e utilização conjunta de técnicas de ambos os procedimentos. O profissional de solução de conflitos deve ser capacitado para identificar interesses e estimular a criação de opções para um acordo viável (conciliação), utilizando-se de técnicas de investigação e reflexão sobre os aspectos subjetivos do caso juntamente com as partes, se necessário (mediação) (DEMARCHI, 2013. p.55).

A conciliação é, portanto, um meio de resolução extremamente eficaz em conflitos novos e objetivos, que não envolvam relacionamentos com laços afetivos, embora constata-se sua crescente utilização em conflitos das mais diversas naturezas.

Destaca-se, também, que o seu procedimento é simples e soluciona tudo em um único ato. Não se trata de um meio custoso, pois não há a necessidade de produção de provas e as partes evitam gastos com documentos e deslocamentos aos fóruns. Além disso, demonstra-se eficaz na pacificação social, pois as próprias partes atuam, conjuntamente, na solução do conflito, sem a imposição de um terceiro (juiz ou árbitro).

É possível a conciliação tanto na esfera endoprocessual, durante o curso do processo, quanto na extraprocessual, antes de instaurada a ação. Ambas almejam o mesmo objetivo, a resolução do conflito através do consenso entre as partes. Ressalta-se, contudo, que na esfera penal não existe previsão de conciliação pré-processual.

A conciliação se constitui por uma série de atos procedimentais, nos quais se revela fundamental a postura do conciliador no sentido de facilitar a negociação, ao estimular o diálogo entre as partes e fazer apontamentos e sugestões para satisfação de suas necessidades e interesses, a fim de se obter a melhor solução para o conflito.

Costa (2003) destaca, entretanto, que se deve observar com cautela o respeito à imparcialidade e à autonomia das partes, pois a linha que separa a parcialidade da imparcialidade pode ser muito frágil, principalmente nos casos em que o conciliador adota uma postura mais ativa:

Ressalte-se que a imparcialidade do terceiro não é uma exigência lógica, mas ética, somente fazendo sentido dentro de uma perspectiva que valorize a subjetividade das pessoas e que considera legítimo apenas o acordo que é realizado por uma vontade livremente expressada, o que implica a ausência de pressões externas, como ameaças, subornos ou pressões. Nessa medida, exige-se do assistente que sirva como um facilitador do acordo ou do equilíbrio e não como um defensor de determinado interesse, ainda que seja dos valores que ele considera justos (COSTA, 2003, p.177).

Verifica-se, também, que apesar do conciliador sugerir diversas propostas para tentar solucionar o conflito, a decisão final fica a critério das partes, que podem a qualquer hora optar pela solução adjudicada do conflito, por meio da sentença do juiz. É importante destacar que o novo CPC estabeleceu expressamente os princípios que regem a conciliação e a mediação. Segundo o artigo 166: "A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada." (BRASIL, 2015).

Outro aspecto importante da conciliação é que o acordo celebrado pelas partes e homologado pelo juiz, passa a ter validade de título executivo judicial. Assim, o que foi acordado não poderá ser mais objeto de uma nova discussão. Se celebrado diretamente entre os interessados, por sua vez, sem a intervenção do Poder Judiciário, o acordo celebrado terá validade de título executivo extrajudicial, que depende de homologação do juiz.

Na prática, tem-se constatado que conciliação é mais comum no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que são regulamentados pela Lei n. 9.099/95. O artigo 2º dessa lei já destaca a simplicidade do procedimento que deve observar os critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre a conciliação ou a transação. Na área Cível, são levadas aos juizados causas de menor complexidade destacadas no artigo 3º da referida lei. Já na área Criminal, nos termos do artigo 60, os juizados têm competência para buscar a conciliação em

julgamentos e execuções de infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência (BRASIL, 1995).

No âmbito da Justiça do Trabalho, por outro lado, nota-se que a prática da conciliação é recorrente, com previsão expressa em diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Na verdade, a conciliação é considerada como um princípio do procedimento trabalhista, devendo sempre ser buscada ao longo do processo. O *caput* do artigo 764 da CLT dispõe expressamente esse princípio: "Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação" (BRASIL, 1943).

Nos termos do artigo 852-E, da CLT, a conciliação pode ocorrer durante qualquer fase da audiência cabendo ao juiz esclarecer às partes sobre as suas vantagens, além de usar os meios adequados de persuasão, para a solução conciliatória do litígio. Por fim, os artigos 846 e 850 preveem a necessidade de proposição de conciliação pelo juiz na abertura da audiência e antes da sentença, após as razões finais.

Destaca-se que a CLT prevê, também, a solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas através de comissões de conciliação prévia e de núcleos intersindicais de conciliação trabalhista.

Na Justiça Federal, diversos avanços foram feitos nos últimos anos para a institucionalização da prática da conciliação. A Lei nº 10.259/01 que instituiu os Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais representou um marco para esse processo. Notou-se, portanto, um grande empenho dos Tribunais Regionais Federais na institucionalização da onda conciliatória principalmente em causas de matéria previdenciária e relativas ao Sistema Financeiro de Habitação. Atualmente, já foram objeto de resolução conciliatória na Justiça Federal execuções fiscais, causas de direito ambiental, desapropriações e pedidos de medicamentos. Assim, bem destacou Eliana Calmon:

Nesse processo conciliatório impõe-se afirmar que a Justiça Federal e o Poder Público promoveram uma autêntica releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público, pois também é em atenção ao princípio que muitos acordos têm sido realizados, e o trabalho tem

avançado para matérias que não se imaginava jamais, como execução fiscal e desapropriação (CALMON, 2011, p.12).

Feita essa breve exposição desse método alternativo de composição de conflitos, cabe agora apresentar o outro meio consensual existente no direito processual brasileiro - a mediação - que foi atualmente regularizada pela Lei nº 13.140/15 e também está prevista ao longo de todo novo CPC.

2.3.3 Arbitragem

É um método de resolução de controvérsias, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, no qual um terceiro nomeado por meio de convenção arbitral, independente e imparcial, é chamado a decidir e cuja decisão de valor de sentença judicial (SAMPAIO, 2017).

Apesar de também consistir em método heterocompositivo de resolução de controvérsias, a arbitragem é inserida nas categorias vislumbradas como meios alternativos de solução de conflitos, quando o paradigma a que se tem referência é a jurisdição prestada pelo Poder Judiciário.

A distinção entre a jurisdição estatal e a arbitragem, segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2012, p.39), está na atribuição do poder de decidir. No caso da arbitragem, tal incumbência é conferida a um privado, em razão da vontade das partes, “[...] enquanto a jurisdição estatal é desempenhada pelo Estado, por intermédio de seus juízes e tribunais.

Para Carmona (2009, p. 31), a arbitragem resulta da convenção particular de quaisquer interessados em desvendar seus litígios envolvendo direitos patrimoniais, e sobre os quais seja possível a disposição, atribuindo a missão de decidir a um terceiro, ou a mais pessoas, sem a intervenção do Estado. Este terceiro deve ser imparcial e observar as regras estabelecidas pelas partes interessadas à composição de seus litígios. Além disso, esclarece o autor que:

Assim como a jurisdição estatal, a arbitragem é um mecanismo heterocompositivo de solução de conflitos, pois por ela um terceiro imparcial certifica o direito, caso existente, fixando a forma de sua exata satisfação. Diferencia-se da atividade estatal somente por ser uma atividade privada. É caracterizada pelo fato de somente poder ser realizada mediante vontade expressa dos envolvidos no conflito, formulada em contrato antecedente ou mediante compromisso após o

surgimento do conflito. Na arbitragem o árbitro proclama sentença de conhecimento e promove o seu cumprimento, pondo fim ao conflito, observando as regras pactuadas para dar a solução adequada e para a condução do processo, inclusive no tocante às provas (CALMOM, 2015, p. 90).

Segundo Carnelutti (2000, p. 280-281), existe uma certa proximidade entre transação e o compromisso arbitral e ela estaria no fato de que ambos refletem um acordo realizado pelas partes que desejam encerrar o conflito. Há também uma diferença fundamental entre os dois institutos, segundo as ideias do pensador italiano, é traduzida “[...] por ser a transação um ato (negócio) bilateral (contrato) de Direito material, e o compromisso um ato complexo unilateral (acordo) de Direito processual.

A previsão da arbitragem no ordenamento jurídico pátrio data desde a A Constituição de 1824, durante o império, já prevendo no seu artigo 60 a possibilidade de sua utilização nas questões civis e também penais (BRASIL, 1824).

Segundo Bacellar (2012, p. 119), o Código Comercial de 1850 (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850) também instituiu, para determinadas causas, a obrigatoriedade da arbitragem, a exemplo das questões sobre contratos de locação mercantil (art. 245, da Lei nº 566/1850). No mesmo ano do Código Comercial, o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850 trouxe tal modalidade de heterocomposição com caráter facultativo para as demais causas. A arbitragem deixou de ser obrigatória ainda na vigência da Constituição do Império, frente às alterações realizadas pela legislação ordinária, restando apenas a possibilidade de sua aplicação de modo facultativo.

O mesmo autor aponta que “A partir da Constituição Republicana de 1891, não mais se reproduziu a arbitragem em sede constitucional, embora não tenha sido esquecida pela legislação ordinária.” Ela apareceu no Código Civil de 1916, nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, e na Lei de Juizados Especiais (DINAMARCO, 2005, p. 142). Foi então com a Constituição Federal de 1988 que o instituto voltou a ser abordado em âmbito constitucional, especificamente na seara trabalhista, conforme se depreende da leitura do art. 114, §§ 1º e 2º da CF/1988.

Embora prevista na CF/1988, foi apenas com o advento da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) (LA) que o instituto ganhou força e passou a ser utilizada na resolução de contendas, pela primeira vez regulamentada mais a fundo.

Quando da promulgação da Lei de Arbitragem houve quem a considerasse inconstitucional sob a alegação de que ela violaria a previsão contida no artigo 5º,

inciso XXXV, da Constituição da República. Essa suposta violação foi apreciada em 2001 pelo STF que julgou pela constitucionalidade da referida Lei, entendendo que o direito de recorrer à Justiça consiste em uma faculdade, quando se fala em direitos disponíveis, e não em um dever. (NETTO, 2008)

Uma outra questão envolvendo a Lei de Arbitragem dizia respeito a sua admissão no âmbito do Poder Público. Para alguns, partindo-se do raciocínio da indisponibilidade do interesse público por parte da Administração, a arbitragem não seria admitida de forma alguma. Para outros, ela seria admitida apenas quando versasse sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Com a promulgação da Lei nº 13.129/2015, cujo objetivo foi o de ampliar a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem, foi confirmada a sua utilização pela administração pública direta e indireta, consumidor, algumas hipóteses no direito do trabalho e para pendengas nas sociedades comerciais, dentre outras. Além disso, foi feita a inclusão de um capítulo que trata das tutelas cautelares de urgência que podem ser pleiteadas no Poder Judiciário anteriormente à instituição da arbitragem (art. 22-A e 22-B); e o acréscimo do capítulo que dispõe sobre a possibilidade de expedição de carta arbitral a órgãos jurisdicionais (art. 22-C).

Desde então, admite-se o uso do juízo arbitral pela Administração Pública se a problemática envolver interesse que possa ser representado pecuniariamente, e “[...] se o interesse da Administração é disponível, no sentido de ser possível ao ente estatal reconhecer como procedente a pretensão a ele oposta [...]”, como ocorre, por exemplo, em casos de reconhecimento do dever de indenizar por responsabilidade civil. Resta superada, portanto, a dúvida sobre a possibilidade do uso da arbitragem pelo Poder Público.

Dentre as principais características que revestem a modalidade arbitral de resolução de controvérsias podemos destacar o fato de ser ela uma técnica de solução de conflitos originada da vontade das partes. No entanto, uma vez formalizada a convenção de arbitragem, esta se torna obrigatória entre elas, no sentido de excluir-se do Poder Judiciário a apreciação do conflito objeto da convenção, impondo aos indivíduos que consentiram em seguir o caminho do juízo arbitral o respeito à submissão da pendência a seu crivo.

O compromisso arbitral assumido, no entanto, não é definitivo, pois as partes, em comum acordo, podem extingui-lo antes mesmo da instalação do juízo arbitral, seja

em virtude da realização de autocomposição, ou mesmo no intuito de levar o caso à apreciação judicial.

Segundo Rodovalho (2015, p. 70), prestigiada a sua natureza contratual, por vontade das partes, pode-se extinguir o compromisso antes mesmo de instaurada a arbitragem, tanto em razão de transação quanto ao objeto do conflito, como para devolver ao juízo estatal o conhecimento da matéria. De outra parte, o encerramento, por sentença, do procedimento arbitral com ou sem análise da matéria de fundo igualmente extingue o compromisso.

2.3.4 Negociação

Este método consiste no uso do diálogo entre as partes envolvidas no conflito, portanto, sem a intervenção de terceiros, com o intuito de se chegar a uma solução para a controvérsia (SAMPAIO, 2017, n.p).

Essa é uma técnica aparentemente mais simples de atingimento da solução consensual das problemáticas, ela não depende do auxílio de um terceiro facilitador para que as partes cheguem ao entendimento (CINTRA, 2014, at al p. 33). Assim, os próprios interessados na questão a dirimem, através de diálogos e da tática de persuasão, possuindo absoluta gestão dos encaminhamentos da controvérsia, tais como estes apresentados por Azevedo (2017, p. 21):

Assim, em linhas gerais, as partes: i) escolhem o momento e o local da negociação; ii) determinam como se dará a negociação, inclusive quanto à ordem e ocasião de discussão de questões que se seguirão e o instante de discussão das propostas; iii) podem continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações; iv) estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação; v) podem ou não chegar a um acordo e têm o total controle do resultado. E mais, a negociação e o acordo podem abranger valores ou questões diretamente relacionadas à disputa e variam, significativamente, quanto à matéria e à forma, podendo, inclusive, envolver um pedido de desculpas, trocas criativas, valores pecuniários, valores não pecuniários. Assim, todos os aspectos devem ser considerados relevantes e negociáveis.

É importante destacar que a negociação é meio ordinário de resolução de controvérsias em âmbito internacional, sendo esta uma das técnicas mais utilizadas pela diplomacia, “[...] que exige eficácia para resolver situações simples e complexas, para lidar com pessoas fáceis ou difíceis.” (CALMON, 2015, p. 107).

Embora na negociação não seja necessário a intermediação de um terceiro imparcial para auxiliar na autocomposição do litígio, a exemplo do que ocorre com a

mediação e conciliação, não há proibição de intermediação da demanda por meio dos advogados das partes (CINTRA, 2014, et al.). Além disso, é possível que a negociação seja realizada através do auxílio de negociadores profissionais, que irão atuar em favor de um dos interessados (CALMOM, 2015).

No que tange à negociação profissional, vale destacar que se trata de um mecanismo a ser desenvolvido pelos indivíduos, com o domínio de técnicas, teorias e estratégias, que irão capacitá-los para atuar em prol da realização de um acordo, ou seja, é um instrumento passível de formação, aprendizado e experiência. Nesta esteira, Calmon define o instituto:

A negociação profissional é uma arte, baseada em um conjunto de regras técnicas, táticas e estratégicas, com o objetivo de se obter efetividade. O alvo de cada envolvido é obter a melhor alternativa para um acordo negociado. Sua principal característica é a ausência de terceiro. Este, caso participe, estará caracterizando outro mecanismo de obtenção da autocomposição ou estará qualificando a negociação com mero auxílio. A negociação profissional é uma arte, baseada em um conjunto de regras técnicas, táticas e estratégicas, com o objetivo de se obter efetividade. O alvo de cada envolvido é obter a melhor alternativa para um acordo negociado. Sua principal característica é a ausência de terceiro. Este, caso participe, estará caracterizando outro mecanismo de obtenção da autocomposição ou estará qualificando a negociação com mero auxílio eventual (CALMOM, 2015, p, 107).

Quanto aos tipos de negociação existentes, os mais importantes são: a negociação distributiva e a integrativa. A primeira modalidade se reveste da característica adversarial, pois os envolvidos, desde o início, fixam suas pretensões na lógica de que o ganho de uma parte se traduz na perda da outra, o que pode acarretar raiva ou ressentimentos (BRASIL, 2017, p. 74).

A negociação integrativa, por sua vez, foi desenvolvida por especialistas da Universidade de Harvard, e objetiva visualizar os interesses envolvidos na questão como um todo, viabilizando uma saída satisfatória a ambas as partes, “[...] sem que a vantagem de um signifique a desvantagem do outro” (BRASIL, 2017, p. 74). Para Calmom (2015), a vantagem da negociação integrativa é que ela apresenta o benefício de proporcionar aos negociadores que identifiquem, de maneira conjunta, diversos caminhos que possam atender a ambos os interessados. Na prática, conforme destaca Domingues (2017), nem sempre é possível que as partes visualizem por si mesmas os caminhos possíveis para o desembaraço dos seus conflitos. Quando isso se verifica, o

auxílio de um terceiro imparcial é fundamental para que alcancem um resultado favorável.

2.3.5 Termo de Ajuste de Condutas(TAC)

O Termo de Ajuste de Conduta é uma espécie de acordo entre a administração e os administrados e tem como objetivo principal a adequação das condutas irregulares praticadas pelos agentes (descumprimento de obrigações previstas na legislação, regulamentação e instrumentos contratuais aplicáveis) e, muitas vezes, estabelece obrigações alternativas à imposição de penalidades no âmbito de processos administrativos sancionadores. Justamente por ser uma forma de acordo, o TAC restringe-se àqueles casos que envolvem direitos disponíveis.

O TAC é um tipo de negócio jurídico que é firmado extrajudicialmente, porém com força de título executivo, cuja celebração cabe aos órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados pela lei e aos futuros réus dessas respectivas ações. (DIDIER, ZANETI, 2017).

3 A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O CPC/2015, como já visto, foi bastante inovador quanto ao uso dos meios consensuais para a resolução de conflitos. A proposta deste novo código foi no sentido de desjudicializar os conflitos, não apenas aqueles que envolvem particulares, mas também aqueles envolvendo a Fazenda Pública.

Para Cunha (2016, p. 5), expressão “Fazenda Pública” remete à figura do Estado em sentido amplo, abarcando as pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido, elucida Cunha que

uso frequente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais lato, traduzindo a atuação do Estado em juízo; em Direito Processual, quando se alude à Fazenda Pública em juízo, a expressão apresenta-se como sinônimo do Poder Público em juízo, ou do Estado em juízo, ou do ente público em juízo, ou, ainda, da pessoa jurídica de direito público em juízo (2016, p. 5).

Na Administração Pública, o uso dos meios consensuais sofreu bastante resistência em razão da limitação imposta pelo princípio da indisponibilidade do interesse pública. Só após um longo processo de amadurecimento é que passou a ser admitida no casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Como bem salientou Facci (2016, p. 391), “[...] não se pode confundir indisponibilidade de direito com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação, de que é exemplo o artigo 17, parágrafo 1o, da Lei n. 8.429, de 1992”.

É relevante destacar que, mesmo antes do CPC/2015, já se fazia uso da consensualidade na Administração Pública, a exemplo das disposições contidas na Lei nº 8.666/1993 (arts. 65 e 79), bem como na Lei nº 12.529/2011 (art. 86), relativas, respectivamente, aos acordos em contratos administrativos e aos acordos em procedimentos sancionatórios do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (PEIXOTO, 2016, p. 353).

Nesse mesmo sentido Facci (2016, p. 389) cita o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 211), que trata da possibilidade de celebração de ajuste de conduta; o Código de Defesa do Consumidor, ao alterar a Lei de Ação Civil Pública, incluindo a defesa do consumidor dentre as matérias objeto de Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º da mencionada lei); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (art. 46, § 1ª, da Lei nº 9.394/96 e art. 47 a 50 do Decreto nº 5.773/2006); o Código Tributário Nacional (art. 156, III), dentre tantos outros.

Dentro da Advocacia Geral da União (AGU) merece destaque a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, órgão da Consultoria-Geral, a quem cabe a função de dirimir administrativamente os litígios que envolvem órgãos e entidades da Administração Pública Federal (BEZERRA, 2017, 39).

Como se pode concluir, já existem diversas normas prevendo o uso da consensualidade na Administração Pública. Nesse sentido, destaca Peixoto (2016, p. 350) “[...] o que parece ser o grande desafio não é a verificação da aptidão ou não dos entes públicos de realizar acordos, mas sim quais seriam as suas condições”, em razão de as previsões a esse respeito serem muito genéricas e dependem de lei específica a ser elaborada por cada ente federativo.

3.1 AUTOCOMPOSIÇÃO E A FAZENDA PÚBLICA

Conforme pode-se verificar no relatório do CNJ sobre os 100 maiores litigantes do Brasil, a Administração Pública está na posição de número um quanto ao número de processos no Poder Judiciário. Deduz-se, portanto, que é justamente o setor público o maior responsável pela morosidade da justiça brasileira. Essa talvez seja a razão que levou o legislador a dar tanto relevo aos mecanismos consensuais no CPC atual (BRASIL, 2012).

No Direito Administrativo constitucionalizado temos uma maior flexibilidade nas relações mantidas entre a Administração Pública e os particulares. Trata-se da conformação de uma administração Pública consensual que, em contraposição aos tradicionais antagonismo e autoritarismo do direito administrativo, inaugura uma nova era de relacionamento entre a administração Pública e os cidadãos.

Nessa transição de um modelo de gestão pública autoritário para um modelo aberto e democrático, a atividade administrativa necessita utilizar-se da técnica da ponderação dos interesses em conflito, guiada pelo princípio da proporcionalidade, de tal forma a buscar o equilíbrio das relações jurídicas. Nesse novo cenário, a processualidade administrativa se configura meio hábil para a democratização, transparência e controle de legalidade da atividade administrativa.

Nesse sentido, propugna-se pelas vias consensuais como forma de assegurar aos colaboradores da administração Pública, a tranquilidade e a segurança de que poderão ver respeitados os seus legítimos direitos. sem embargo, o atual quadro sociopolítico e econômico brasileiro requer profundas mudanças na configuração da Administração Pública. Daí decorre o desafio que se coloca aos estudiosos do direito administrativo: torná-lo verdadeiramente moderno, transformado e simétrico com a constituição.

3.1.1 Mediação e a administração pública

Se para a celebração de negócios jurídicos com Administração Pública não há objeção, a utilização da mediação pelo Poder Público vem dividindo as opiniões dos estudiosos do tema, de forma que há os que defendem sua aplicação e os que entendem não ser o mais apropriado, tendo em vista sua característica de compor

conflitos entre pessoas com vínculo duradouro, bem como intermediar relações intersubjetivas, o que seria incompatível com o tipo de relação desenvolvida pelo Estado. Nesse sentido,

O tratamento dado pela mediação, portanto, não condiz com a relação que o Estado tem com os indivíduos ou até mesmo com seus órgãos entre si. Trata-se de relações impessoais pautadas por mandamentos legais, nas quais a técnica do diálogo a fim de restaurar vínculos abalados por um conflito não ganha espaço de atuação. Neste contexto, pode-se falar em negociação, conciliação e arbitragem, sem excluir a hipótese de se empregarem técnicas da mediação a fim de que o resultado seja mais satisfativo (EIDT 2017, p. 121).

Por outro lado, os autores que defendem a utilização de tal meio consensual nos conflitos envolvendo a Administração Pública afirmam que seria cabível a mediação nesses casos em razão de considerar sim de natureza continuada a relação do cidadão com o Estado, como afirma Souza:

[...] não me parece possível desconsiderar que cada cidadão e cada ente privado (empresarial ou sem fins lucrativos) tem um relacionamento constante com o Estado, desde o nascimento até a sua morte. Note-se, ainda, tal como o relacionamento consanguíneo, este relacionamento somente se extingue em situações absolutamente excepcionais (tal como sucede na naturalização como nacional de outro país simultaneamente com a mudança de domicílio para outro país), de modo que é interesse de ambos os lados (o Estado depende do pagamento de tributos e cumprimento de outras obrigações pelos particulares para que ele próprio possa desempenhar suas obrigações, ao passo que o particular depende do Estado para o desempenho de funções que ele não tem condições de exercer de forma individual) manter este relacionamento saudável e produtivo. O mesmo se dá nos conflitos que envolvem diferentes entes públicos, cujas competências são complementares, devendo ser desempenhadas no interesse geral (2012, p. 75).

Nesse sentido, pode-se interpretar o disposto no art. 1º da Lei nº 13.140/2015 no sentido de que o legislador quis tratar da mediação entre particulares, e, para os litígios envolvendo a Fazenda Pública, abrangeu o campo de regulamentação aos métodos autocompositivos como um todo, o que abarca a própria mediação. Além disso, o art. 33 pertence ao capítulo intitulado “Da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”, corrobora a utilização da mediação pelo poder público, pois menciona expressamente a criação de “câmaras de mediação” (BEZERRA, 2017, p. 19).

Divergências à parte, é importante destacar que o uso da mediação é fundamental para fins de desenvolvimento de políticas públicas. Para tanto, será necessário observar as peculiaridades do caso concreto, pois permite às partes dialogarem e decidirem o melhor caminho a ser seguido.

No âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, a decisão da câmara de conciliação e mediação quando do direcionamento do conflito ao meio mais adequado a resolvê-lo deverá considerar, portanto, todo um questionamento a respeito das políticas públicas dali advindas, possuindo inegavelmente um caráter político, que deverá ser pautada nos princípios basilares da Administração, bem como no polêmico interesse público((BEZERRA, 2017, p. 49).

Do exposto, percebe-se que quando o processo tiver como parte a Administração Pública, será considerada iniciada a mediação somente após passar pelo crivo do juízo de admissibilidade emitido pelo órgão público, o que exigirá da Advocacia Pública agilidade na aferição da admissibilidade do meio consensual ou não (EIDT, 2017, p. 130).

3.1.2 Conciliação e a administração pública

A utilização pela Administração Pública do método da conciliação dependerá de prévio juízo de admissibilidade feito pelas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, prevista na Lei nº 13.140/2015, levando-se em consideração se a técnica utilizada por esse meio autocompositivo melhor se adequa ao caso concreto.

Esse juízo de admissibilidade pelas câmaras será feito nos casos de resolução extrajudicial de conflitos, de forma que, se já judicializada a demanda, o correto será recorrer aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Caberá ao conciliador, a exemplo da mediação, realizar o prévio juízo de admissibilidade e, após, sendo possível e escolhida a prática da conciliação, poderá assumir a função de conciliador, desde que assim esteja previsto no regulamento de cada ente. Esse juízo de será realizado com total imparcialidade, com objetivo único e exclusivo de aferir a possibilidade de se entabular um acordo ou não, a depender do objeto da demanda, bem como se o método da conciliação se mostra mais adequado ao caso concreto.

Nas as ações de improbidade administrativa não serão possíveis o emprego da conciliação em virtude da vedação contida na Lei nº 8.429/92, cujo § 1º, do art. 17, proíbe a transação, acordo ou conciliação nas mencionadas ações.

A Lei nº 13.140/2015 trouxe em seu § 4º, do art. 36, que nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator:

Nesse caso, se o juiz da causa não se opuser, os entes públicos celebram a conciliação, mas as penas aplicáveis aos agentes ou a terceiros que deram causa à improbidade não são afetadas, pela singela razão de que o acordo entabulado só alcança os seus celebrantes, ou seja, as entidades de direito público da administração federal. [...] Desse modo, se, em decorrência da prática de ato de improbidade, decorra litígio entre entes ou órgãos federais de direito público, como na hipótese de ser devido crédito pecuniário por uma autarquia em favor da União, é sobre essa relação que versará o acordo a ser entabulado, caso aprovado pelo juiz condutor da ação que trate daquele ato de improbidade. Não sobre a pretensão de impor as penas do art. 12 da Lei de Improbidade ao agente responsável pelo ato (MARTINS 2017, s/p).

Do que foi visto até aqui, pode-se concluir que a disposição da Lei de Mediação não influenciou a vedação existente na Lei de Improbidade, de forma que será cabível nos termos acima expostos. Importa destacar também que a Medida Provisória nº 703/2015 tentou revogar a vedação contida na Lei de Improbidade, mas perdeu a vigência por não ter sido convertida em lei.

Outro aspecto importante é que, com exceção aos métodos de abordagem e à postura do conciliador, a conciliação tende a seguir pelos mesmos caminhos da mediação. Ressalta-se que, a depender de ser a conciliação e a mediação judiciais ou extrajudiciais, o espaço físico empregado para dirimir a controvérsia será diferente, podendo ocorrer em uma das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, se extrajudiciais as demandas, ou mesmo nos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, se já judicializadas.

3.1.3 Arbitragem e a Administração Pública

No Brasil, ao longo de sua história, a utilização da arbitragem pela Administração Pública sempre ensejou debates acerca da sua possibilidade. Nesse

sentido, formaram-se três correntes doutrinárias: i) uma que não admite a utilização de tal meio heterocompositivo pelo Poder Público; ii) outra que, ao contrário, admite sempre a utilização, bastando para isso a regulamentação feita pela Lei de Arbitragem, mesmo que não haja lei específica; iii) e uma terceira corrente que a admite com ressalvas, desde que haja lei específica autorizativa para a atividade pública em questão (CUNHA, 2016, p. 646).

As opiniões mais atuais dividem-se entre a segunda e a terceira correntes, havendo uma tendência de prevalecer a segunda (CUNHA, 2016). Hoje, porém, do ponto de vista legal, não resta dúvida quanto a sua utilização na Administração Pública. A Lei nº 9.307/96, após ser alterada pela Lei nº 13.129/2015, passou a admitir a utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta, desde que para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Quanto a competência para a celebração de convenção de arbitragem, a mencionada Lei, em seu § 2º, do art. 1º 27, estabeleceu que caberá à mesma autoridade ou órgão competente para realizar acordos ou transações, ou seja, aos Advogados Públicos. Assim, havendo arbitrabilidade objetiva e subjetiva, ou seja, havendo pelas partes capacidade para administrar os bens objeto do litígio, além de capacidade jurídica para adquirir direitos e contrair obrigações, poder-se-á utilizar a prática da arbitragem (BEZERRA, 2017).

Quanto à jurisprudência, esta há muito tempo defende a utilização da arbitragem pelo Poder Público, destacando-se o julgamento do histórico Caso Lage, quando o STF reconheceu, em 1973, por unanimidade de votos, a “[...] legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda” (AI nº 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, RTJ 68/382). (MINAS GERAIS, 2010).

Uma outra decisão relevante nesse sentido foi a proferida pelo STF ao julgar o Agravo Regimental na SE 5.206/ES (BRASIL, 2004) que tratava da constitucionalidade da utilização da arbitragem pela Administração Pública. Naquela oportunidade, por unanimidade, decidiu pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 904.813/PR – também conhecido como “Caso Compagás” –, concluiu que

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. [...] o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente (BRASIL, 2012).

Deve-se entender que, conforme já discutido, o entendimento acerca da interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público sobre o privado vem ganhando flexibilização, em razão da constante “constitucionalização” do Direito Administrativo, o qual vem prezando cada vez mais pela horizontalidade das relações com os particulares, ressalvadas as circunstâncias específicas em que é necessário conferir certas prerrogativas ao Estado. Sobre o assunto

Se em outros tempos a atuação do Estado em igualdade de condições com o particular era inconcebível, à luz da interpretação dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, tal não ocorre nos dias atuais, em que a existência de prerrogativas especiais do Estado em face do particular somente se faz legítima nos casos em que há justa razão para tanto. Por esse motivo é que as ditas cláusulas exorbitantes conferem prerrogativas e não privilégios do Estado (Nogueira 2010, p. 6).

Um discussão importante sobre a arbitragem promovida por Mello (2015, p. 4) é sobre o viés político que influenciou diretamente na baixa aceitação que o instituto da arbitragem teve no Brasil na época em que foi pulicada a Lei no 9.307/96, principalmente quando fosse para dirimir litígios envolvendo a Fazenda Pública, em razão de ter coincido com o período em que O Estado deixou de prestar diretamente certos serviços públicos (telecomunicações, p. ex.) e reduziu sua participação na seara das atividades econômicas (indústria de óleo e gás, p. ex.), transferindo para a iniciativa privada parte das tarefas que havia assumido ao longo da segunda metade do século XX.

Essa opção do governo por um modelo mais liberal de governo na época, e que não foi muito bem aceito pela população, a (re) introdução de uma “justiça privada” acabou carregando esse ônus, por ter sido vista pelos críticos da reforma do Estado como “[...] apenas uma faceta acessória de um movimento de privatização que era por eles indesejado” (MELLO, 2015, p. 6).

Como exemplo de aplicação da arbitragem pela Administração Pública, após a superação da discussão acerca da possibilidade de aplicação da arbitragem pela Administração Pública, cita-se algumas das leis que preveem a prática da arbitragem para compor litígios que venham a surgir em virtude de contratos celebrados com a Administração, como os de concessão de serviço público, de licitação, ou mesmo nas contratações de parcerias público-privadas.

O inciso XV, do art. 23, da Lei nº 8.987/95, regulando o regime de concessões e permissões de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal; do art. 93 da Lei nº 9.472/97, a qual dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, criando a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; bem como do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública; entre tantas outras (CUNHA, 2016, p. 647).

Para as situações em que não há expressa previsão em lei, entende-se que basta haver no objeto da demanda direitos patrimoniais disponíveis para que seja possível a utilização da arbitragem pela Fazenda Pública, restando agora tentar delimitar o que seriam considerados direitos disponíveis na seara administrativa.

Nesse sentido, Mello afirma que já há pacificado a sua utilização nos casos de “(in) adimplemento de obrigações contratuais, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, efeitos patrimoniais do exercício dos poderes de que dispõe a Administração no âmbito da relação contratual ou da extinção do vínculo” (2015, p. 15), em virtude de qualquer uma delas também admitir composição por acordo.

Outro aspecto importante quanto a arbitragem diz respeito às peculiaridades no processo arbitral em função de se ter como parte o Poder Público, uma vez que a Constituição Federal estabeleceu princípios informadores e basilares de toda a atuação administrativa, cuja observância é obrigatória e essencial à proteção da coisa pública, de forma que o instituto da arbitragem, para ser utilizado em tais demandas, deverá observar algumas restrições.

Nesse sentido, vale lembrar que a Lei de Arbitragem dispôs em seu § 3º, do art. 2º, que “[...] a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (BRASIL, 1996). Dessa forma, deixou claro o preceito normativo que não será possível a realização da arbitragem por equidade

quando se tiver como parte a Fazenda Pública, devendo-se observar estritamente ao princípio da legalidade, bem como que todos os atos deverão tornar-se públicos.

No que diz respeito à necessidade de realização de licitação para escolher o juízo ou tribunal arbitral responsável, Cunha (2016, p. 649) considera ser o caso de inexigibilidade de licitação, cujas hipóteses legais são exemplificativas, e não taxativas. No mesmo sentido entende Amaral (2012, p. 75), para quem a escolha do árbitro envolve confiança no seu trabalho e especialização, aspectos subjetivos que interessam diretamente às partes, justificando a inexigibilidade.

Quanto à sede da arbitragem, Mello (2015, p. 23) elucida que a definição do local é importante para fins de determinar se ela é nacional ou estrangeira. Certo é que se pode utilizar do disposto no art. 55, § 2º, da Lei no 8.666/93 para determinar o local em que será realizada a arbitragem (BRASIL, 1993). Segundo o mencionado artigo a sede da Administração será a competente para dirimir qualquer questão contratual, excetuadas as hipóteses do art. 32, § 6º, da referida Lei (BRASIL, 1993). Portanto, o local em que ocorrerá a arbitragem será o mesmo da sede da Administração envolvida.

A escolha da câmara arbitral poderá ser feita pela Administração Pública e pelo particular. Podem optar pela contratação dos serviços de uma câmara, adotando seu regulamento, ou mesmo escolher um ou mais árbitros para conduzir a tramitação do processo privado, sem o auxílio de uma instituição, definindo as partes as regras a serem observadas no procedimento. No primeiro caso tem-se a arbitragem institucional, enquanto no segundo há a arbitragem ad hoc (MELLO, 2015, p. 26).

3.1.4 Termo de ajuste de conduta (TAC)

Como já visto, o TAC consiste em uma espécie de acordo entre a administração e os administrados e tem como objetivo principal a adequação das condutas irregulares praticadas pelos agentes (descumprimento de obrigações previstas na legislação, regulamentação e instrumentos contratuais aplicáveis) e, muitas vezes, estabelece obrigações alternativas à imposição de penalidades no âmbito de processos administrativos sancionadores. Justamente por ser uma forma de acordo, o TAC restringe-se àqueles casos que envolvem direitos disponíveis.

Esse tipo de negócio jurídico foi introduzido no direito brasileiro em 1990, por meio do art. 211 da Lei Federal nº 8.069/90 - o Estatuto da Criança e do Adolescente

(ECA). No mesmo ano, o art. 113 da Lei Federal nº 8.078/90 3 - o Código de Defesa do Consumidor (CDC) - modificou a Lei Federal nº 7.347/85 (a Lei da Ação Civil Pública), acrescentando que os órgãos públicos legitimados poderiam tomar dos interessados Termo de Ajustamento de Conduta às exigências legais.

Sua introdução no ordenamento pátrio é reflexo da transformação de um Estado que deveria satisfazer todas as necessidades da sociedade para um Estado regulador, que atua em colaboração com os particulares das mais diversas formas (concessões, parcerias público-privadas, permissões, entre outras), práticas mais consensuais, menos impositivas e mais eficientes passaram a ser utilizadas por diversos órgãos da administração pública.

Têm sido uma solução frequentemente adotada pelos órgãos da administração pública federal, em especial, pelas autarquias responsáveis pela regulação e fiscalização de diversos setores como, por exemplo, energia e rodovias.

Segundo Abelha (2004), a ideia de se “legitimar” órgãos públicos à propositura de compromissos de ajustamento deveu-se à concepção de que entes com personalidade jurídica (como o IBAMA, o PROCON, o Ministério Público etc.) “são aqueles que lidam direta e diariamente com a realidade dos direitos da sociedade, experimentando todos os dias, em concreto, a necessidade de pacificação social pela via extrajudicial” (VIEGAS, 2014, p. 92).

O TAC foi ainda inserido no escopo da Lei de Crimes Ambientais através da Medida Provisória nº 2.163-41, de 23 de agosto de 2001, que acrescentou o artigo 79-A a esta lei, disciplinando a celebração de termos de compromisso pelos órgãos do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) (VIEGAS, 2014, p. 4).

Para Cappelli (2002), o TAC é um dos principais instrumentos de que dispõem certos órgãos públicos, como o Ministério Público, para perseguirem formas alternativas para o tratamento dos conflitos ambientais.

Em algumas agências, como a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (resolução normativa 333/08), a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (resolução 199/11 e portaria 534/12), a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Artigo 16 do regulamento anexo à resolução 442/04 e artigo 18 da resolução 4.071/13), a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (resolução 629/13) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (resolução 3.259/14), há regras específicas sobre a matéria.

As resoluções supramencionadas, dentre outras coisas, preveem quais matérias podem ser objeto de TAC, disciplinam, por exemplo, o momento de sua proposição, a autoridade competente para decidir sobre sua celebração, as cláusulas obrigatórias do TACs, as sanções e restrições à celebração de novos TACs em caso de descumprimento das obrigações assumidas, a obrigação de arquivamento do processo administrativo sancionador após o cumprimento integral do TAC, etc.

Dentre os exemplos de celebração de TACs como alternativa à imposição de penalidades mais gravosas, podem ser destacados os exemplos abaixo:

a) Em 2013, a ANTT celebrou diversos TACs com as concessionárias de rodovias federais com o objetivo de solucionar pendências identificadas pela fiscalização, envolvendo atrasos na execução de obras previstas nos respectivos Contratos de Concessão. A Agência, em conjunto com as concessionárias, determinou um Plano de Ação a ser executado, com controle e acompanhamento da fiscalização, prevendo, inclusive, compensações tarifárias (redução da tarifa de pedágio) para as hipóteses de atraso no cumprimento do cronograma por motivos imputáveis às concessionárias. Os TACs e os Planos de Ação (que são atualizados periodicamente) são divulgados no site da Agência.

b) Em agosto de 2014, a ANEEL celebrou TACs com as Centrais Elétricas do Pará (CELPA) para permitir que o valor relativo às penalidades de multa aplicadas por diversos autos de infração seja revertido para Planos de Obras e Investimentos, com vistas a contribuir com a recuperação da qualidade dos serviços prestados pela concessionária. O valor total dos TACs é de quase R\$ 40 milhões. Também em 2014, a Agência decidiu favoravelmente à proposta de celebração de TAC apresentada pela Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA e celebrou TAC com a Energisa Minas Gerais.

c) Em setembro de 2014, a Diretoria da ANTT aprovou a celebração de TACs com as concessionárias de rodovias federais que assim pleitearem, para adoção de medidas de compensação em decorrência de irregularidades verificadas no âmbito de processos administrativos simplificados em trâmite perante a Agência de Transportes Aquáticos.

d) Também em setembro de 2014, a Agência Nacional do Cinema (ANCINE) colocou em consulta pública a minuta de instrução normativa que dispõe sobre o procedimento de celebração e acompanhamento de TAC. Essa minuta prevê a forma, os

procedimentos e a competência interna para negociação para a assinatura dos termos entre a ANCINE e os agentes regulados, assim como as sanções decorrentes do descumprimento e os impactos nos respectivos processos administrativos sancionadores. A minuta traz, ainda, a possibilidade de o TAC ser proposto de ofício pelo Superintendente de Fiscalização da ANCINE e estabelece expressamente o valor das multas a serem aplicadas em caso de descumprimento total ou parcial do TAC (de R\$ 2 mil a R\$ 2 milhões para cada infração cometida).

Como se percebe, a celebração de TACs é uma alternativa negociada e que vai ao encontro do interesse público, cuja utilização deve ser ampliada tanto pelas Agências como pelos agentes dos setores regulados, em especial, levando-se em consideração os potenciais benefícios aos usuários de serviços públicos e regulados. No caso das Agências que ainda não editaram resoluções específicas, é desejável que os reguladores e os agentes discutam propostas de regulamentação tendo em vista as especificidades de cada setor e os objetivos da regulamentação, estabelecendo regras claras e garantindo maior previsibilidade e segurança jurídica.

3.1.5 Negócios jurídicos processuais envolvendo a administração pública

O NCPC trouxe previsão expressa acerca da utilização dos negócios jurídicos processuais em seu art. 190, trazendo a possibilidade de realização de negócios típicos e atípicos, tanto no plano do direito material, quanto no do processual. Tal possibilidade garante às partes maior liberdade na celebração das negociações, prestigiando a liberdade na condução do processo, o que democratizou a solução do litígio.

Conforme se extrai do dispositivo mencionado, o negócio processual poderá ser firmado antes ou durante o deslinde do processo, desde que haja capacidade das partes e que verse sobre direitos que admitam autocomposição. A respeito desta última exigência, conforme dito no capítulo anterior, mesmo os direitos considerados indisponíveis poderão ser objeto dos negócios jurídicos, a exemplo dos termos de ajustamento de conduta realizados em questões ambientais (BEZERRA, 2017, p. 44). Os compromissos firmados nos termos de ajustamento de conduta possuem natureza jurídica de ato administrativo negocial, que, conforme, Mazzilli (2006, p. 93), “[...] consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do

particular (o causador do dano, que concorda em adequar suas condutas às exigências da lei)". Dessa forma, o diálogo é incentivado, a fim de que as partes cheguem aos termos das obrigações que irão constar no compromisso. Moreira Neto (2016, p. 187) denomina esse tipo de negociação de "acordo substitutivo", ensinando que

Os acordos substitutivos são instrumentos administrativos que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração sempre que, de ofício ou por provocação do interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mais célere ou com menos custos.

Tratando dos princípios que dão suporte aos negócios jurídicos, Didier Jr. (2015a, p. 135) denomina de "autorregramento da vontade" aquele garantidor da liberdade proporcionada pelo NCPC, afirmando que

IV) O CPC prevê uma cláusula geral de negociação processual, que permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, uma vez preenchidos os pressupostos do caput do art. 190. Dessa cláusula geral surge o subprincípio da atipicidade da negociação processual, a mais importante concretização do princípio do respeito autorregramento da vontade no processo civil e, por isso, o exemplo mais evidente da densidade normativa que esse mesmo princípio possui no direito brasileiro.

Teixeira (2016) chama a atenção para o fato de que o art. 200 do CPC/2015 não prevê a necessidade de homologação judicial dos negócios jurídicos perpetrados entre as partes, no entanto, o parágrafo único do art. 190 assegura o controle de validade de tais convenções pelo juiz, a fim de garantir o respeito ao princípio da paridade de armas.

É relevante destacar que para a celebração de negócios processuais envolvendo a Administração Pública é fundamental a observância dos aspectos procedimentais, no sentido de garantir a celeridade e a eficiência processual.

Como exemplos de convenções que poderão ser firmadas pelos Advogados Públicos, Teixeira (2016, p. 290) cita a exclusão de determinado meio de prova ou a realização antecipada da atividade probatória, bem como a não interposição de determinado recurso quando se sabe que a decisão não será alterada, por existirem

precedentes vinculantes a respeito, ou mesmo a redução ou ampliação de determinado prazo judicial.

Quanto ao controle de validade realizado pelo juiz sobre os negócios firmados pela Fazenda Pública, existe uma discussão tendo em vista o entendimento que de a vulnerabilidade que poderia existir seria de índole técnica, conforme asseveram Nogueira et al. (2015, p. 594) ao afirmar que “[...] o assessoramento do advogado, procurador, defensor ou membro do ministério público, sujeitos com qualificação técnica para o tipo de ato jurídico, é indicativo de ausência de vulnerabilidade”.

Nesse sentido, seria de se esperar que não caberia a intervenção do juiz quanto à possibilidade da realização do negócio sugerido pelo representante da Fazenda Pública, no entanto, como bem ponderou Teixeira (2016, p. 292), a aferição feita pelo Poder Judiciário deverá ocorrer sempre, a fim de que seja averiguada a fiel aplicação do princípio da soberania do interesse público e, assim, impedir possíveis benesses indevidas e violadoras do Direito e da justiça.

Como exemplo de negociação possível de ser realizada pela Fazenda Pública, mais especificamente pela Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações, tem-se a chamada transação por adesão, regulamentada no pelo art. 35, I e II, da Lei nº 13.140/2015, a Lei de Mediação.

Segundo prevê o mencionado artigo, poderá ocorrer a transação por adesão nos casos em que haja autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. Neste último caso, Peixoto (2016, p. 358) exemplifica com uma “[...] situação que já consta com uma súmula acerca do entendimento do próprio órgão, mas que ainda não foi pacificada pelos tribunais superiores”.

A esse respeito, Peixoto (2016, p. 357) aduz que se trata de “[...] uma forma de densificar o princípio da impessoalidade, que rege a atuação da administração pública (art. 37, CF) e, ainda, do princípio da igualdade, em seu sentido formal (art. 5º, caput, CF)”. Portanto, quando a Administração Pública decide que é o caso de firmar uma transação por adesão com determinada parte, seja ela um ente público ou não, necessariamente deverá assim proceder quando os requisitos se mostrarem preenchidos em outras situações, a fim de prestigiar a segurança jurídica.

Dessa forma, mesmo autor considera vantajosa a utilização de tal forma de transação, pois

evita disparidade de resposta dos órgãos da estrutura administrativa a demandas equivalentes; b) reduz o risco de litígios acerca a aplicação da lei, em face de suspeita de decisão caprichosa ou discriminatória; c) acelera a capacidade de resposta da máquina pública a demandas repetitivas; d) antecipa decisões futuras em matérias de alta incerteza, facilitando a mobilização de capitais privados em tempo útil para a oferta de bens e serviços para a própria Administração, ou a adesão de terceiros a políticas públicas. (PEIXOTO, 2016, p. 358).

Cabe ainda salientar que a Lei nº 1.140/2015 previu que requisitos e condições dessas transações serão definidos por resolução administrativa própria que irá definir os requisitos e condições dessas transações (art. 35, § 1º), que terão efeitos gerais e serão aplicadas aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia existente (art. 35, § 3º).

3.1.6 Acordo de leniência

Consiste numa transação celebrada entre o ente estatal e um colaborador infrator, onde este último, visando obter algum abrandamento ou mesmo a extinção da sanção a que estaria sujeito, fornece ao poder público informações a respeito de práticas criminosas, bem como dos seus coautores, as quais irão viabilizar a instauração e a fundamentação de processo investigativo visando a responsabilização dos criminosos (DI PIETRO, 2015).

Marrara (2015) apresenta como características essenciais da leniência as seguintes:

- a. Tratar-se de acordo administrativo integrativo, ou seja, de ajuste que se acopla a processo administrativo com a finalidade de facilitar sua instrução. É verdade que a leniência pode ser firmada antes da abertura do processo. Daí ser possível diferenciar a leniência concomitante da prévia, cujos efeitos podem ou não ser distintos conforme a legislação aplicável. Sem prejuízo, a natureza integrativa persiste, pois decorre da relação essencial do ajuste com o processo. Sem o processo sancionador, não há sentido ou fundamento para cooperação;

- b. A leniência não exclui a ação unilateral do Estado. Como o acordo serve para que a autoridade pública obtenha provas que facilitem a instrução e a punição, é normal que o acordo conviva com o processo e com um ato administrativo final de natureza punitiva ou absolutória. Essa observação é relevante para evitar qualquer impressão de que os modelos de administração consensual e contratual venham a sepultar o estilo de administração unilateral. Qualquer impressão nesse sentido é falsa. Técnicas de administração consensual e unilateral podem conviver e a leniência comprova essa afirmação, na medida em que o acordo subsidia a formação de um ato administrativo final no processo punitivo.
- c. Para o beneficiário ou colaborador, a leniência gera a obrigação de cooperar com a investigação e com a instrução do processo acusatório por sua conta e risco. O colaborador assume o risco de ser acusado por terceiro e até por outras entidades públicas com base em tipos de responsabilização não cobertos pela leniência. Ademais, arca com os custos financeiros de praticar os atos de cooperação com o Estado. A depender da lei, é preciso que o particular ainda se obrigue a suspender a prática infrativa de imediato. Todas essas obrigações se compensam por benefícios na redução das sanções ou mesmo processo administrativo, ora se estendem, por força de lei, para outras esferas, como a penal – efeito que gera inúmeros questionamentos, sobretudo pelo fato de que a decisão da autoridade administrativa ocasionará efeitos limitativos para o Ministério Público e o Judiciário. Apesar da abrangência, é importante que a lei defina o benefício mínimo e máximo pelo cumprimento do acordo, mas nem sempre isso ocorre no direito brasileiro, o que gera alta imprevisibilidade para os colaboradores.
- d. Para o Estado, a leniência implica a obrigação de reduzir as sanções que seriam aplicadas ao infrator confesso caso houvesse cooperação. No processo acusatório, o Estado tem o dever de mensurar as sanções para então conceder os benefícios de redução ou extinção esperados em razão do cumprimento do acordo. Em certos casos, a legislação prevê a regra da menor

pena, pela qual a sanção final do leniente em nenhuma hipótese poderá superar a sanção imposta a outros infratores não beneficiados pelo acordo. O cumprimento dessas obrigações pelo Estado supõe que se julgue positivamente a cooperação prestada pelo particular. Sem que veja satisfeito seu direito à obtenção de provas e à cooperação necessária para que o processo acusatório atinja um resultado útil, o Estado não deve conceder qualquer benefício. É discutível, todavia, se o resultado útil necessariamente terá que representar uma decisão administrativa condenatória. Defendo que a obrigação do colaborador é de meio e não de resultado. Isso significa que não importa o resultado do processo administrativo para que obtenha os benefícios da leniência. Importa, sim, seu com prometimento efetivo com a colaboração processual. Embora pareça desimportante, essa discussão é fundamental, porque os documentos obtidos pela leniência em um processo administrativo frustrado podem ser empregados em outros processos e também pelo fato de que algumas leniências não deflagram efeitos apenas no campo administrativo (MARRA, 2017, s/p).

Importante destacar que, no Brasil, a primeira modalidade de leniência foi criada com a Lei nº 10.149/2000. Esse instrumento não configura apenas o mais adicional dos ajustes cooperativos do processo administrativo sancionador, é também o mais bem disciplinado do ponto de vista normativo.

3.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A OBRIGATORIEDADE DE AGIR DE FORMA CONSENSUAL

Essa é uma discussão interessante pois, como já destacado, o judiciário brasileiro está passando por um momento delicado em razão do imenso número de processos. Diante dessa realidade e das alternativas consensuais de resolução de conflitos já integradas ao nosso ordenamento jurídico, questiona-se se a Administração Pública está obrigada a ser adotada de acordo com a liberdade de escolha do agente público.

Para Neves (2018, p. 64), a consensualidade envolvendo a administração pública é um tema que tem ganhado força na atualidade. Segundo o autor, esse

fenômeno decorre de um processo de releitura, ainda em curso, dos paradigmas do Direito Administrativo, de uma imposição prática que tem exigido uma atuação da administração compatível com o caráter democrático do Estado de Direito e, também, das novas diretrizes decorrentes da releitura do princípio da supremacia do interesse público e da prevalência dos direitos fundamentais.

A consensualidade envolvendo a administração pública é tema que emerge na discussão jurídica atual, seja por uma releitura dos tradicionais paradigmas do Direito Administrativo, seja pela própria imposição prática que tem exigido uma atuação compatível com o caráter democrático do Estado de Direito e com as diretrizes decorrentes da releitura da supremacia do interesse público e da prevalência dos direitos fundamentais.

A consensualidade já é uma realidade na atuação dos entes estatais e isso decorre de uma mudança sistêmica no pensamento jurídico, que passou a acatar os meios pacíficos de solução de conflitos, conforme podemos observar nas edições legislativas próprias, no tratamento dado ao tema pelo novo Código de Processo Civil, além da modificação do pensamento doutrinário processual e administrativo (NEVES, 2018, p. 64).

Nos países de cultura jurídica anglo-saxônica, o Direito Administrativo não era considerado um ramo autônomo do direito e, portanto, o Estado submetia-se ao mesmo regramento jurídico aplicável aos particulares. Deve-se a isso a pouca resistência que há ao emprego da consensualidade nessas culturas. No país de cultura jurídica romano-germânica, especialmente naqueles onde o Direito Administrativo tem origem no pensamento francês, a consensualidade no âmbito da administração pública só vem sendo aceita recentemente. Nesse modelo de Estado prevalece a ideia de uma verticalização dos poderes administrativos, o que justifica uma atuação da administração pública pautada na unilateralidade, na imperatividade e na autoexecutoriedade, ou seja, uma atuação que não dá margem ao diálogo (NEVES, 2018, p. 64).

Conforme já visto, alguns dos instrumentos tradicionais do Direito Administrativo estão sendo objeto de reflexão e releitura, dentre eles temos: os limites da discricionariedade administrativa; os modelos de parceria público-privadas; a nova compreensão do princípio da legalidade; a releitura conceitual do interesse público e as formas de participação dos usuários nos processos decisórios administrativos; um

novo perfil da administração pública pautada na eficiência; a interpretação dos princípios administrativos como norma jurídica, em especial a incidência do princípio da impessoalidade de maneira diferenciada; e também a possibilidade de atuação consensual dos entes administrativos. Essas reflexões tem provocado alterações substanciais na forma de atuação administrativa (NEVES, 2018, p. 64).

O que está por trás dessa releitura por que passa o Direito Administrativo é constatação de está ocorrendo uma falta de efetividade no ato administrativo unilateral e, portanto, na não concretização de interesses públicos. A adoção da consensualidade vem da necessidade de se buscar mecanismos que possam garantir o atendimento das necessidades públicas, já que a imposição da vontade estatal nem sempre é suficiente para atingir esse objeto de forma (NEVES, 2018, p. 66).

O Estado consensual sempre vai procurar a solução negociada de seus conflitos. Segundo Moreira Neto, tal Estado fundamenta-se numa filosofia que considera um

[...] perfil estatal em um mundo globalizado, [que] alude à figura do Estado consensual, que é pautado pela procura constantemente da solução negociada de seus conflitos, pois o diálogo entre sociedade e administração pública viabiliza com mais chances o cumprimento espontâneo das decisões consensuais, na medida em que há a concordância das partes envolvidas, reforçando, inclusive, a sua legitimidade (2011, p. 142-143).

Não resta dúvida de que a utilização da consensualidade para resolver os conflitos envolvendo a administração pública seja vantajosa, tanto do vista social e como econômico, no entanto, é necessário fazer uma análise da consensualidade à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público a fim de entender a suas possibilidades e limitações.

A consensualidade no Direito Administrativo representa uma mudança de paradigma e essa mudança, Segundo Baptista (2003, p.262-267), está relacionada com o abandono da distinção absoluta, rígida e dual entre interesse público e interesse privado. Uma parceria entre o Estado e administrados começa a ser admitida, com uma maior participação dos administrados nas decisões administrativas, e com isso a consensualidade ganha força como instrumento à disposição do Estado para a solução de conflitos.

O mesmo autor destaca ainda que,

[...] os benefícios da atuação consensual, citando a título de exemplo: maior eficiência na concretização do interesse público; maior transparência na atuação administrativa; maior legitimação da atuação da autoridade administrativa, na medida em que haverá maiores chances de cooperação no cumprimento pelo particular (BATISTA, 2003, p. 266).

Considerando que a administração pública constitui-se num dos principais clientes do Poder Judiciário, segundo dados do CNJ, cresce de importância o uso da consensualidade para a solução de conflitos na medida em que pode contribuir para reduzir a elevada quantidade de litígios do Judiciário o que vai culminar com a redução dos custos do judiciário brasileiro (NEVES, 2018, p. 67).

Dentre os fatores que levam a Fazenda Pública a figurar em litígios no âmbito do Poder Judiciário estão: a sua grande estrutura, representada pela União, Estados, Distrito Federal e os municípios, além das pessoas integrantes da administração indireta desses entes políticos e instituições públicas e privadas, as sociedades de economia mista e empresas públicas; além disso existe uma crescente judicialização das políticas públicas; uma ausência de diálogo entre administração e administrados; rigidez do vínculo da administração ao princípio da legalidade; uma cultura de afastamento das soluções consensuais entre a administração e administrados (NEVES, 2018, p. 67).

Sendo a Fazenda Pública um dos partícipes com maior quantidade de litígios perante o Judiciário “cabe-lhe – em cooperação com os demais órgãos públicos – atuar para solucionar os problemas decorrentes do gargalo judicial e da concretização dos direitos” (NEVES, 2018, p. 67).

Nesse sentido Neves (2018) destaca que, “no Brasil, a consensualidade não tem registros históricos normativos longínquos. (...) os acordos diretos, a conciliação e a mediação sequer foram tratadas no Código de Processo Civil antecedente ou em legislações específicas durante suas respectivas regências ”.

A própria arbitragem só chegou a ser sistematizada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996), sem, no entanto, apresentar dispositivos acerca da sua aplicabilidade à administração pública, o que só ocorreu por meio da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 (BRASIL, 2015).

A previsão para que os entes públicos criem câmara de mediação e conciliação surgiu a partir da edição do Código de Processo Civil (CPC), de 16 de março de 2015, em seu art. 174. Essas câmaras, conforme art. 174, terão atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, exceção feita aos municípios, já que não há previsão constitucional para criem serviços de advocacia. No entanto, se criarem esse serviço terão que instituir também câmara de mediação de conciliação.

Tanto na Lei nº 13.140/2015 quanto no CPC/2015, o emprego da consensualidade é tratada como prioridade para a solução de conflitos. O CPC, no art. 3º, §3º, prescreve que a “A conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos, inclusive no curso de processo judicial” (BRASIL, 2015).

Existe uma ordem preferencial entre as formas de solução de conflitos (sistema multiportas) no sistema brasileiro. A conciliação vem em primeiro lugar, seguida pela mediação e, por fim, os demais métodos de solução de conflitos. Em não havendo êxito nas formas precedentes, prefere-se a arbitragem, apenas quando não vencidas essas etapas é que se recorre à via judicial. A despeito de haver indagações sobre se essa ordem de preferência abrangeria também os conflitos administrativos, ou se estaria restrito aos conflitos privados, Neves e Filho (2018) sustentam que abrangeria também as disputas administrativas, por força do *caput* do art. 174, do CPC/2015.

Para Neves (2018, p. 71), parte da resistência ao uso da consensualidade nos conflitos envolvendo a administração pública tem origem numa construção hermenêutica, onde prevalece no Direito Administrativo a ideia de que a atuação do ente estatal está vinculada à lei, com uma atuação mais restritiva do aquela aplicada aos particulares.

O surgimento do Estado de Direito deu-se em reação ao do Estado absolutista. No absolutismo, preponderou a ideia de divindade do Rei ou Príncipe, em que a sua vontade prevalecia como algo irretocável, inclusive sem responder por eventuais danos causados a terceiros. A queda do absolutismo representou uma ruptura ideológica no ordenamento jurídico e a atuação administrativa seria, a partir dali, pautada pela atuação responsável dos seus atos, vinculada à noção de interesse público (NEVES, 2018, p. 68)

Ferraz Junior (2011, p. 148) vai dizer que, a submissão do Estado ao Direito representa uma garantia de integridade aos direitos e uma limitação à atuação abusiva dos governantes.

4. A FORMAÇÃO DO BACHAREL EM DIREITO E A CONSENSUALIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Watanabe (2008, p. 6) acentua que, no Brasil, um grande obstáculo à utilização dos meios alternativos “está na formação acadêmica dos nossos operadores de Direito que é voltada fundamentalmente para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses”.

Por aqui, o ensino jurídico é voltado para o enfrentamento do litígio, e não para o consenso. O nosso ensino jurídico foi, ao longo dos tempos, “moldado pelo sistema da contradição (dialética) que forma guerreiros, profissionais combativos e treinados para a guerra [...] Quando um ganha, o outro tem de perder” (BACELLAR, 2011, 2011. p. 31). A tradição brasileira prepara os alunos dos cursos de Direito para o conflito, e não para o consenso (WATANABE, 2008, p. 6.34).

O mesmo autor chama a atenção para o fato de que, apesar de o próprio Código de Ética e Disciplina da OAB destacar, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI, que, dentre os deveres do advogado, está o de “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”, o que se verifica na prática é que “toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial”, e este tem sido o padrão de ensino na maioria das faculdades de Direito no Brasil. Para o jurista, “quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas voltadas à solução não-contenciosa dos conflitos”, culminando na malfadada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente”.

Infelizmente esse quadro tende a permanecer dessa forma por mais algum tempo e por culpa do próprio Estado que não regulamenta a obrigatoriedade do estudo do meios não adversariais.

A Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministério da Educação (MEC), que estabelece o rol de conteúdos mínimos (fundamentais e profissionalizantes) do Curso de Direito, considera como fundamentais as seguintes matérias: Introdução ao Direito, Filosofia geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com Teoria do Estado); e

profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

O Art. 6º da Portaria nº 1.886/94, prevê que o conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso:

I - Fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com teoria do Estado);

II - Profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

Parágrafo único. As demais matérias e novos direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observância de interdisciplinaridade.

Como se constata acima, as disciplinas que versam sobre meios consensuais ou alternativos de resolução de conflitos, até o momento, não foram contempladas na grade prevista pelo MEC para o Curso de Direito, a despeito da sua importância na atualidade onde o judiciário que não sido capaz de atender às demandas da população em tempo razoável.

Chega a ser contraditório perceber que em nosso país, a despeito dos sérios problemas da morosidade e de acesso à justiça, o Estado não tenha tomado nenhuma providência até o momento no sentido promover uma formação mais adequada dos futuros operadores do Direito, de forma a desenvolver uma mentalidade mais voltada à pacificação não contenciosa, fora dos padrões de resolução de litígios via sentença.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade das relações sociais, impulsionada pela mudanças tecnológicas e globais, demandam do Estado uma nova postura diante da necessidade de solucionar os conflitos. O excesso de formalismo judicial não tem sido suficiente para acompanhar o dinamismo exigido pelas diversas áreas do inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre as pessoas físicas e jurídicas. Por conta dessa

realidade, é fundamental se buscar meios mais ágeis para a resolução de conflitos de maneira rápida, eficaz e eficiente.

Nesse sentido, percebe-se que no Brasil está havendo um avanço na utilização dos meios consensuais na solução de conflitos, especialmente após a promulgação da CF/1988. Desde então, diversas normas foram criadas com o intuito de regular o uso desse mecanismo. São exemplos dessa realidade a Lei de Arbitragem, a Lei dos Juizados Especiais, a Lei de Mediação, a Resolução nº 125/2010 do CNJ, e o próprio CPC/2015 que tanto destaque deu a essa questão.

O sistema de jurisdição *una* (inglês), adotado no Brasil, revelou-se incapaz de atender às demandas da nossa sociedade. Em razão do esgotamento da via judicial, o Estado passou então buscar alternativas à justiça, privilegiando a consensualidade, o acordo.

O sistema *multiportas* retrata bem essa realidade. Ele tem como princípio a utilização dos meios de autocomposição de conflitos, mas não como meios alternativos de solução de controvérsias, mas sim como verdadeiros “filtros”, os quais irão anteceder a judicialização dos conflitos.

Como vimos, dentre os principais métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil destacam-se a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem e o termo de ajuste de condutas, cada um com suas especificidades e limitações.

A negociação consiste no uso do diálogo entre as partes envolvidas no conflito, portanto, sem a intervenção de terceiros, com o intuito de se chegar a uma solução para o conflito. Trata-se de uma técnica aparentemente mais simples pois não depende do auxílio de um terceiro facilitador.

Se para a negociação, como vimos acima, não se faz presente a figura do facilitador, para a conciliação essa presença é fundamental, pois as relações conflituosas são harmonizadas através do conciliador, cuja função é auxiliar na construção da solução pelas partes.

Na mediação, a exemplo da conciliação, há necessidade da presença de uma terceira pessoa - que é neutro e imparcial - cuja função é facilitar o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. O mediador, diferentemente do conciliador, tem apenas o papel de mediar o acordo, não adotando uma postura mais ativa para se solucionar o conflito.

A arbitragem, por sua vez, será utilizado para solucionar os controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, no qual um terceiro nomeado por meio de convenção arbitral, independente e imparcial, é chamado a decidir e cuja decisão de valor de sentença judicial

Quando os conflitos envolvem a Administração Pública, temos ainda a possibilidade de usar o Termo de Ajuste de Conduta (TAC), os negócios jurídicos processuais e os acordos de leniência.

O TAC é uma espécie de acordo entre a administração e os administrados e tem como objetivo principal a adequação das condutas irregulares praticadas pelos agentes (descumprimento de obrigações previstas na legislação, regulamentação e instrumentos contratuais aplicáveis) e, muitas vezes, estabelece obrigações alternativas à imposição de penalidades no âmbito de processos administrativos sancionadores.

Os negócios jurídicos processuais, por sua vez, estão regulados no art. 190 do CPC/2015. Versa sobre a possibilidade de a Administração Pública firmar negócios típicos e atípicos, tanto no plano do direito material quanto no do processual, com a finalidade de compor conflitos.

O acordo de leniência consiste numa transação celebrada entre o ente estatal e um colaborador infrator, onde este último, visando obter algum abrandamento ou mesmo a extinção da sanção a que estaria sujeito, fornece ao poder público informações a respeito de práticas criminosas, bem como dos seus coautores, as quais irão viabilizar a instauração e a fundamentação de processo investigativo visando a responsabilização dos criminosos.

Do que foi visto até aqui, depreende-se que a Administração Pública possui uma vasta gama de possibilidades de fazer uso da consensualidade na solução dos conflitos de que seja parte. Além disso, após analisar o regramento jurídico em vigor, é possível afirmar ela está obrigada a fazer dos meios consensuais para solucionar os conflitos de que seja parte, face aos benefícios que essa via extrajudicial oferece em termos de tempo e recursos envolvidos.

A despeito das vantagens propiciadas pelo uso da consensualidade e da necessidade de se implementar esses mecanismos em nosso país, a fim de minimizar os problemas decorrentes do congestionamento no judiciário, percebe-se que a formação dos operadores do Direito está inadequada pois não privilegia o ensino de

conteúdos que favoreçam o desenvolvimento de uma mentalidade mais voltada à pacificação não contenciosa, fora dos padrões de resolução de litígios via sentença.

6 REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- AZEVEDO, André Gomma (de). **Manual da mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.
- ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ALMEIDA, Tânia. **Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas**. Salvador: Juspodium, 2013.
- ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. **Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso**. Folha de São Paulo. São Paulo, v. 24, 2008.
- ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José et al. **O acordo de leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade**. Revista do Direito Público, v. 10, n. 3, p. 31-50, 2015.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BEZERRA, Nathalia Chaves. **Meios Consensuais De Resolução De Conflitos Envolvendo A Administração Pública: o papel da Advocacia Pública na sua disseminação e efetivação**. 2017.
- BRASIL. Constituição.(1988). **Constituição República Federativa do Brasil**. Brasília,DF: Planalto
- _____. **Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. > Acesso em: 20 Out. 2019.
- _____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm.> Acesso em: 20 Out. 2019.
- _____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre os direitos do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.> Acesso em: 20 Out. 2019.

_____. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a **mediação** entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 20 Out 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. 20 Out 2019.

BRASIL. Conselho Nacional da Justiça. **Os 100 maiores litigantes.** Site. Publicado em 29/10/2012 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica/>. Acesso em 25/09/2019.

BRITO, Gilton Batista. O acesso à justiça, a teoria da mediação e a Resolução 125/2010 do CNJ. **Revista da Ejuse**, n. 20, 2014.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. **Revista FONOMECC**, v. 1, p. 368-383, 2017.

CAHALI, Francisco José. Convenção de arbitragem. In: **Manual de arbitragem para advogados.** Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Sem data.

CALMON, Eliana. Conciliação Judicial na Justiça Federal. In RICHIA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e Mediação:** estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** 3a ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.p. 90.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei no 9.307/96. 3a ed., rev. atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil.** Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Vol 1. p. 280-281.

CAPPELLI, Sílvia. Atuação Extrajudicial do Ministério Público. **Revista do Ministério Público**, n. 46, 2002, p. 230-260.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 30a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudo de Arbitragem, Mediação e Negociação.** Vol. 3. 1a edição. Brasília: Grupos de Pesquisas, 2003.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira; SADEK, Maria Tereza. **Juizado especial:** criação, instalação e funcionamento e a democratização do acesso à justiça. 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 79

DAS NEVES, Cleuler Barbosa; DA SILVA FERREIRA FILHO, Marcílio. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 218, p. 63-84, 2018.

DA SILVA, Carlos Roberto. Os óbices para a difusão de uma cultura não adversarial de resolução de conflitos: a necessária mudança de hábitos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 11, n. 3, p. 1324-1348, 2016.

DA SILVA, José Gomes. Conciliação judicial. **Revista Videre**, v. 1, n. 2, p. 123-134, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015

DIDIER JR, FREDIE; ZANETI JR, HERMES. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, p. 111, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 167.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. 1. p. 142.

DOMINGUES, Patrícia Martinez. **A desconstrução da cultura do litígio a partir do afastamento da mentalidade adversarial sobre a realidade conflitiva**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Uberlândia, 2017.

ENAM – Escola Nacional de Mediação e Conciliação (org). **Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, escrito por Advogados**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

EIDT, Elisa Berton. **Autocomposição na administração pública**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

ESTIVALET, Josiane Caleffi. Mediação de conflitos na esfera do poder público: uma equação (im)possível?. In: SPENGLER NETO, Theobaldo. **Do conflito à solução adequada**: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

FERNANDES, Pedro Arthur Ribeiro. **Meios consensuais de resolução de conflitos no novo Código de Processo Civil**: a conciliação e a mediação. 2015.
<<http://bdm.unb.br/handle/10483/12000>>

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo código de processo civil. IN: **VVAA**. O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE, Leonardo Queiroz et al. **Um empreendedor de políticas públicas em ação: Bresser Pereira e a reforma da administração pública de 1995 no Brasil**. 2014. <<https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/1033>>

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARASCA, Elisângela Nedel. Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania. **Revista Direito em Debate**, v. 16, n. 27-28, 2007,

MELO, Gustavo de Medeiros. A tutela adequada na reforma constitucional de 2004. In: **Revista de Processo**. 2005, p. 76 e ss.

NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 3ª reimp. São Paulo : Atlas, 2013. p 55.

NETTO, Cássio Telles Ferreira. **Contratos Administrativos e a Arbitragem**. Rio de Janeiro. Elsever, 2008

NEVES, Cleuber Barbosa Neves. Dever de consensualidade na administração pública. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/552753>>. Acesso em 20 Out 2019.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. **A arbitragem e sua utilização na administração pública**. Lexml, 2010.

LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 3ª reimp. São Paulo : Atlas, 2013. p. 54

OLIVEIRA JÚNIOR, Asdrubal Aparecido Gomes de. A mediação e a arbitragem no ensino jurídico. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos**, Florianópolis, n. 2, ano II, p. 22-23, set. 2014

PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Coleção Repercussões do Novo CPC - Processo e Administração Pública**. 1. ed. 10. v. Salvador: Juspodivm, 2016.

RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios a arbitragem. In: **Manual de arbitragem para advogados**. Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB). Disponível em: <<http://www.adambrasil.com/manual-de-arbitragem-oab-cacb/>>. Acesso em: 25 Out 19

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. Editora Acadêmica, 1994.

SILVA, Carlos Roberto da. Os óbices para a difusão de uma cultura não adversarial de resolução de conflitos: a necessária mudança de hábitos. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.11, n.3, 3o quadrimestre de 2016. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em 26/11/2019.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário**: mudança cultural. São Paulo: LTR, 2001. p. 77.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 166

SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 80, p. 69-95, 2011.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. **O que é mediação de conflitos**. Brasiliense, 2017.

SANTOS, Marcos Lincoln do; SANTOS, Tássia Carolina Padilha dos. **A efetividade da prestação jurisdicional a partir da resolução nº 125/2010 do CNJ**. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 2ª edição. São Paulo: Método, 2015. n.p.

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios Jurídicos Processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coord.). **Coleção Repercussões do Novo CPC - Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Conciliação nos conflitos sobre direitos da seguridade social. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 69, ano XIII, p. 37-48, set./out. 2011.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 2008.

VELAME, Glauber Rocha; SANTANA, Samene Batista Pereira. Justiça multiportas: da alternatividade ao princípio da adequação. **Revista Integrart**, v. 2, n. 1, 2017.

VIÉGAS, Rodrigo Nuñez; PINTO, Raquel Giffoni; GARZON, Luis Fernando Novoa. **Negociação e acordo ambiental**: o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como forma de tratamento dos conflitos ambientais. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2014.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 5, n. 1, 2012. >

WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo et al (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: **Revista de Processo**. 2011. p. 381-389. <<http://portal.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>