ISSN 2319-068X
Campo Grande/MS
dezembro/2021

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul

ESAP
Mato Grosso do Sul
Escola Superior da Advocacia Pública

PGE
Mato Grosso do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Edição n. 17

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Escola Superior da Advocacia Pública

Edição n. 17 - Campo Grande-MS, dezembro/2021
Versão corrigida janeiro/2022

ISSN 2319-068X

Revista da PGE/MS	Campo Grande	n. 17	p. 1-403	dez/2021

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
Escola Superior da Advocacia Pública

Avenida Desembargador José Nunes da Cunha, s/n
Parque dos Poderes, Bloco IV, 79031-310 - Campo Grande-MS
esap@pge.ms.gov.br

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO
Fabíola Marquetti Sanches Rahim

PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DO ESTADO DO CONTENCIOSO
Márcio André Batista de Arruda

PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DO ESTADO DO CONSULTIVO
Ivanildo Silva da Costa

CORREGEDORA-GERAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Carla Cardoso Nunes da Cunha

DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA
Ludmila dos Santos Russi

COMISSÃO EDITORIAL
Editora: Ludmila dos Santos Russi
Caio Gama Mascarenhas
Carlo Fabrízio Campanile Braga
Cristiane da Costa Carvalho
Fábio Jun Capucho
Julizar Barbosa Trindade Junior
Kemi Helena Bomor Maro
Shandor Torok Moreira
Ulisses Schwarz Viana

Diagramação: Cássia Mara Fontoura Rocha
Design Gráfico (Coordenadoria de Inteligência e Gestão Estratégica): Guido Brey Júnior

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul
Edição n. 17 (dezembro/2021)
Anual
ISSN 2319-068X

1979-1987 (1-9)
2002-2006 (10-13)
2013 (14)
2020 (15)
2021 (16)

CDU 34(05)

As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o entendimento da PGE e/ou da ESAP.

Fica vedada a terceiros a reprodução total ou parcial do conteúdo da Revista da PGE/MS, sem prévia e formal decisão autorizativa da Comissão Editorial, a qual deverá estar embasada em autorização por escrito do autor do trabalho, para fins de repasse do conteúdo.

Procuradores do Estado - Ativos

1. Adalberto Neves Miranda
2. André Lopes Carvalho
3. Adriano Aparecido Arrias de Lima
4. Ana Carolina Ali Garcia
5. Ana Paula Ribeiro Costa
6. Antônio de Souza Ramos Filho
7. Arlethe Maria de Souza
8. Caio Gama Mascarenhas
9. Carina Souza Cardoso
10. Carla Cardoso Nunes da Cunha
11. Carlo Fabrizio Campanile Braga
12. Christiana Puga de Barcelos
13. Claúdia Elaine Novaes Assumpção Paniago
14. Cristiane da Costa Carvalho
15. Cristiane Müller Dantas
16. Daniela Corrêa Basmage
17. Denis Cleiber Miyashiro Castilho
18. Doriane Gomes Chamorro
19. Eimar Souza Schröder Rosa
20. Fabio Hilário Martinez de Oliveira
21. Fábio Jun Capucho
22. Fabíola Marquetti Sanches Rahim
23. Felipe Marcelo Gimenez
24. Fernando César Caurim Zanele
25. Gustavo Machado Di Tommaso Bastos
26. Itaneide Cabral Ramos
27. Henri Dhouglas Ramalho
28. Ivanildo Silva da Costa
29. Jaime Caldeira Jhunyor
30. João Cláudio dos Santos
31. Jordana Pereira Lopes Goulart
32. José Aparecido Barcello de Lima
33. José Wilson Ramos Costa Júnior
34. Jucelino Oliveira da Rocha
35. Judith Amaral Lageano
36. Juliana Nunes Matos Ayres
37. Julizar Barbosa Trindade Junior
38. Kaoye Guazina Oshiro
39. Karpov Gomes Silva
40. Kemi Helena Bomor Maro
41. Leandro Pedro de Melo
42. Leonardo Campos Soares da Fonseca
43. Lidiane Cristina Cornaccini Salesse Lorenzoni
44. Ludmila Santos Russi
45. Luis Paulo dos Reis
46. Luiza Iara Borges Daniel
47. Marcela Gaspar Pedrazzoli
48. Márcio André Batista de Arruda
49. Marcos Costa Vianna Moog
50. Maria Fernanda Carli de Freitas
51. Maria Sueni de Oliveira
52. Mariana Andrade Vieira
53. Mário Akatsuka Junior
54. Natalie Brito Garcia
55. Nathália dos Santos Paes de Barros
56. Nélson Mendes Fontoura Júnior
57. Nilton Kiyoshi Kurachi
58. Norton Riffel Camatte
59. Oslei Bega Junior
60. Pablo Henrique Garcete Schrader
61. Patrícia Figueiredo Teles
62. Paulo César Branquinho
63. Pedro Henrique da Silva Mello
64. Rafael Antônio Mauá Timóteo
65. Rafael Coldibelli Francisco
66. Rafael Henrique Silva Brasil
67. Rafael Koehler Sanson
68. Rafael Saad Peron
69. Renata Corona Zuconelli
70. Renato Maia Pereira
71. Renato Woolley de Carvalho Martins
72. Rodrigo Campos Zequim
73. Rodrigo Silva Lacerda César
74. Rômulo Augustus Sugihara Miranda
75. Samara Magalhães de Carvalho
76. Sarah Filgueiras Monte Alegre de Andrade e Silva

77. Senise Freire Chacha
78. Sérgio Willian Anníbal
79. Shandor Torok Moreira
80. Sibele Cristina Boger Feitosa
81. Suleimar Sousa Schröder Rosa
82. Thais Gaspar
83. Ulisses Schwarz Viana
84. Vaneli Fabrício de Jesus
85. Vanessa de Mesquita
86. Vinícius Spindola Campelo
87. Virgínia Helena Leite
88. Vitor André de Matos Rocha Martinez Vila
89. Wagner Moreira Garcia
90. Wilson Maingué Neto

Relação dos Procuradores do Estado - Aposentados

1. Bernadete de Fátima Ferreira de Souza Alves
2. Elide Rigon
3. Eurildo Vieira Benjamim
4. Francisco de Paula e Silva
5. José Luis de Aquino Amorim
6. Lúcia Helena da Silva
7. Lúcio Henrique Melke Bittar
8. Manuel Ferreira da Costa Moreira
9. Maria Celeste da Costa e Silva
10. Maria Madalena Santos
11. Neusa Miranda e Silva
12. Regina Lúcia de Almeida e Souza
13. Sandra Calligaris Baís
14. Sônia Tomás de Oliveira e Silva
15. Vera Luísa de Queiroz Rodrigues da Cunha
16. Waleska Assis de Souza

Relação dos Procuradores do Estado - Falecidos

1. Acir Pires
2. Alberto Swards Lucchesi
3. Candemar Cecílio Fechner Victório
4. Francisco Antônio dos Santos e Silva
5. Jerônimo Olinto de Almeida
6. João Olegário Figueiredo
7. Nei Juares Ribas
8. Olímpio dos Santos Nascimento
9. Ricardo Nascimento Araújo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO **9**
Fabíola Marquetti Sanches Rahim ***10***

ARTIGOS **11**

A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL COOPERATIVO
Alexandre Branco Pucci ***12***

A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO PELAS DÍVIDAS JUDICIAIS DECORRENTES DE ATOS DOS DEMAIS PODERES AUTÔNOMOS
Amanda Verão Mazina ***23***

O CPC/2015 E O MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
Fabrízio Thomázio Guimarães da Silva & Vinicius Pinheiro Marques ***38***

PODERES EMERGENCIAIS DIANTE DE UMA SOCIEDADE COMPLEXA
Filipe Xavier Ribeiro ***59***

A JUDICIALIZAÇÃO E OS LIMITES DO DIREITO À SAÚDE EM FACE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO
Gleison do Prado de Oliveira & Heloisa Cristina Luiz Cappellari ***77***

A ADEQUAÇÃO DO ENTENDIMENTO JUDICIAL À NOVA LEI DE LICITAÇÕES NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA CULPA IN VIGILANDO
Ingrid Luize Bonadiman Arakaki ***94***

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL - ANPC
Julizar Barbosa Trindade Júnior ***108***

A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POSSIBILIDADES E DESAFIOS APÓS A LEI Nº. 13.129/2015
Larissa Alderete Betio de Oliveira ***132***

A DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO AGENTE PÚBLICO EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS COMO MEDIDA DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL
Mateus Simioni de Bittencourt & Arthur Sombra Sales Campos ***151***

A OBSERVÂNCIA DE TESES FIRMADAS EM REPERCUSSÃO GERAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Nathália dos Santos Paes de Barros ***166***

DA HIPÓTESE DE NÃO OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTE OBRIGATÓRIO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM JULGAMENTOS DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO REPETITIVOS, POR PARTE DOS JUÍZES E TRIBUNAIS, EM SEDE

DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO: APLICAÇÃO DIRETA DO ART. 1.041, E ART. 1.030, V, C, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Pablo Henrique Garcete Schrader ***177***

AUDIÊNCIA VIRTUAL COM AUXÍLIO DA VIDEOCONFERÊNCIA
Anselmo Prieto Alvarez & Norberto Oya ***199***

CAPACITAÇÃO DE PROCURADORES DO ESTADO 199

COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (DISPUTE RESOLUTION BOARDS) E SUA APLICABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ABORDAGEM DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM ALICERCE NA EFICIÊNCIA E CONSENSUALIDADE.
Adriano Aparecido Arrias de Lima ***202***

ESPECIFICIDADE DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A CONFIDENCIALIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.
Doriane Gomes Chamorro ***221***

AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS DE MASSA DE TRÂNSITO NO ÂMBITO DAS PROCURADORIAS-GERAIS DOS ESTADOS
José Wilson Ramos Costa Júnior ***238***

A POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL/LEGAL DA MEDIAÇÃO VIA TRANSAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO
Jucelino Oliveira da Rocha ***246***

A REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO POR MEIO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DAS AÇÕES DE SAÚDE
Kaoye Guazina Oshiro ***264***

ACORDO DIRETO EM PRECATÓRIO: A INDEVIDA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DESÁGIO EM 40%
Kemi Helena Bomor Maro ***274***

O PAPEL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO COMO VETOR PARA INCLUSÃO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Lidiane Cristina Cornaccini Sallesse Lorenzoni ***287***

SOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
UM NOVO PARADIGMA PRINCIPIOLÓGICO
Luiza Iara Borges Daniel ***308***

OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA SEARA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS EM BUSCA DA EFETIVIDADE.
Senise Freire Chacha ***328***

OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS (CRD) E SUA UTILIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO NO BRASIL – ANÁLISE SOBRE A VIABILIDADE JURÍDICA E ADEQUAÇÃO
Carlo Fabrizio Campanile Braga ***347***

A IMPORTÂNCIA DO DESENVOLVIMENTO DE COMPETÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
Ludmila dos Santos Russi ***373***

AUDIÊNCIA VIRTUAL COM AUXÍLIO DA VIDEOCONFERÊNCIA[1]
Anselmo Prieto Alvarez & Norberto Oya ***390***

1 Não constou na primeira versão por erro de editoração, incluído na segunda para correção

ESAP
Mato Grosso do Sul
Escola Superior da Advocacia Pública

PGE
Mato Grosso do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Apresentação

Em mais um ano marcado por grandes desafios, a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul oferta à comunidade jurídica exemplar de sua revista eletrônica, trazendo nesta edição artigos sobre temas relevantes relacionados à atividade da advocacia pública, ao processo civil, à nova lei de licitações, entre outros.

Graças à heterogeneidade dos autores é possível ter à disposição para leitura, artigos que ilustram diferentes perspectivas jurídicas, agregando o diálogo entre os operadores jurídicos.

Ainda como forma de comunicar à sociedade o resultado de recente capacitação de Procuradores do Estado em mediação, conciliação e arbitragem, com recursos do PROFISCO II, esta edição inclui o trabalho de conclusão de curso dos participantes demonstrando a vantajosidade para o Poder Público na adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Também é apresentado nesta edição, artigo referente à necessidade de fortalecimento do sistema de gestão de pessoas nas organizações públicas, focado num modelo de gestão por competência, com vistas à concretização do planejamento estratégico institucional.

Convidamos o leitor a participar conosco e usufruir da obra, que pretende contribuir ao debate jurídico e ao fomento de novos estudos sobre o Direito.

Fabíola Marquetti Sanches Rahim
Procuradora-Geral do Estado

ESAP
Mato Grosso do Sul
Escola Superior da Advocacia Pública

PGE
Mato Grosso do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Artigos

A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL COOPERATIVO

Alexandre Branco Pucci[1]

RESUMO

O artigo trata da atividade probatória dentro do modelo cooperativo adotado pelo CPC/2015, identificado por uma atividade instrutória compartilhada pelas partes e o juiz, fundamento da instrução probatória oficial e da dinamização do ônus da prova, com destaque ao direito de produção da prova atípica como decorrência da própria atipicidade do direito subjetivo de ação, não sem antes transitar pelos modelos ativista e garantista de direção do processo, para assim concluir que a prova atípica deve ser lícita, moralmente legítima e compatível com a lei material e processual, dependendo a sua admissão das circunstâncias do caso concreto, sem que isso importe no desvalor da prova atípica diante do meio legalde prova.

Palvras-chave: Processo Civil Cooperativo. Atividade Probatória. Prova Atípica.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O aumento dos poderes do juiz tem gerado veementes debates jurídicos desdeo começo do século passado.

Com o início do Estado Social, como meio de garantir uma maior proteção aos cidadãos, o Estado deixou a sua situação de inércia diante das relações jurídicas. Esta circunstância resultou, como destaca Bruno Miragem,

> . . . da nova concepção de Estado vigente, afastando-se da concepção originária do Estado Liberal, no qual este se limitava ao papel de árbitro dos conflitos interindividuais. Passa, então, a ter um papel ativo no processo econômico e social, inclusive com a tarefa precípua de organizar e recompor os diversos interesses presentes na sociedade. Para tanto, a previsão de novos direitos fundamentais sociais e econômicos faz deste novo Estado Social um partícipe ativo na proteção e realização destes novos interesses(MIRAGEM, 2020, 4.5).

Nesse cenário a figura do juiz tem fundamental participação no restabeleci- mento da paz social. O "Estado Social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado dedesempenhar perante a sociedade" (DINAMARCO, 2005, p. 188). O juiz deixa de ser um meroobservador e com isso passa a garantir um processo efetivamente equilibrado, justo e tempestivo.

Esse novo papel do juiz como diretor do processo "decorre, em verdade, da reconfiguração do

1 Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - FDC. Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso do Sul – alexandrebp@hotmail.com.br

próprio Estado Democrático de Direito" (RAMOS NETO, 2021, p. 19).

Não se pode negar que a instrução processual é uma das atividades mais importantes na solução da lide, especialmente nas causas que versam sobre matéria de fato, sabido que a controvérsia será resolvida a partir das provas produzidas processo. Não obstante,os poderes instrutórios do juiz recebem tratamentos diversos nos ordenamentos jurídicos, tudoa depender da diretriz ideológica do legislador. A compreensão do processo, salienta Robson Renault Godinho,

> . . . como fenômeno cultural e ideológico não é recente, mas pode-se considerar que há novidades nos argumentos e na intensidade dos debates doutrinários, com ampla produção de estudos envolvendo o que vem sendo denominado de 'publicismo' (ou 'ativismo') e 'privatismo' (ou 'garantismo') processual (GODINHO, 2016).

Os debates sobre a condução e instrução do processo são de fundamental importância na reavaliação dos quadrantes clássicos de compreensão dos poderes do juiz na condução da prova: se mero espectador impassível diante do duelo judicial ou um agente dotadode ilimitados poderes instrutórios.

Na doutrina internacional, é interessante anotar, o assunto tem ganhado desta-que sob o ponto de vista ideológico. O panorama de forma resumida é apresentado por EduardoChemale Selistre Peña:

> Juristas como Franco Cipriani e Girolamo Monteleone, na Itália, Montero Aroca, na Espanha, e Alvarado Velloso, na Argentina, chamados 'garantistas', afirmam que a concepção publicista do processo - na qual se defende o protagonismo do juiz, sob o argumento de que o processo não é coisa das partes e se reveste de interesse público,representado na busca do ideal de justiça - não tem fundamentos técnicos e científicos,e sim políticos, haja vista ter sido gestada sob a influência das ideologias fascista e totalitária que imperaram em alguns países da Europa na primeira metade do século XX.
>
> Com o ativismo processual objetiva-se reprimir, quando não eliminar, a liberdade doscidadãos, porquanto se restringe a autonomia e limita-se o exercício de direitos subjeti- vos substanciais e processuais. Com a sujeição das partes aos poderes do juiz, vive-sesob um totalitarismo processual angustiante e penoso, responsável pela descrença no Judiciário.
>
> Por conseguinte, não está o processo em consonância com as garantias constitucionaisda isonomia, ampla defesa, devido processo legal e imparcialidade do julgador.
>
> De outro lado, entre outros, Barbosa Moreira, no Brasil, Joan Picó I Junoy, na Espanha,e Giovanni Verde, na Itália, chamados 'publicistas', admitem que a ideologia e o regime político podem influenciar o ordenamento processual, mas ponderam que istonão ocorre sempre, de forma automática e inflexível, o que é facilmente constatado naprática.
>
> Segundo os 'publicistas', a atribuição de poderes ao juiz tem fundamento técnico, pois objetiva permitir a ele perseguir a verdade, esclarecer os fatos para chegar o maispróximo possível da certeza, independentemente da atuação das partes, pois só assimcumprirá sua missão de pacificar com Justiça (PEÑA, 2014, pp. 19/20).

Pode-se argumentar que os poderes instrutórios do juiz não são compatíveis com "as garantias constitucionais da isonomia, ampla defesa, devido processo legal e imparcia- lidade do julgador." Entretanto, garantir ao juiz a possibilidade de produzir provas é o melhor modo para a formação do seu convencimento. Para evitar o processo autoritário, basta que a prova produzida seja justificada e controlada pelas partes.

Aliás, lembre-se que à luz do CPC/1939 a norma que tratava da matéria diziaque o juiz "poderá" ordenar diligências. No CPC/1973 a redação foi alterada para "caberá", o que foi repetido pelo art.

370 do CPC/2015: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.” Isso que dizer que a produção de provas ex officio não é uma faculdade, mas sim um dever-poder instrutório como bem sublinhaJulio Guilherme Müller:

> O poder instrutório do juiz, assim, funciona como um dever-poder quando, dependendo do contexto probatório de cada caso concreto, e considerando variáveis como a duração do processo, o tempo/utilidade para a produção de novas provas e aquelas já produzidas, mostrar-se razoável e proporcional à realização, renovação ou repetição de novas provas como condição necessária para uma decisão justa (MÜLLER, 2017, 4.3.1).

A verdade é que no processo civil contemporâneo a postura ativa do juiz é uma realidade irreversível, até porque este viés comparticipativo encontra-se em sintonia com omoderno modelo processual colaborativo.

1 MODELOS TRADICIONAIS DE DIREÇÃO DO PROCESSO

1.1 Apresentação do debate

É comum encontrar na doutrina um choque de ideais entre o que denominou-se garantismo processual e ativismo judicial. A forte oposição de ideias, como se uma necessa- riamente anulasse a outra, não tem mais lugar no dialético processo civil contemporâneo. O que se extrai da ordem constitucional vigente é um sistema democrático e cooperativo, em quelitigantes e juiz devem reunir esforços na busca da justa composição do litígio.

1.2 Modelo ativista

Sobre o significado do que vem sendo denominado ativismo judicial, ou publicismo processual, adverte Maria Elizabeth de Castro Lopes:

> A expressão ativismo judicial vem sendo utilizada de maneira frequente nos meios acadêmicos e na jurisprudência, mas seu conceito ainda não foi fixado em caráter definitivo.
>
> De modo geral, fala-se em ativismo ou para indicar a ingerência do Judiciário em temas políticos (por exemplo, a quem pertence o mandato parlamentar?) ou para caracterizar a atividade do juiz no processo, dando ênfase à liberdade e aos poderes de atuação domagistrado (LOPES, 2014).

No modelo ativista, sob o enfoque do direito processual civil, o juiz vai alémdas alegações das partes e produz provas de ofício, afastando-se do brocardo latino *iudex debetjudicare secundum allegata et probata a partibus*.

Nessa perspectiva aponta Glauco Gumerato Ramos as razões de ser da concepção ativista:

> Em linhas gerais os fundamentos dessa concepção atrelam-se a certos argumentos como: i) o juiz tem o compromisso constitucional de bem julgar; ii) a busca da verdade real seria um dever do juiz para que lhe seja possível prolatar uma sentença ‘justa’; iii) devido ao caráter publicístico do processo, o juiz deve atuar de maneira a suprir aseventuais deficiências técnicas da parte; iv) quando o juiz determina a prova de ofícionão sabe exatamente a qual das partes o respectivo fato, uma vez provado, poderá beneficiar (=princípio da aquisição) (RAMOS, 2016).

1.3 Modelo garantista

O garantismo processual enaltece o devido processo legal, valorizando a liberdade das partes, o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz. O processo é visto como uma garantia. Unicamente o juiz garantista aplicaria "corretamente as normas constitucionais", pois o juiz ativista "assume a qualidade de ser messiânico, pretendendo adaptar o mundo à sua vontade (ou semelhança)" (ASSIS, 2016, 1.098).

O processo não pode ser visto como um serviço em prol da jurisdição: "ou o processo é um direito fundamental e, portanto, garantidor da liberdade e limitador do poder, ou o processo não é um direito fundamental e, portanto, não há como utilizá-lo para chancelar o discurso em favor da tutela dos direitos ou dos escopos da jurisdição. *Tertium non datur*" (RAATZ, 2019).

1.4 Modelo cooperativo

Pautado no dever de colaboração, o modelo cooperativo represente um meiotermo entre o ativismo e o garantismo. "O debate sobre quem deve assumir o protagonismodo processo deve hoje ceder espaço à discussão do escopo da jurisdição e sobre as formas de alcançá-lo" (QUINTAS, 2018).

Não se pode pensar na preponderância de características dispositivas (adversa- rial) ou inquisitórias (não-adversarial), até porque "o processo civil não deve ter dono, mas sim, função" (QUINTAS; LINHARES, 2018).

O caso não é de escolha entre o publicismo e o privatismo, mas de equilíbrio sob a perspectiva de que somente em conjunto as partes e o juiz[2], num processo colaborativo, poderão chegar a um resultado justo.

Desse modo os poderes instrutórios do juiz não precisam ser temidos, pois "o princípio da cooperação, se for bem aplicado e compreendido pelos sujeitos do processo, impede que juiz tenha ascendência sobre os interesses e ônus das partes, evitando os abusos de autoridade, abusos de poder, e propicia, inclusive, a observância do princípio dispositivo" (AURELLI, 2015).

2 MODELO ADOTADO PELO CPC/2015

O CPC/2015 tem início com as normas fundamentais do processo civil. Precei- tua o art. 6º que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, emtempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva."

Com isso o estatuto processual positivou de forma inovadora o modelo co- operativo de processo civil. Pelo "princípio da cooperação" o legislador adotou "um modelode processo cooperativo – nitidamente inspirado no modelo constitucional – vocacionado à prestação efetiva da tutela jurisdicional, com

2 Sobre a compatibilidade de uma ação conjunta leciona o Prof. Joan Picó i Junoy: "El derecho a la prueba supone la libertad de los litigantes de utilizar los medios probatorios que estimen oportunos para lograr el convencimiento del juez acerca de lo discutido en el proceso, pero de ello no puede deducirse que éste no deba disponer ex officio actividad probatoria alguna. El reconocimiento dei derecho a la atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma dei juez. Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y sólo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación ex officio del juzgador se configurase no como una facultad sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir, como un deber que impidiese o limitase la eventual iniciativa probatoria de las partes" (JUNOY, 2003).

ampla participação de todos os sujeitos processuais,do início ao fim da atividade jurisdicional" (BUENO, 2016, p. 55).

Na concepção cooperativa não existe protagonista[3]. Os atores do processo (partes e juiz) têm uma divisão de trabalho na qual todos, em regime de diálogo, atuam em pé de igualdade numa "comunidade de trabalho"[4].

Apesar da oposição de interesses, a conduta de cada sujeito do processo deve contribuir na busca da verdade, na justa composição da lide. Mas tem um detalhe: o comportamento esperado das partes é de colaboração em relação ao juiz e não com o adversário.Nesse sentido esclarece Newton Pereira Ramos Neto:

> Na perspectiva da cooperação entre as partes, portanto, a boa-fé no processo democrá-tico não pode ter o sentido de que cabe a elas atuarem de maneira a revelar a verdadedos fatos, colaborando inclusive com a pretensão de seu adversário. No modelo de processo cooperativo visto sob as lentes da Constituição a boa-fé ganha uma dimensãoreduzida, no sentido de que devem as partes agir com lealdade na qualidade de par- ticipantes do processo, sem eliminar, contudo, seu agir estratégico (RAMOS NETO, 2021, p. 238).

3 PRODUÇÃO DE PROVAS NO MODELO COOPERATIVO

Como se disse os poderes instrutórios do juiz possuem feições distintas con- forme o modelo de processo adotado. No modelo adversarial - informado pelo princípio disposi- tivo, cabe às partes tomar a iniciativa probatória, não competindo ao juiz perseguir a verdade dos fatos; no modelo publicista - informado pelo princípio inquisitivo, a instrução do processo deve buscar a completa elucidação dos fatos, daí a atribuição acentuada de poderes ao juiz na busca da verdade real; no modelo cooperativo, a nota distintiva é o equilíbrio participativo entre as partes e o juiz, sem relação de supremacia entre os sujeitos do processo.

No contexto do processo cooperativo o juiz, de modo sensato, deve se valer detodos os instrumentos colocados pela legislação à sua disposição, como a instrução probatória oficial (ainda que subsidiariamente) e a possibilidade de inversão do *onus probandi*, para que assim o processo retrate, o mais fielmente possível, a realidade dos fatos (FARIA, 2017, 4.1.3).

Na linha do processo cooperativo, em matéria probatória, o novel estatuto autorizou a dinamização da distribuição do ônus da prova. Seguindo a proposta de criação de um modelo cooperativo, o legislador estabeleceu essa interessante modificação na temática probatória, relacionada com a superação

3 No estatuto processual revogado era diferente, pois a organização da instrução não era fruto de uma ação compartilhada. "Os arranjos normativos relacionados à prova oral no CPC de 1973 refletiam uma preponderância do modelo inquisitório e, portanto, da ideologia publicista. Apesar de a necessidade da prova oral ser requerida pelas partes, sua admissão dependia de decisão do juiz deferindo-as ou não (CPC/73, arts. 331, § 2º e 400). A produção, realizada obrigatoriamente na audiência de instrução (CPC/73, art. 410), tinha na figura do magistrado uma posição de protagonista da cena processual. Além de presidir os trabalhos e exercer o poder de polícia (CPC/73, arts. 445 e 446), a inquirição era por ele realizada (CPC/73, arts. 413 e 416), a quem competia, ainda, deferir ou rejeitar perguntas que, a seu juízo, não eram formuladas adequadamente segundo os parâmetros legais ou pontos controvertidos por ele definidos (CPC/73, art. 451). Além disso, o CPC anterior assegurava ao juiz poder instrutório genérico para, de ofício, determinar a produção das provas que entendesse necessárias para o seu convencimento (CPC/73, art. 130), e específico para ordenar a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas, e, ainda, a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando sobre fato determinado relevante divergissem as suas declarações (CPC/73, art. 418)". Mas "o protagonismo judicial permanece em vários aspectos da produção da prova oral, tais como a direção da audiência de instrução, o poder de polícia (NCPC, art. 360), o indeferimento de questionamentos inadequados (NCPC, art. 443), o poder instrutório em geral (NCPC, art. 370) e o específico, para determinar a inquirição de testemunhas referidas ou proceder a acareação (NCPC, art. 461)" (MÜLLER, 2017, II, 2.1).

4 (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, 3.2.1)

da distribuição meramente estática do ônus da prova, admitindo expressamente a sua dinamização a depender das condições do caso concreto (MA- CÊDO; PEIXOTO, 2016). Dentro deste ambiente cooperativo, explica Newton Pereira RamosNeto,

> Diante do caso concreto, a distribuição estática do ônus da prova - cada um deve provar aquilo que alega - pode se revelar insuficiente com vistas à promoção de tutelajurisdicional adequada e efetiva. Nessas condições, atentando para a circunstânciade que o direito fundamental de acesso à justiça inclui o direito à prova, poderá o juiz alterar as condições apriorísticas de produção desta, de maneira que o ônus de provar recaia sobre quem tem melhores condições de provar. Retira-se o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade para suportá-lo, deslocando-o para quem possui viabilidade fática de produzir a prova essencial ao desfecho da lide(RAMOS NETO, 2021, 3.1.2.7).

E assim deve ser porque a prova, além de ser um corolário do próprio direitode ação, representa garantia constitucional de acesso à justiça.

4 PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS

A regulamentação da prova[5] acontece apenas no âmbito infraconstitucional, ainda que a Constituição vede genericamente a denominada prova ilícita. Para além das provasprevistas em lei, as chamadas provas típicas, tem o juiz a faculdade de autorizar a produção deprovas atípicas ou não previstas em lei.

"Muito embora tenham existência fática, as provas atípicas não receberam dalei a respectiva previsão, fato que resulta por suscitar posições dissonantes no seio doutrinário e jurisprudencial, à vista de sua recorrente utilidade para a elucidação dos fatos da causa" (COIMBRA, 2018, p. 61).

São meios típicos de prova disciplinados no CPC/2015, dentre outros, a provatestemunhal, a prova documental e a confissão. "Não obstante a existência de meios típicos, o NCPC, seguindo sistemática já existente no Código de Buzaid, dispõe que as partes têm o direitode empregar também meios probatórios não especificados na legislação para provar a verdadedos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, bem como para influir eficazmente na convicçãodo juiz" (MÜLLER, 2017, II, 1.3).

A liberdade de utilização de todos os meios legais, bem como os moralmentelegítimos, acaba por assegurar a concretização das provas e um julgamento adequado da demanda.

5 CRITÉRIO DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA

O sistema normativo estabelece os critérios que norteiam o juízo de admissibi-lidade da prova, ainda que a legislação brasileira se filie claramente ao princípio da liberdade daprova (LOPES, 2002, p. 170)[6]. A Constituição em seu art. 5.º, LVI, dispõe que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". O mesmo tom foi adotado pelo art. 369 do CPC/2015. A propósito da (i)licitude da prova comenta Arthur Thompsen Carpes:

> A ilicitude da prova constitui primeiro standard a ser observado no juízo de admissibili- dade: seja na perspectiva material ou na perspectiva processual, as provas contrárias ao direito não devem ser admi-

5 O termo "prova" é aqui utilizado em sua acepção de "meio de prova".

6 Lição também aplicável ao CPC/2015.

> tidas e, por conseguinte, ainda que tenham sido produzidas,não tem qualquer efeito, especialmente no que diz respeito à sua valoração em juízo (CARPES, 2016, II, 4).

O segundo filtro à admissibilidade da prova é a pertinência, que envolve a aferição do *thema probandum*[7] (os fatos que fundamentam a ação e a defesa). Os limites da produção da prova encontram-se intimamente ligados às divisas das alegações apresentadas pelas partes (TARUFFO, 2012a, p. 22). Por isso, é impertinente a prova sobre fato estranho à causa.

Por último, a relevância, que representa a contribuição que a prova poderá darà prestação da tutela jurisdicional. Além de pertinente[8], a prova requerida deve possuir o condãode efetivamente contribuir para o juízo de procedência ou improcedência do pedido. Mas deve-se pontuar que toda prova potencialmente útil deve ser admitida como ensina Taruffo (o princípioda relevância deve ser *inclusivo*) (TARUFFO, 2012b, p. 142).

6 A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL

Mantida de certo modo, pelo CPC/2015, a mesma estrutura do CPC/1973 emrelação ao sistema probatório, "abre-se pela ampla defesa todos os meios legítimos de produçãode provas na esfera processual aos envolvidos, tanto as provas taxadas (típicas) com as não taxadas (atípicas)" (THAMAY; RODRIGUES, 2016). Também, "mesmo que não houvesse a previsão legal para a admissão das provas atípicas no processo, ainda assim elas seriam admissíveis em virtude da incidência do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios"(AMARAL, 2017, 3.2). Pode-se dizer, em última análise, que a atipicidade probatória acaba sendo mesmo uma decorrência da atipicidade do direito de ação (AMARAL, 2017, 10.2).

Então, além das hipóteses previstas em lei (provas típicas), pode o juiz permitir a adoção de outros meios de prova (provas atípicas), até porque, como coloca Marcelo José Magalhães Bonizzi, seria mesmo difícil imaginar que todos os meios de prova poderiam ser pre-nunciados e que as partes estariam impedidas de utilizar aqueles não tipificados para comprovara ocorrência de certos fatos. A continua evolução da tecnologia da informação, apenas para ficarnum simples exemplo, rapidamente se incumbiria de criar meios de prova não previstos em lei,colocando em risco qualquer tentativa do legislador de estabelecer, com exclusividade, quais seriam os legítimos meios de prova (BONIZZI, 2017, segunda parte, 1).

As orientações, no contexto doutrinário, quanto ao direito à prova atípica sãoresumidas por Francisco Jorge Gemaque Coimbra:

> No contexto doutrinário, há uma orientação restritiva, segundo a qual, não são admissí- veis as provas não tipificadas na lei, sendo taxativo o rol legal; outra orientação, maisflexível embora admita tais

7 Sobre o tema probatório ainda é válida a advertência de Adroaldo Furtado Fabrício: "A delimitação prévia do thema probandum, que sobre decorrer de imperativo legal é instrumento extremamente útil aos objetivos da economia e da operacionalidade do processo, é quase invariavelmente omitida" (FABRÍCIO, 2011).

8 Sobre a pertinência e relevância da prova vale citar a magistral lição de Calmon de Passos: "Diante de um fato controvertido, o primeiro cuidado do julgador deve ser examinar sua pertinência; subseqüentemente, sua relevância, se acaso admitido como pertinente; por último, a pertinência e a relevância não mais do fato em si mesmo, mas da prova que sobre esse fato a parte pretende produzir. Impertinente o fato, desnecessária a prova mesmo que pertinente, porém irrelevante. Também desnecessária a prova, de fato pertinente e relevante, quando já suficientemente provado nos autos, o que deslegitima a prova subseqüente desnecessária; por fim, se pertinente e relevante o fato, ainda se dispensará a audiência quando a prova que sobre ele se pretende produzir é impertinente ou irrelevante, isto é, prova inadmissível para o fato ou prova incapaz de modificar a convicção sobre ele formada pelo magistrado, com apoio nos elementos já existentes nos autos" (PASSOS, 2005, p. 463).

> provas, cuida de conferir-lhes menor eficácia probatória, atribuindo-lhes valor indiciário; há, ademais, um terceiro entendimento, de que, se por um lado tais provas não foram catalogadas pela lei, tampouco a lei estabeleceu a taxati- vidade dos meios que instituiu, sendo assim admissíveis, desde que não constituam mera versão de provas típicas que, enquanto tais, seriam nulas ou inadmissíveis por vício legal (COIMBRA, 2018, p. 62).

Antes de tudo é preciso dizer, como esclarece Francisco Jorge Gemaque Coimbra, que na mesma proporção em que a inexistência de norma explícita que limite os meiosde prova às hipóteses legalmente elencadas autoriza a utilização da prova atípica, a mesma *ratio* impõe, por consequência, o seu controle pelo juiz, que para além do exame acerca da admissibilidade, deverá verificar a compatibilidade do meio atípico com o sistema da prova, tendo-se, por exemplo, como inadmissível a prova atípica que constitua mera versão de prova típica eivada de vício de legalidade[9] (COIMBRA, 2018, p. 84).

A cláusula geral de atipicidade dos meios probatórios deve se conformar como modelo constitucional de processo. A vedação ou proibição ao meio de prova pode ocorrer tanto no plano do direito material[10] quanto no de direito processual. Sob esse aspecto acrescentaJoão Batista Lopes:

> O direito material ocupa-se precipuamente com a essência das provas, indicando seuvalor, sua admissibilidade, suas conseqüências etc.
>
> Já o direito processual procura disciplinar a forma de colheita das provas, o momentoe o lugar de sua produção, as regras sobre o ônus da prova, os poderes do juiz na produção da prova etc. (LOPES, 2002, p. 29)

Afora a garantia de proibição da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, outros direitos processuais fundamentais influenciam na produção da prova, como por exemplo o contraditório. Portanto, a despeito da possibilidade de produção de prova atípica, ou da produção de meio de prova legal, mas de forma ou modo diverso ao modelo procedimental[11], deve-se observar na medida do possível[12] as garantias constitucionais do processo.

Por outro lado, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Are- nhart, quando o art. 369, do CPC/2015, fala em meios moralmente legítimos, não está con- frontando o que é legal com o

9 "Assim, por exemplo, se o art. 447, § 1.º afirma que o interdito por enfermidade não pode depor como testemunha, não é possível pedir o seu depoimento sob o rótulo de prova atípica" (MARINONI; ARENHART, 2019, 16.1).

10 O empréstimo de uma interceptação telefônica (regulamentada pela Lei nº 9.296/1996), para utilização num processo fora do âmbito criminal, viola o direito material ao sigilo das comunicação, caracterizando hipótese de prova ilícita (AMARAL, 2017, 5.2.8).

11 Por exemplo, a declaração extrajudicial prestada pelas partes ou por terceiros, já que a informação não ingressará no processo pela via do depoimento prestado em audiência. "Nessa hipótese o julgador estabelece contato com a informação por forma diversa da prevista em lei. Aí reside a atipicidada dessa prova" (AMARAL, 2017, 4.4).

12 Sempre que possível pois muitas vezes não se pode ter, por exemplo, uma prova pré-constituída sob o crivo do contraditório como adverte José Carlos Barbosa Moreira: "Eu hoje gostaria até de retificar algumas afirmações que fiz, muito peremptórias, muito categóricas, a respeito da garantia do contraditório na atividade de instrução, em artigo escrito já há alguns anos. Nele eu dizia, entre outras coisas, que é preciso que as partes tenham sempre igual oportunidade de participar da formação da prova. Hoje já não escreveria isso com as mesmas palavras. Acho que a formação da prova pode, em certos casos, ser legítima mesmo escapando a essa rígida observância do princípio do contraditório. Aliás, o Prof. Taruffo me confortou, porque também evoluiu. Recentemente li um livro desse eminente jurista italiano, uma monografia sobre 'A prova do fato jurídico', inserto no Tratado de Direito Civil dirigido por Messineo. São vários volumes, cada um dos quais dedicado a um tema; e, como esta matéria está regulada na Itália no Código Civil, fez-se um volume relativo à prova no Tratado de Direito Civil, mas teve-se o bom senso de chamar um processualista para redigir o volume. Não quero dizer que os civilistas sejam menos competentes em matéria de prova; mas certo tipo de problema, naturalmente, apresenta maior probabilidade de ser equacionado e resolvido de maneira mais feliz quando é versado por alguém que tem outro enfoque a respeito da matéria. Pois bem: a certa altura, diz Taruffo: a marca de uma freiada no asfalto não foi feita sob contraditório e, no entanto, não pode deixar de apresentar valor como prova, em muitos casos. Todos sabemos que, realmente, não é possível exigir que a prova pré-constituída tenha sido sempre formada sob a égide do contraditório" (MOREIRA, 2011).

que é moral, mas apenas frisando que esses meios (moralmente legítimos) são aqueles não tipificados na lei. Ou seja, todos os meios de prova necessitam estarem consonância com o direito, no entanto, podem ser típicos ou atípicos, conforme estejam ounão previstos em lei. O fato de um meio de prova não ter previsão legal nada tem a ver com a suamoralidade, pois a admissibilidade de uma prova é estabelecida pela sua conformação ou não com o direito (MARINONI; ARENHART, 2019, 16.1).

Não há uma hierarquia legal entre as provas típicas e atípicas. Desse sentir[13] é Julio Guilherme Muller:

> Sendo os meios utilizados moralmente legítimos, e não sendo o caso de prova constitu- cionalmente ilícita, devem os sujeitos processuais empregar indistintamente qualquermeio de prova, sem preferência dos típicos em relação aos atípicos. Aliás, o próprio regime de preclusões e a eventualidade não recomendam a proposição e produção de provas por etapas condicionadas à utilidade do meio para provar a verdade dos fatos e influir eficazmente na convicção. O texto legal não revela a opção política porregime de precedência condicionada (primeiro as provas típicas e subsidiariamente as atípicas). Ao contrário, o art. 369 do NCPC revela o direito ao uso de qualquer uma delas indistintamente, observadas as restrições legais e constitucionais.
>
> O que parece correto dizer é que a utilização de provas atípicas na formação do convencimento deve ser objeto de um ônus argumentativo adequado, de modo a cotejaro meio usado e não previsto em lei com a garantia da parte de não ter contra si provasilícitas ou moralmente ilegítimas (MÜLLER, 2017, II, 1.3).

Contudo, em remate, a preferência de emprego é o da prova típica. Esta foi aconclusão de Paulo Osternack Amaral na sua tese de Doutorado, ao defender que o emprego daprova atípica é residual. Somente mediante justificativa as partes e o juiz poderão se valer de ummeio de prova não tipificado. Mas isso não quer dizer que uma prova atípica só será admitida nainexistência de uma prova típica ou que ela terá valor inferior. “A complexidade de uma situação,a irrepetibilidade de uma prova ou a inaptidão concreta dos meios previstos em lei, em tese, podem justificar o emprego de meios atípicos” (AMARAL, 2017, 10.4).

SÍNTESE CONCLUSIVA

O processo civil cooperativo foi expressamente positivado pelo CPC/2015, resultando daí uma participação equilibrada dos sujeitos processuais, fundamento da instruçãoprobatória oficial e da dinamização do ônus da prova.

Ao lado dos modelos probatórios, foi consagrada a ampla liberdade de instru-ção sujeita aos limites da Constituição, da lei e dos princípios éticos e morais.

Prova atípica é aquela que não possui previsão na lei ou é produzida por modelo procedimental diverso do legal.

O direito à prova típica ou atípica é um direito fundamental. Tal como existeum direito subjetivo de ação, pode-se afirmar que existe um direito subjetivo à prova (adequada), desde que ela não seja ilícita.

Mas não basta a licitude como parâmetro para a produção da prova atípica. Asprovas não previstas em lei precisam ser compatíveis com a lei material e processual, além de observar critérios morais previstos ou não em lei.

13 Também Bruno Cavalonne (CAVALLONE, 1978, p. 708) e Michele Taruffo (TARUFFO, 2005, pp. 418/420).

A admissão da prova atípica vai depender das circunstâncias do caso concreto, importando para tanto a viabilidade ou não de um meio típico de prova e a observância das garantias constitucionais na produção da prova.

Além do mais, não existe uma relação de hierarquia entre as provas típicas e atípicas, mas tão somente uma preferência da prova típica, que poderá ser afastada quando concretamente a solução não prevista em lei seja a mais adequada.

E a prova atípica deverá receber o mesmo valor da prova típica, desde que bem ponderada à vista dos demais elementos de prova do processo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, P. O. *Provas*: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

ASSIS, A. de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. II. livroeletrônico.

AURELLI, A. I. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual / ativismo judicial. In: RBDPRO (ed.). *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. v. 90.

BONIZZI, M. J. M. *Fundamentos da prova civil*: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

BUENO, C. S. *Novo código de processo civil anotado*. 2º. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. livroeletrônico.

CARPES, A. T. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2016. livroeletrônico.

CAVALLONE, B. Critica della teoria delle prove atipiche. In: PROCESSUALE, R. di diritto (ed.). Padova: Rivista di diritto processuale, 1978. v. 4.

COIMBRA, F. J. G. *Juiz, prova e instrução probatória nos processos*: à luz do Civil Law e do Common Law. Curitiba: Juruá, 2018.

DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 12º. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. FABRÍCIO, A. F. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: WAMBIER,

L. R.; WAMBIER, T. A. A. (org.). *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: RT, 2011. v. 3. livro-eletrônico.

FARIA, M. C. *A lealdade processual na prestação jurisdicional*: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

GODINHO, R. R. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Prova*. 2º. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

JUNOY, J. P. La iniciativa probatoria del juez civil: a proposito de un caso. In: LLUCH, X. A.; JUNOY, J. P. (coord.). *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Barcelona: J.M. Bosch, 2003.

LOPES, J. B. *A prova no direito processual civil*. 2º. ed. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, M. E. C. Ativismo judicial e novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Reflexões sobre o no CPC*. São Paulo: RT, 2014.

MACÊDO, L. B. de; PEIXOTO, R. O CPC/2015 e a dinamização do ônus da prova: aspectos essenciais para a compreensão das mudanças. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Coleção novo CPC - doutrina selecionada - provas*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Prova e convicção*. São Paulo: RT, 2019. livroeletrônico.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Curso de processo civil*: Teoria geral do processo civil. 6º. ed. São Paulo: RT, 2021. v. 1. livroeletrônico.

MIRAGEM, B. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2020. livroeletrônico.

MOREIRA, J. C. B. Provas atípicas. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (org.). *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: RT, 2011. v. 4. livroeletrônico.

MÜLLER, J. G. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*: Análise econômica e jurídica. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

PASSOS, J. J. C. de. *Comentários ao código de processo civil*. 9º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. III.

PEÑA, E. C. S. *Poderes e atribuições do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

QUINTAS, F. L. Para que um novo Código de Processo Civil? Uma reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). *Doutrinas essenciais - novo processo civil*. São Paulo: RT, 2018. I.

QUINTAS, F. L.; LINHARES, G. A estabilização da demanda no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis: novas reflexões sobre a alteração do pedido e da causa de pedir à luz do Código de Processo Civil de 2015. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). *Doutrinas essenciais - novo processo civil*. São Paulo: RT, 2018. IV.

RAATZ, I. Processo, liberdade e direitos fundamentais. In: ALVIM, T. A. (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019. v. 288.

RAMOS, G. G. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Provas*. 2º. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAMOS NETO, N. P. *Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2021.

TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. 2º. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. TARUFFO, M. *Fatti e prove*: La prova nel processo civile. Milano: Giuffrè, 2012a.

TARUFFO, M. *La semplice verità - il giudice e la construzione dei fatti*: tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012b.

THAMAY, R. F. K.; RODRIGUES, R. R. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Coleção novo CPC - doutrina selecionada - provas*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. livroeletrônico.

A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO PELAS DÍVIDAS JUDICIAIS DECORRENTES DE ATOS DOS DEMAIS PODERES AUTÔNOMOS

THE RESPONSIBILITY OF EXECUTIVE POWER FOR CLAIMS ARISING FROM ACTS OF THE OTHER AUTONOMOUS POWERS

Amanda Verão Mazina[1]

RESUMO

Trata-se de artigo que aborda de forma crítica a responsabilidade do Poder Executivo em realizar o pagamento das dívidas oriundas de ações judiciais em face dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como dos órgãos autônomos: Ministério Público, Tribunais de Contas e Defensoria Pública. Para tanto, discorre sobre o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos. Analisa-se, de forma não exaustiva o sistema de planejamento e orçamento brasileiro estampado na Constituição Federal de 1988 e o conceito de duodécimos. Desaprova a ausência de autorização de desconto no repasse de duodécimos das dívidas decorrentes de atos dos Poderes e órgãos autônomos, e a oneração exclusiva no orçamento do Poder Executivo. Por fim, apresenta o posicionamento dos diversos Tribunais de Contas em resposta a consultas sobre o tema e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em trâmite no Supremo Tribunal Federal que discute desconto no duodécimo do Poder Judiciário estadual.

PALAVRAS-CHAVES: Repasse de Duodécimo; Separação dos Poderes; Responsabilização exclusiva do Poder Executivo.

ABSTRACT

This is an article that crittically approsch the responsability o fone of the three branches of power: the Executive, whom pays debts arising from lawsuits against the Legislative and the Judiciary, as well as the autonomous bodies: the Public Prosecution Service, the Courts of Accounts and the Defender. Therefore, it discusses the principle of separation of power and the system of checks and balances. The Brazilian planning and budget system stamped in the 1988 Federal Constitution and the concept of twelfths are not exhaustively analyzed. It disapproves of the absence of permission of the discount in the transfer of twelfths of debts resulting from acts of autonomous Powers and organs, and the exclusive encumbrance of the budget of the Executive Power. Finally, we present the position of the various State Courts of Accounts in response to consultations on the subject and the Allegation of Disobedience of Fudamental Precept pending in the Supreme Federal Court that discusses discount in the twelfth of the state judiciary.

KEYWORDS: *Transfer of Twelfths; Separation of Powers; Exclusive responsibility of the Executive Power.*

1 Bacharel em Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (Uniderp). Pós-graduada em Direito Público pela Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público – EDAMP e UNIGRAN. Assessora jurídica lotada no Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado. E-mail: amandaverao@gmail.com.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Separação Tripartida de Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos. 2. Autonomia Funcional, Administrativa e Financeira dos Poderes. 3. Do Orçamento Próprio dos Poderes e dos Órgãos Autônomos. 4. Do Repasse do Duodécimo. 5. Crítica a Responsabilização do Poder Executivo pelas Dívidas Judiciais Decorrentes de Atos dos Demais Poderes Autônomos. 6. O Entendimento dos Tribunais de Contas. 7. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 454. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil tem como princípio fundamental a tripartição dos Poderes garantida pela Constituição Federal de 1988, oriunda da teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu na obra "O espírito das leis".

O intuito do constituinte originário foi a dispersão do poder para evitar a concentração em uma só autoridade, desta forma assegurou a divisão de funções estatais entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e garantiu a autonomia administrativa e financeira do Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública, de modo que há controle recíproco entre eles com a finalidade de dificultar o abuso de poder.

Ainda, como forma de resguardar a autonomia desses Poderes e órgãos, a CF determina a transferência pelo Poder Executivo, na forma de duodécimos, dos recursos concernentes às dotações orçamentárias. O valor a ser transferido é fixado na Lei Orçamentária, levando em consideração a previsão das receitas e estimativa de despesas dos mencionados Poderes e órgãos.

Apesar da autonomia funcional, administrativa e financeira, os Poderes e órgãos constitucionais não possuem personalidade jurídica para figurar no polo passivo de demandas, por consequência quem responde judicialmente pelos atos por eles praticados são os entes em que estão vinculados, ou seja, União, Estado, Município ou Distrito Federal.

Nesse contexto, figura como temática do presente artigo uma crítica à responsabilização do Poder Executivo no pagamento de dívidas judicias oriundas de atos de gestão dos outros Poderes e órgãos autônomos.

Fundamenta-se, para tanto, em pesquisa bibliográfica a partir da análise de fontes secundárias, na abordagem e revisão de artigos e periódicos pertinentes a matéria, na Constituição Federal brasileira, no direito financeiro e nas demais normas que regem o tema.

Após uma breve explanação do princípio da separação dos poderes, do sistema de freios e contrapesos e de conceitos teóricos acerca do sistema financeiro brasileiro, serão colacionado entendimento de Tribunais de Contas estaduais e municipal, bem como apresentada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 454, interposta pelo Estado do Amapá em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que poderá configurar um grande marco na alteração de entendimento acerca da responsabilização do Poder Executivo pelas dívidas judiciais dos demais Poderes e órgãos autônomos.

1. A SEPARAÇÃO TRIPARTIDA DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A separação dos poderes é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, em

garantia ao Estado Democrático de Direito. Está previsto no art. 2º, da Constituição Federal de 1988 que preleciona "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*"* Ainda, conforme o inciso III, § 4º, do art. 60 do texto constitucional *"*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes*"*.

Historicamente a repartição dos poderes teve sua origem na obra "*O espírito das leis"* de Montesquieu, em 1748, a teoria foi almejada com o intuito de descentralizar o poder para conseguir alcançar um sistema de governo ideal, com a divisão e limitação das funções entre órgãos e pessoas diferente o desaparecimento do abuso político e soberano. Corresponde a divisão nas três esferas de poder: o Legislativo; Executivo e Judiciário.

No Brasil, a separação dos poderes está estruturada na Constituição Federal, de forma que, estabelece atribuições típicas a cada um dos Poderes, sendo a função do Poder Legislativo de legislar[2], a competência do Poder Executivo de governar e administrar[3], e a função jurisdicional do Poder Judiciário[4].

Atualmente, com a evolução da doutrina, entende-se que todo poder é uno no Estado e emana do povo[5], não se triparte, apesar de um só, manifesta-se por meio de órgãos que exercem funções, havendo separação ou distribuição de funções.

Bonavides (2016, p. 147), ao cuidar da reavaliação da cláusula da separação de poderes destaca que tal cláusula "vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados".

Nesse sentido, além do exercício das funções típicas da sua natureza, cada órgão pode exercer, igualmente, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o Executivo, por exemplo, além de exercer uma função típica de estabelecer políticas públicas, exerce também, uma função atípica de natureza legislativa correspondente à possibilidade de edição de medida provisória, prevista no art. 62 da CF, e outra função atípica de natureza jurisdicional vinculada ao julgamento dos processos administrativos.

Desta forma, não há que se falar em soberania de qualquer um dos Poderes em relação ao outro, há atribuição específica para cada um dos poderes, cada poder exerce a função que lhe é estabelecido pelo legislador, de modo que existe a possibilidade de um frear o outro, o chamado Sistema de Freios e Contrapesos, concebido por Bolingbroke:

> [...] para que a constituição permanecesse equilibrada e não houvesse abuso do poder político, se fazia necessário que o controle recíproco entre os poderes permitisse a independência funcional de cada poder na tomada de decisões de sua competência sem a influência do poder controlador. (BOLINGBROKE apud PIÇARRA,1989, p. 85)

Nesse sentido, ainda de acordo com Bolingbroke, citado por Piçarra (1989, p. 86) "a independência recíproca entre os órgãos constitucionais deveria ser um pré-requisito de sua mútua interdependência. "

2 Arts. 44 a 75 da CF

3 Arts. 76 a 91 da CF

4 Arts. 92 a 126 da CF

5 Art. 1, § 1º da CF

O Legislador constituinte, seguindo o princípio da separação dos poderes e consagrando o sistema de freios e contrapesos, criou um sistema de autonomia e ao mesmo tempo limites entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, à medida que, além das funções específicas de cada poder, há controle recíprocos entre eles, a fim de evitar abusos.

2. AUTONOMIA FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DOS PODERES

A Constituição Federal de 1988, assegurou a autonomia funcional, administrativa e financeira dos Poderes da União, que representam vertentes essenciais na formação da independência e do equilíbrio do Estado.

José Afonso da Silva (2014, p. 112) discorre:

> A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (...)

A autonomia funcional indica que os Poderes e órgãos constitucionais estão imunes a influência externa ao exercício das suas atividades típicas/finalística. Os agentes possuem competência e garantias estabelecidas na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais.

A autonomia administrativa possibilita os atos de gestão como a elaboração do próprio regimento, normas de regularização interna, competência para deliberação de férias, licenças, afastamento dos seus membros, entre outras prerrogativas.

Já a autonomia financeira "materializa-se na outorga dos tribunais do poder de elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. *"* (MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 859) No âmbito do Poder Judiciário, a autonomia financeira está expressa na Constituição Federal em seu art. 99, *caput*, que dispõe "Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira"

Esta disposição constitucional é válida ao Legislativo e Executivo também em vista da adoção da teoria da separação dos poderes e por tratar-se de princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Hugo Nigro Mizzalli (1995, p. 94/95) define:

> autonomia financeira é a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Essa autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que foram destinadas. Tal autonomia é inerente aos órgãos funcionalmente independentes, como são o Ministério Público e os Tribunais de Contas, os quais não poderiam realizar plenamente as suas funções se ficassem na dependência financeira de outro órgão controlador de suas dotações.

Outros órgãos também conquistaram a mesma autonomia funcional, administrativa e financeira, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas, apesar de não serem

incluídos na tripartição do poder, são detentores de independência no exercício de suas competências, a teor do disposto no art. 127, §§ 2º a 6º, art. 134, § 2º e art. 73, §§ 3º e 4º, todos da Constituição Federal.

Importante ressaltar, que a própria CF/88 impõe uma série de restrições a autonomia dos Poderes, tratando de uma autonomia limitada, que deve observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outras limitações constitucionais como parâmetros financeiros definidos no orçamento.

3. DO ORÇAMENTO PRÓPRIO DOS PODERES E DOS ÓRGÃOS AUTÔNOMOS

Conforme breve síntese realizada no tópico anterior, ao conferir autonomia funcional, administrativa e financeira aos Poderes e a determinados órgãos, atribuiu-se autonomia para elaboração de suas próprias propostas orçamentárias na lei de diretrizes orçamentárias.

A CF/88 (BRASIL, 1988, *on-line*) prevê expressamente, no § 1º, art. 99 que "os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. "

A regra é a mesma para o Poder Legislativo e para os outros órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunais de Contas), que elaboram suas propostas e previsões de gastos de acordo com as diretrizes e as enviam ao Poder Executivo.

A Constituição Federal de 1988 estipulou que o Poder Executivo detém a iniciativa privativa de encaminhamento periódico de três instrumentos básicos de planejamento e orçamento: plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, os quais só podem ser alteradas de forma limitada pelo Poder Legislativo.

O Plano Plurianual – PPA é um instrumento estratégico, de organização da atuação governamental, considerado como plano de médio prazo, que estabelece de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Conforme estabelecido no art. 35, § 2º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o prazo para o envio do projeto ao Poder Legislativo é de até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial e devolvido para sanção do Presidente até o encerramento da sessão legislativa. O instrumento possui vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente.

Em consonância com o PPA, compete a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, estabelecer metas e prioridades da administração pública e, dentre outras atribuições, orientar a elaboração da lei orçamentária anual.

A LDO visa "orientar a elaboração do orçamento, de acordo com as metas e prioridades públicas, bem como a estabelecer políticas de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento" (MESSA, 2015, p. 57), é interposta e integradora entre o PPA e a LOA, exercendo um papel tático no que tange a incorporação das leis orçamentárias. Como visto, tem ainda a atribuição de disciplinar a autonomia finan-

ceira dos Poderes e órgãos autônomos que encaminham suas propostas orçamentárias para fins de consolidação do Projeto de Lei Orçamentária[6].

O projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias deve ser encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa, conforme disposto no art. 35, § 2º, II, do ADCT

Já a Lei Orçamentária Anual – LOA é operacional, dispõe quase que exclusivamente, acerca das receitas e despesas para o exercício financeiro seguinte, com base nas suas autorizações que as despesas do exercício são executadas. A LOA evidencia a política econômica financeira e a forma de Governo.

Consoante especificado por Kiyoshi Harada (2019, p. 110):

> A lei orçamentária anual abarca o orçamento fiscal (receitas e despesas) referente aos três Poderes da União, fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, além do orçamento de investimentos das empresas estatais, bem como o orçamento da seguridade social.

O projeto de Lei Orçamentária Anual deve ser compatível com o Plano Plurianual, com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e com a Lei de Responsabilidade Fiscal, ainda segundo o art. 35, § 2º, III, do ADCT, deverá ser encaminhado pelo Poder Executivo ao Legislativo até o dia 31 de agosto de cada ano e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa.[7]

A existência dessas três leis de natureza orçamentária tem por função estabelecer um sistema coordenado de ações governamentais, de modo a utilizar os orçamentos como instrumentos para atingir os objetivos de interesse público.

A iniciativa das leis orçamentárias é de competência privativa do Poder Executivo, que por sua vez, deve organizar a proposta orçamentária anual, consolidando todo o orçamento do ente público, dos poderes e órgãos autônomos, para envia-lo ao Poder Legislativo, a quem cabe apreciar e aprovar a proposta.

Tal sistema, não configura afronta à autonomia financeira e orçamentária dos Poderes e órgãos constitucionais, os quais, "desde que adstritos aos limites previstos na lei de diretrizes orçamentárias, terão ampla liberdade para formular as propostas que, ao final, serão apreciadas pelo Poder Legislativo a partir do encaminhamento realizado pelo Executivo. " (GARCIA, 2002, *on-line*).

O inciso I, do art. 74 da CF/88 (BRASIL, 1988, *on-line*) garante que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União.

Depreende-se que a Constituição Federal do Brasil assegurou que cada Poder e órgão autônomo fosse detentor de orçamento próprio para segurança de sua independência financeira e autonomia funcional, assim dispôs que todas as receitas e despesas fossem englobadas na lei orçamentária anual de cada ente federado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

6 Isto quer dizer que todos os anos a lei de diretrizes deve anteceder à lei orçamentária anual. (HARADA, 2019, p. 109).

7 O orçamento anual é compreendido dentro do exercício financeiro e no Brasil tem coincidido com o ano-calendário, ou seja, no período que vai de 1o de janeiro a 31 de dezembro.

4. DO REPASSE DE DUODÉCIMO

Como forma de garantir a separação dos poderes e a autonomia constitucional, a CF estipula no art. 168 que o Poder Executivo, transfira na forma de duodécimos, os recursos pertencentes aos demais poderes e órgãos autônomos:

> Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. (BRASIL, 1988, on-line)

Os Poderes e Órgãos devem planejar, debater e deliberar as previsões de receitas e estimativas de despesas necessárias para concretização da autonomia constitucional e no prazo previsto na CF encaminhar a proposta orçamentária ao Poder Executivo, a quem compete consolidar todos os orçamentos no Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentária e após encaminhar ao Poder Legislativo para aprovação, concretizando assim, o sistema de freios e contrapesos para efetivação do Estado Democrático de Direito.

Nessa toada, o Ministro Celso de Mello, em sua relatoria, ao julgar o Mandado de Segurança n. º 21.291/AgRg, ressaltou que:

> [...] a norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público, um estado de subordinação financeira que comprometesse, pela gestão arbitrária do orçamento – ou, até mesmo, pela injusta recursa de liberar os recursos nele consignados –, a própria independência político jurídica daquelas Instituições.

Dessa feita, o descumprimento do repasse do duodécimo acarreta crime de responsabilidade, nos termos do art. 85, da CF[8], por atentar contra o livre exercício dos Poderes e contra a lei orçamentária, bem como, hipótese de intervenção no respectivo ente federativo, por violação ao livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação (art. 34, IV da CF[9]).

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que o Executivo de cada ente da Federação deve colocar à disposição dos demais Poderes e Órgãos, os estudos e estimativas das receitas para o exercício subsequente, no mínimo trinta dias antes do prazo final para encaminhamento de suas propostas orçamentárias.

Caso não ocorra a apresentação das propostas, o Executivo considerará os valores aprovados na lei orçamentária vigente (§ 3º do art. 99, e § 4º do art. 127 da Constituição Federal), ademais, se as propostas encaminhadas não respeitarem os limites estabelecidos na LDO, caberá o Executivo realizar os ajustes para fins da consolidação da proposta orçamentária anual a ser enviada ao Legislativo (§ 4º do art.

8 Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

(...)

VI - a lei orçamentária;

9 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

99 e § 5º do art. 127 da Constituição Federal).

A respeito do tema o Supremo Tribunal Federal (2016) decidiu:

> (...) 13. O Poder Executivo só está constitucionalmente autorizado a promover ajustes nas propostas enviadas pelos demais Poderes e órgãos autônomos, para fins de consolidação, quando as despesas projetadas estiverem em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias (arts. 99, § 4º, 127, § 5º, e 134, § 2º, da CF). 14. Inexistindo incompatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias, carece de amparo no ordenamento jurídico pátrio a alteração, pelo Executivo, das propostas encaminhadas pelos demais Poderes e órgãos autônomos, ainda que sob o pretexto de promover o equilíbrio orçamentário, assegurar a obtenção de superávit primário e/ou de reduzir o déficit projetado.

Desta forma, uma vez definida a proposta orçamentária do Poder Legislativo e Judiciário e dos órgãos autônomos em consonância com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, resta impossibilitada a ingerência do Poder Executivo, quanto ao mérito do orçamento na consolidação do mesmo.

Por sua vez, a LRF no § 1º, art. 12 preleciona que após o envio do Projeto de Lei Orçamentária Anual ao Poder Legislativo, este somente poderá reestimar a receita nele prevista, se comprovado erro ou omissão de ordem técnica ou legal.

Ressalta-se que o Poder Legislativo tem a prerrogativa de emendar o projeto da LDO nos limites previstos na Constituição e interpretados pelo STF na ADI-1050-MC (2004)[10], não podendo "inviabilizar a prestação dos serviços públicos pelo Poder Executivo, bem como a realização das funções constitucionais dos outros órgãos: a própria existência do Estado." (IVO, 2001, *on-line*).

Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, repassados em forma de duodécimo, aos poderes e órgãos autônomos da República Federativa do Brasil é impositivo ao Poder Executivo, como forma de garantia de autonomia financeira e observância ao princípio da separação dos poderes, no entanto, no caso de um acontecimento imprevisível que prejudique a arrecadação do Estado, como em caso de grave crise econômica, o Poder Executivo afim de equilibrar as contas públicas, poderá junto aos demais Poderes e órgãos estabelecer novo cálculo do valor a ser repassado.

Assim, havendo frustação da receita estimada na Lei Orçamentária Anual, os Poderes, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas deverão limitar seus gastos conforme expresso no art. 9º, da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

Ressalta-se que o § 3º do referido artigo, que autoriza o Poder Executivo a promover a limitação de empenho dos outros Poderes casos estes não o façam voluntariamente, está sendo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2238.

10 Emendas parlamentares que não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei e guardem afinidade lógica com a proposição original (vínculo de pertinência).

Em 2007 no julgamento da decisão liminar o STF considerou inconstitucional os efeitos do comando da norma, subsequentemente o julgamento do mérito da ação encontra-se suspenso desde 22.08.2019 por empate na votação.

5. CRÍTICA A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO PELAS DÍVIDAS JUDICIAIS DECORRENTES DE ATOS DOS DEMAIS PODERES E ÓRGÃO AUTÔNOMOS

Apesar da autonomia conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário e aos órgãos constitucionais, eles não possuem personalidade jurídica para figurar no polo passivo de demandas, por consequência quem responde judicialmente pelos atos praticados são os entes em estão respectivamente vinculados, quais sejam, a União, o Estado, Município ou Distrito Federal.

Ademais, é pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores[11] que os órgãos autônomos possuem apenas personalidade judiciária, assim somente poderão demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, isto é, aqueles relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

Por esta razão, em eventuais ações judiciais ajuizadas em face do Poder/Órgão - ente despersonalizado, o Poder Executivo fica responsável pela tutela jurisdicional, pelo cumprimento das decisões e eventual pagamento de dívidas delas oriundas.

Assim, caso algum Poder ou órgão autônomo, a exemplo, a Assembleia Legislativa de determinado Estado, dispuser da sua autonomia funcional, administrativa e financeira e por meio de lei especifica realizar reajuste salarial dos seus servidores, mas posteriormente não realizar os devidos pagamentos, os respectivos servidores poderão ingressar com ação coletiva ou individual exigindo o seu direito, no entanto, caso o pedido seja julgado procedente quem arcará com o pagamento das indenizações será o Poder Executivo Estadual.

Tal medida é revestida de uma verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito, fere o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, uma vez que, embora a autonomia financeira e a prerrogativa de iniciativa de propostas orçamentárias os Poderes e órgãos autônomos, não são responsabilizados judicialmente pelos seus atos.

A incumbência do Poder Executivo em arcar com as dívidas derivadas de despesas de pessoal dos demais poderes e órgãos também configura ofensa ao sistema financeiro brasileiro, no que concerne confronto a Lei Complementar n. º 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000), que estabelece os limites máximos das aludidas despesas, quais sejam:

> Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19[12] não poderá exceder os seguintes percentuais:
>
> I - na esfera federal:
>
> a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

11 STF. Ag.Reg. na Reclamação 13676 MA. STF. Recurso Extraordinário 630537 RJ (STF) e Súmula 525/STJ.

12 Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:
I - União: 50% (cinqüenta por cento);
II - Estados: 60% (sessenta por cento);
III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

> b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
>
> c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar;
>
> d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;
>
> II - na esfera estadual:
>
> a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;
>
> b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
>
> c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;
>
> d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;
>
> III - na esfera municipal:
>
> a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;
>
> b) 54% (cinqüenta e quatro por cento) para o Executivo.
>
> § 1o Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.

Cristiano Socas da Silva e Elaine Cristina de Oliveira Menezes (2007, p. 1278), esclarecem que no tocante às demais despesas, que não as de pessoal, cabe ao processo de planejamento a ser definido e aprovado pelos Poderes e órgãos autônomos, regular as despesas consubstanciado no PPA e na LDO, uma vez que a os parâmetros não foram fixados na CF/88 e na Lei de Responsabilidade Fiscal.

A responsabilização do Poder Executivo por dívidas judiciais derivadas da gestão dos demais Poderes e órgãos autônomos gera uma oneração indevida no seu orçamento, desconfigura os limites estabelecidos no art. 20 da LRF e no repasse de duodécimos e, por consequência beneficia os demais que usufruem de recursos superior ao permitido.

Caracteriza-se uma arbitrariedade a obrigação do Poder Executivo retirar do seu orçamento próprio verbas destinadas a setores essenciais para a sociedade, tais como, educação, saneamento básico, segurança pública, habitação, transporte, entre outros, a fim de responder por condenação judicial a qual não deu causa.

Afronta ainda, o princípio da intranscedência subjetiva das sanções, consagrado no art. 5º, XLV da CF o qual preleciona que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Sobre o tema, no RE 768.238-AgR/PE, o Supremo Tribunal Federal (2014) reconheceu a aplicação do referido princípio à administração pública:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA OU DA PERSONALIDADE DAS SANÇÕES E DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE ORDEM JURÍDICA. ART. 5º, XLV, DA CF. IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ENTE ESTATAL POR ATO PRATICADO POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA OU PELO PODER LEGISLATIVO OU JUDICIÁRIO. TESE ADOTADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA PELO PLENO DO STF. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Supremo Tribunal Federal entende que as limitações jurídicas decorrentes do descumprimento de

> obrigação por entidade da administração indireta não podem ser atribuídas ao ente federal da qual participam e, pelo mesmo motivo, quando o desrespeito for ocasionado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Judiciário, as consequências não podem alcançar o Poder Executivo. II – Situação dos autos diversa daquela em que se afasta a adoção do princípio se a responsabilidade deriva de ato praticado por órgão do próprio Poder Executivo. III – O caráter provisório de orientação adotada pelo Pleno desta Corte, ainda que proferida em cognição sumária, não impede o julgamento imediato de causas que versem sobre idêntica controvérsia, nem dá ensejo a necessário sobrestamento do feito. IV - Agravo regimental a que se nega provimento.

O Supremo Tribunal Federal uniformou o entendimento de impossibilidade de atribuição de responsabilidade ao ente estatal por ato praticado por entidade da administração indireta ou pelo Poder Legislativo ou Judiciário. A responsabilização do Poder Executivo de atos originários de outros Poderes e órgãos, que possuem autonomia administrativa e financeira garantidas constitucionalmente configura violação ao princípio da intranscendência das sanções e gera prejuízo as políticas públicas previamente estabelecidas.

Em defesa de toda a sistemática constitucional, visando respeitar a independência dos poderes e autonomia dos órgãos, é necessário que o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas fixem as despesas oriundas de ações judiciárias na proposta orçamentária encaminhada ao Executivo e se responsabilizem pelo pagamento, ou que alternativamente tais despesas sejam descontadas do duodécimo a ser repassado pelo Executivo, uma vez que, o pagamento de débitos judiciais devidos à servidores vinculados aos demais Poderes e Órgãos, caracteriza-se como verdadeira antecipação do repasse previsto na Lei Orçamentária (LOA) pelo Poder Executivo o que, por si só justificaria o desconto no duodécimo.

Outra possibilidade decorosa seria se na parte dispositiva das decisões os magistrados ao condenarem o Estado, especificassem que a verba para o cumprimento da obrigação fosse retirada da parte orçamentária destinado ao Poder ou órgão autônomo causador do dano, em respeito aos ditames da Lei Complementar n. º 101/2000.

Ensinam Canotilho e Moreira;

> ...um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (Verfassungstreue, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado. (statesmanship).

Nesse sentido, tendo em vista a capacidade e independência que os Poderes da União e os órgãos constitucionais possuem para planejar, debater e deliberar as suas previsões de receitas e estimativas de despesas, em atenção a lealdade institucional, e ao princípio da harmonia entre os poderes é imperioso que os mesmos sejam responsáveis pelo custeio e à execução de suas atividades, incluindo os débitos advindos das dívidas judiciais decorrentes de seus atos.

6. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Quanto à possibilidade de retenção do valor pago no repasse do duodécimo pelo Poder Executivo, em resposta à consulta realizada ao Tribunal de Contas dos Munícipios do Estado da Bahia, o setor de Divisão de Assistência Contábil e Jurídica aos Municípios, proferiu o parecer nº 02321-17, o qual conclui pela possibilidade da dedução dos valores no repasse do duodécimo ao Legislativo, em caráter extremamente esporádico, desde que precedente de autorização expressa do Poder.

Pontuou que a jurisprudência vem admitindo a retenção da importância paga no repasse do duodécimo, na hipótese de os Poderes Legislativo e Executivo pactuarem mediante celebração e formalização de acordo, que cabe ao Executivo, excepcionalmente assumir o pagamento de despesas que são originariamente de responsabilidade da Câmara.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (2017), na Consulta nº 9446833, subscrita pelo Prefeito do Município de Divinésia, o qual indagou se o Poder Executivo poderia compensar no repasse do duodécimo da Câmara Municipal valores referentes a condenações judiciais do Poder Legislativo, suportadas pelo Caixa Único do Tesouro Municipal, caso houvesse acordo judicial nos autos, firmado entre os representantes dos poderes envolvidos e homologado pelo Poder Judiciário, manifestou pela possibilidade desde que observada algumas condições, conforme observa-se:

> CONSULTA. ADMISSIBILIDADE. VALORES REFERENTES ÀS CONDENAÕES JUDICIAIS DECORRENTES DE AÇÃO OU OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. COMPENSAÇÃO NO REPASSE DO DUODÉCIMO DA CÂMARA MUNICIPAL. NECESSIDADE DE ACORDO ENTRE O EXECUTIVO E O LEGISLATIVO MUNICIPAIS. Poderá haver retenção de parte do duodécimo a ser repassado pelo Executivo ao Legislativo, relativamente aos valores das condenações judiciais impostas ao Poder Legislativo, desde que observadas as seguintes condições: a) condenação do Município originária de ação ou omissão do Poder Legislativo; b) existência de acordo entre os Poderes Municipais: Executivo e Legislativo.

Já no processo TC nº 1003429-8, procedente de consulta formulada pela Prefeita do Município de Vertente do Lério, sobre a possibilidade de o Município efetuar a compensação dos valores pagos à previdência, para a quitação de débitos da Câmara Municipal, através da dedução no repasse do duodécimo, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco entendeu que seja para ressarcimento dos débitos do Legislativo pagos pelo Executivo a Prefeitura não poderia reter parte do duodécimo ou envia-lo a menor à Câmara em relação a proporção fixada na Lei Orçamentária.

Na fundamentação do voto, acolheu o posicionamento do parecer emitido pela Coordenadoria de Controle Externo do Tribunal, o qual esclarece que *"*a retenção do duodécimo por parte do Poder Executivo sem a expressa anuência da parte contrária – tendo em vista não se tratar de relação civil, mas de entes públicos, onde a preservação da tripartição dos poderes do Estado deve ser preservada – ainda que para regularização de débito junto ao INSS, viola frontalmente o referido princípio insculpido no art. 2° da Constituição Federal".

Com base nos julgados apresentados, entendemos que a jurisprudência dos Tribunais de Contas do país é no sentindo de admitir a possibilidade, excepcionalmente, de retenção e compensação de parte do duodécimo a ser repassado pelo Poder Executivo aos Poderes Legislativo e Judiciário, desde que, haja acordo prévio e expresso entre os poderes.

7. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 454

O Estado do Amapá, em 08.05.2017, ajuizou no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 454, onde requer a responsabilização financeira direta dos Poderes Legislativo, Judiciário e do Ministério Público, que tenham como origem eventuais atos praticados pelos respectivos gestores, seja com a determinação de cobrança direta dos referidos órgãos, seja mediante autorização de desconto nas parcelas do duodécimo.

A ADPF foi ajuizada em virtude de ato do Poder Público, especificamente, da decisão judicial que condenou o Estado do Amapá ao pagamento de valores referentes a 16,67% sobre as remunerações dos Servidores da Justiça Estadual, o que acabou gerando execuções contra o Estado no valor de aproximadamente R$ 60.000,000,00 (sessenta milhões de reais).

Nos fundamentos apresentados alega que impor ao Executivo ônus que não lhe é cabível causa irreparável lesão ao orçamento do Estado, tendo em vista que, para cumprir a obrigação, o Executivo deve deslocar parte do orçamento já previsto para outra finalidade, causando prejuízo na continuidade de serviços.

Ressalta que não obstante o Estado ser uno, existe a tripartição dos Poderes, este se divide não apenas em um único Poder, e sim em três Poderes, em igualdade de importância, sendo que cada um possui autonomia administrativa e financeira, ou seja, administra e controla os servidores a ele vinculados, bem como possui o orçamento próprio para o pagamento dos salários de seus colaboradores, sendo assim, o Poder Executivo não interfere na administração/Gestão do Poder Judiciário.

A ADPF 454-AP encontra-se em tramitação no STF até a presente data, e poderá representar um grande marco na alteração de entendimento acerca da responsabilização do poder executivo pelas dívidas judiciais dos demais poderes e órgãos autônomos.

CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado, foi possível verificar que a Constituição Federal de 1988 garantiu mecanismos como forma de limitar os abusos de poder, estabelecendo como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a repartição de competência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assegurou a autonomia administrativa e financeira dos Poderes da União e dos órgãos constitucionais, vertentes essenciais na formação da independência e do equilíbrio do Estado, atribuindo liberdade para elaboração de suas próprias propostas orçamentarias na lei de diretrizes orçamentárias.

Foi destacado que embora independentes, os Poderes Legislativo e Judiciário e os órgãos autônomos não possuem personalidade jurídica, assim não são responsabilizados pelo pagamento das dívidas judiciais decorrentes dos seus atos, de forma que cabe ao Poder Executivo, a responsabilidade exclusiva pelo pagamento de tais débitos.

Apresenta-se, no presente trabalho, o entendimento que tal situação gera uma oneração indevida ao orçamento financeiro do Poder Executivo, fere o princípio da separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos e o princípio da intranscedência subjetiva das sanções, consagrado no art. 5º, XLV da CF, que tem como característica que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Expôs-se a jurisprudência dos Tribunais de Contas que entendem pela possibilidade de desconto no repasse de duodécimos, excepcionalmente e somente se houver prévio acordo entre os Poderes.

Por fim, ressaltou-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Estado do Amapá, em trâmite no STF, a qual poderá representar um grande marco na alteração de entendimento acerca da responsabilização do poder executivo por dívidas judiciais dos demais poderes e órgãos autônomos.

Em defesa de toda a sistemática constitucional, em vista a respeitar a independência dos poderes e autonomia dos órgãos, o entendimento despendido neste artigo, é de que se faz necessário que o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas fixem as despesas oriundas de ações judiciárias na proposta orçamentária encaminhada ao Executivo, ou que alternativamente tais despesas sejam descontadas do duodécimo a ser repassado pelo Executivo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política.** Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 127.

BOLINGBROKE apud PIÇARRA,Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra, 1989, p.85-86.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**, 23 ed. São Paulo. Malheiros: 2016. p. 147

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 22/09/2019.

BRASIL. STF. ADI 1050 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 01/08/2018, DJe 28/08/2018. **Pesquisa de Jurisprudência.**

BRASIL. STF. ADPF 428 MC, Rel. Min. ROSA WEBER. Julgado em 28/11/2016, DJe 30/11/2016. **Pesquisa de Jurisprudência.**

BRASIL. STF. RE 768238. (SEGUNDA TURMA) Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgado em 18/02/2014, DJe 05/03/2014. **Pesquisa de Jurisprudência.**

BRASIL. TCE/MG. Consulta nº 944683. Rel. Conselheiro WANDERLEY ÁVILA, julgado em 26/04/2017, publicada em 14/05/2017. **Jurisprudência do TCE.**

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 71.

CORRALO, Giovani da Silva; PEREIRA, Joselaine. **Os limites do decreto autônomo no direito brasi-**

leiro . Interesse Público - IP, ano 20, n. 92, p. 62/63. 2015. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21377/50435. Acesso em: 29 ago. 2019.

GARCIA, Emerson. **A autonomia financeira do Ministério Público**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, 2002, n. 8, p. 6. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/138/10646/20296. Acesso em: 6 set. 2019.

GASPARDO, Murilo. **O parlamento e o Controle do Poder Político**. São Paulo, 2009. 204 f. Tese (Mestrado) – Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 28ª edição, São Paulo: Atlas, p. 110. 2019 . Minha Biblioteca. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020526/. Acesso em: 6 set. 2019.

IVO, Gabriel. Processo de formação da Lei Orçamentária Anual: a rejeição do projeto de lei e o princípio da inexauribilidade orçamentária. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas**, Maceió, n. 272, p. 1-26, 2001. Disponível em: http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/textos-cientificos/arquivos/RPGE%20No%2001%20-%20PROCESSO%20DE%20FORMACaO%20DA%20LEI%20ORCAMENTARIA%20ANUAL.pdf/view. Acesso em: 06 set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178 e p. 859.

MESSA, Ana Flávia. Direito tributário e financeiro. 7ª ed., São Paulo: Editora Rideel. p. 57.

MIZZALLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 94/95.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Introdução, Tradução e Notas de Pedro Vieira Mota. 9ª ed. São Paulo. Saraiva: 2007. p. 170.

SILVA, Cristiano Socas da Elaine; MENEZES, Cristina de Oliveira. O duodécimo orçamentário frente à Lei de Responsabilidade Fiscal: Um debate acerca da *accoutnability* e da autonomia administrativo-financeira dos Poderes. **CIDESP - CONGRESSO INTERNACIONAL DE DESEMPENHO DO SETOR PÚBLICO -** I CIDESP – Congresso Internacional de Desempenho do Setor Público. Florianópolis- SC, 2017. Disponível em: http://cidesp.com.br/index.php/Icidesp/1cidesp/paper/view/257/54. Acesso em 28 ago 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 112.

O CPC/2015 E O MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Fabrízio Thomázio Guimarães da Silva[1]
Vinicius Pinheiro Marques[2]

RESUMO

O presente artigo busca estudar a aplicabilidade e a orientação que o Código de Processo Civil de 2015 reflete no processo administrativo, em especial, no que trata do sistema de precedentes judiciais vinculantes regulamentado no art. 927. O objetivo é compreender o conteúdo do sistema de precedentes vinculantes do CPC/2015 e determinar o seu grau de influência nos processos da esfera administrativa. O método científico utilizado foi o lógico-dedutivo, com a pesquisa de natureza qualitativa, finalidade descritiva e exploratória, com base no estudo bibliográfico de diversos autores e pesquisadores do direito público, constitucional e processual. Restou demonstrada a aplicabilidade dos precedentes, pois estes tornam as decisões administrativas mais eficientes, econômicas, seguras, confiáveis e isonômicas, o que consolida um processo administrativo consentâneo com os mandamentos da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE:constitucionalização do direito. código de processo civil de 2015. precedentes judiciais. processo administrativo. segurança jurídica.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em posição central no ordenamento jurídico, deve ser aplicada em sua completude, sejam suas normas princípios ou regras. O processo administrativo, que se desenvolve adjacente ao exercício da função administrativa, deve, também, prestigiar a CRFB/1988. O presente trabalho pretende estudar a viabilidade da aplicação do sistema de precedentes judiciais vinculantes, disciplinado no Código de Processo Civil de 2015, ao processo administrativo de forma subsidiária, para demonstrar que, dessa forma, muitos dos princípios constitucionais estarão sendo cumpridos na Administração Pública. O estudo bibliográfico da doutrina jurídica nacional será o ponto de partida para a compreensão do sistema de precedentes judiciais incorporados pelo Código de Processo Civil e para a análise de sua aplicabilidade no processo administrativo. Cumpre dizer que o presente trabalho seguiu o método lógico-dedutivo, mediante pesquisa de natureza qualitativa, com a finalidade descritiva e exploratória. O artigo está dividido em três

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Pós-graduado em Direito e Processo Administrativo pela Universidade Federal do Tocantins. Advogado e pesquisador no ramo do Direito Administrativo.

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor dos Cursos de Direito e do Programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogado e Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/TO.

capítulos, quais sejam: i) constitucionalização do direito e o processo administrativo; ii) o sistema de precedentes judiciais vinculantes no Código de Processo Civil de 2015 e; iii) precedentes judiciais vinculantes e o processo administrativo brasileiro.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

Consoante o estudo jurídico do direito constitucional, atualmente, passou-se a desenvolver uma nova visão do constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, constitucionalismo pós-moderno.

Segundo o professor Luís Roberto Barroso, três marcos fundamentais, o histórico, o teórico e o filosófico, levaram à concretização do novo constitucionalismo (BARROSO, 2005, p. 02).

O paradigma histórico foi o pós-guerra na Europa, especialmente, as discussões jurídicas que os países derrotados na 2ª Grande Guerra – Alemanha e Itália – tiveram que enfrentar. A reconstitucionalização ocorrida redefiniu o papel das Cartas Magnas e as aproximou da ideia de Estado democrático de direito. No Brasil, o renascimento do direito constitucional se efetivou com a redemocratização do país, por ocasião da promulgação da CRFB/1988.

O marco filosófico essencial ao neoconstitucionalismo foi o surgimento do pós-positivismo que veio suprir o fracasso político do positivismo jurídico, no pós-guerra. Nessa nova visão, busca-se ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto. Empreende-se uma leitura moral do Direito, inspirada por uma teoria de justiça. Vale dizer, ademais, que nasce aqui uma teoria dos direitos fundamentais fundada na dignidade da pessoa humana e uma nova hermenêutica constitucional.

Para Barroso (2005), no plano teórico, o aparecimento de três institutos foi crucial para a aplicação do novo direito constitucional. O reconhecimento da força normativa à Constituição lhe atribuiu *status* de norma jurídica e deu aos seus mandamentos o atributo da imperatividade. Ocorreu à expansão da jurisdição constitucional que inverteu a lógica de supremacia do Poder Legislativo, alinhada à doutrina de soberania do Parlamento ou da lei como expressão da vontade geral, em atendimento à constitucionalização dos direitos fundamentais que atribuiu sua proteção ao Poder Judiciário. Por último, soma-se a criação de uma nova interpretação constitucional, em um verdadeiro sincretismo metodológico, que torna o intérprete copartícipe no processo de criação do Direito – completando o trabalho do legislador – ao dar significado para as cláusulas abertas no caso concreto, bem como, fazendo escolhas entre soluções possíveis.

Essa nova visão do direito constitucional traz consigo a busca pela eficácia do texto exposto na Carta Magna, fundamentada, principalmente, na força normativa da Constituição que lhe aponta para o dever de não ser um documento de caráter retórico e passe a ser efetivada, sobretudo, na perspectiva de realizar os direitos fundamentais (LENZA, 2020, p. 68).

Assim sendo, o neoconstitucionalismo tem como seu elemento essencial à concretização das prestações prometidas pela sociedade, em especial: a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; a onipresença dos princípios e das regras; a inovação hermenêutica; a densificação da força normativa do Estado e; o desenvolvimento da justiça distributiva (LENZA, 2020, p. 70).

Desse modo, ressalta-se que a Constituição deve ser percebida em seu caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade e centralidade no ordenamento, vale dizer, tudo deve ser interpretado à luz da Constituição. Virgílio Afonso da Silva (2007, p. 48-49) trata esse movimento como "constitucionalização-transformação", e se refere ao "efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico".

Conforme aponta Luís Roberto Barroso (2005, p. 27): "a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.".

Dessa forma, na contemporaneidade, a positivação de valores axiológicos proeminentes como a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais, na Constituição, refletem de forma objetiva na leitura de todos os outros ramos do Direito, inclusive no Direito Administrativo.

Cumpre lembrar que a formação do Direito Administrativo se deu juntamente com a do Direito Constitucional, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o "*princípio da legalidade* (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o *princípio da separação de Poderes*" que objetiva assegurar a proteção dos direitos individuais entre os particulares e entre estes e o Estado (DI PIETRO, 2006, p. 1).

Devido à eficácia irradiante dos mandamentos constitucionais aos Poderes da República, e a sua força normativa, que lhe assegura caráter cogente e *status* de norma jurídica passível de cumprimento forçado, pode-se afirmar que, conforme a Constituição de 1988 optou pelos princípios próprios do Estado Democrático de Direito, referido a partir do preâmbulo, e que, desse princípio, decorre a submissão do Estado ao Direito, a observância dos seus valores e princípios que estão na base do ordenamento jurídico e agasalhados implicitamente ou expressamente na própria CF/88 são obrigatórios a Administração Pública.

Surge, assim, a constitucionalização do Direito Administrativo que impõe a aplicação de um processo dinâmico-interpretativo de releitura (transformação) do ordenamento jurídico para ser impregnado pelas normas constitucionais. Em consequência, a aplicação e a interpretação de todas as leis que regulam o direito público devem passar necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição ("filtragem constitucional") (SCHIER, 1999, p. 104).

Cumpre dizer que a constitucionalização do Direito Administrativo comporta uma análise específica, por que os objetivos de uma Constituição, *a priori,* são estruturar o Estado e o seu funcionamento, bem como limitar o seu poder, daí decorre que no próprio texto constitucional inúmeras disposições estão diretamente ligadas a Administração Pública, como é o caso do art. 37 e o "estatuto dos servidores públicos" presentes na CRFB/1988 (BARROSO, 2005, p. 37).

Outro ponto transversal que liga o neoconstitucionalismo ao Direito Administrativo é o movimento em favor da proteção da pessoa humana, com a valorização dos direitos individuais, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana (DI PIETRO, 2016, p. 09) e que exige razoabilidade - necessidade, adequação e proporcionalidade - entre as restrições dos direitos do cidadão e a proteção do interesse público. Pois, segundo consta, a proteção dos interesses da coletividade constitui o próprio fim do Estado,

mas, entretanto, não pode esse objetivo subverte a leitura do sistema jurídico ao ponto de solapar as garantias mínimas de cada cidadão.

Vale apontar que a maior busca pela efetivação dos direitos fundamentais gerou um movimento claro no Direito Administrativo de crescimento no número de instrumentos de controle da atuação do Poder Público, a maior interferência do Poder Judiciário na análise da legalidade e omissões das ações administrativas necessárias à efetivação de políticas públicas e a previsão de mecanismos para a tutela de interesses difusos e sociais (OLIVEIRA, 2018, p. 57).

Em conjunto com esses movimentos, houve a quebra de dogmas do antigo Direito Administrativo como a ressignificação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; a superação da leitura restritiva do princípio da legalidade, que deve ser lido, hoje, como princípio da juridicidade; a possibilidade de controle judicial da discricionariedade a partir dos princípios constitucionais, o que rompeu com a insindicabilidade do mérito administrativo e; a revisão da legitimidade democrática da Administração que abre espaço aos cidadãos na tomada de decisões públicas (consensualidade na Administração) (OLIVEIRA, 2018, p. 58).

Segundo Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2018, p. 59) a nova era do Direito Administrativo vem imbuída de novos institutos e tendências diretamente relacionadas à visão que busca dar efetividade ao texto normativo da CF/88 como, por exemplo:

> **b) Relativização de formalidades e ênfase no resultado:** a busca pela eficiência administrativa, compreendida como a efetivação dos direitos fundamentais, tem justificado a relativização de formalidades desproporcionais, o que evidencia a substituição da Administração Pública burocrática e formalista por uma Administração Pública gerencial e de resultados. [...] **d) Consensualidade e participação:** ao invés da atuação unilateral e impositiva da vontade administrativa, a decisão estatal deve ser construída, na medida do possível, a partir do consenso (exs.: mediação, acordos, parcerias) e da participação social (exs.: consultas e audiências públicas), o que garante maior legitimidade democrática à Administração. **g) Aproximação entre a *Civil Law* e a *Common Law*:** apesar da origem francesa, de tradição romano-germânica (*Civil Law*), o Direito Administrativo brasileiro tem sofrido fortes influências de países da tradição anglo-saxônica (*Common Law*), especialmente a partir da globalização econômica e jurídica, o que pode ser exemplificado pela consagração de princípios comuns (exs.: ampla defesa, contraditório, devido processo legal, razoabilidade); a releitura da concepção francesa de serviço público e a adoção da noção das *public utilities*, com o reconhecimento da livre-iniciativa para prestação dos serviços de utilidade pública; a instituição de agências reguladoras, inspiradas no modelo norte-americano etc (OLIVEIRA, 2018, p. 59) (grifo no original).

São evidentes os reflexos que o movimento de centralidade da Constituição no ordenamento jurídico deixou no Direito Administrativo e que decorrem, inclusive, da sua própria constitucionalização, mas, vale repisar, a grande mudança factual sentida foi a expansão do princípio da legalidade e a redução da discricionariedade administrativa. Nesse sentido:

> Houve a constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado: eles são obrigatórios para o Legislativo e seu descumprimento pode levar à declaração de inconstitucionalidade de leis que os contrariem; são obrigatórios para a Administração Pública, cuja discricionariedade fica limitada não só pela lei (legalidade em sentido estrito), mas por todos os valores e princípios consagrados pela Constituição (legalidade em sentido amplo); e são obrigatórios para o Poder Judiciário, que pode ampliar o seu controle sobre as leis e os atos administrativos, a partir da interpretação de valores e princípios, que são adotados como verdadei-

> ros dogmas do ordenamento jurídico. [...] Princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, dentre outros previstos no ordenamento jurídico, são utilizados no controle de atos administrativos, dentro da ideia, já referida, de que a Administração Pública deve obediência não só à lei, mas ao Direito. (DI PIETRO, 2016, p. 13-14).

Pode-se notar que a submissão ao Direito teve grande impacto sobre a própria compreensão do princípio da legalidade (juridicidade), pois ele passou a conter todos os valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico. Não é por outra razão que a doutrina e a jurisprudência invocam inúmeros princípios como os da moralidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica, economicidade, interesse público, motivação, considerados essenciais para limitar a discricionariedade administrativa e, em consequência, ampliar o controle externo exercido pelo Poder Judiciário (DI PIETRO, 2006, p. 20).

É bem verdade que todas essas mudanças contemporâneas no Direito Administrativo tiveram também seu impacto no exercício do processo administrativo. Vale lembrar que os atos estatais derivam de um processo decisório que, em um Estado de Direito, é fruto de um procedimento formalizado, ora, o processo, dessa forma, é o meio em que o poder estatal se materializa em atos (HARGER, 2017, p. 02).

É por mediar à aplicação legítima do poder estatal sobre o cidadão que a importância do processo administrativo se coloca e, por isso, alerta a Ministra Cármen Lúcia:

> O processo administrativo é que estampa a responsabilidade administrativa e permite que o exercício dessa atividade seja controlada em sua juridicidade e em sua legitimidade, pelo que não pode se dar o seu desempenho de maneira informal. Qualquer comportamento administrativo, especialmente aquele que tangencie direitos específicos além do interesse público que define a sua adequação, deve ser desempenhado mediante processo, atendidos nesse os princípios fundamentais que quanto a ele estabelece o sistema jurídico (ROCHA, 1997, p. 201).

Tem-se que em um Estado Democrático de Direito o processo administrativo também deverá ser democrático, pois, necessitará respeitar um núcleo mínimo de garantias e se realizará rigidamente segundo esse conteúdo sob pena de ser inválido. Ora, os meios são tão importantes quanto os fins. Seguindo nessa linha, leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha:

> O processo administrativo democrático não é senão o encontro da segurança jurídica justa. Ele é uma das formas de concretização do princípio da legitimidade do poder, à medida em que se esclarecem e se afirmam os motivos das decisões administrativas. Tais decisões são questionadas e deslindadas no processo administrativo e, nessa sede, o poder no exercício do qual elas foram adotadas recebe a sua condição legítima própria. Quanto mais democrático for o processo administrativo, mais demonstrativo ele é da essência e prática do exercício do poder em determinado Estado (ROCHA, 1997, p. 190).

A Constituição de 1988 estabeleceu no art. 5°, LV que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Exige-se, assim, o cumprimento do devido processo legal, inciso LIV da CRFB/1988, na seara administrativa com a observância de formalidades essenciais à proteção dos direitos individuais.

A própria Administração Pública, mediante o poder de polícia, atua restringindo liberdades e patrimônios das pessoas e que carece, daí, resguardar a aplicação lisa e escorreita da lei, motivo pelo qual

o processo administrativo também deve seguir os ditames legais. O devido processo legal é uma limitação formal ao poder de polícia e serve como baliza para a atuação democrática do Estado, por ele se garante a certeza do cumprimento tanto do dever público quanto do direito do particular (ROCHA, 1997, p. 205).

Ademais, a fortificação do processo administrativo constitucional não se finda com a garantia do devido processo legal, pois, outras passagens do Texto Magno expressam direitos do indivíduo que impõe a abertura de um diálogo procedimental entre o cidadão e o Estado, como é o caso do direito a petição: "a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder". A petição é, obviamente, o *start* de um processo que se desenrola, formalmente, para o cumprimento de um fim (ROCHA, 1997, p. 201).

A processualização da Administração Pública torna-se fundamental para o exercício de direitos individuais e coletivos perante o Estado, bem como para delimitar o controle da legalidade da atuação dos agentes públicos, estando em contato direto com a transparência e a atuação republicana na esfera administrativa. Nesse sentido, a Lei 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal afirma, em seu art. 1°, que ele visará à proteção dos direitos dos administrados.

O movimento de mudanças axiológicas na aplicação do Direito Administrativo veio seguido de uma guinada na sua forma de funcionamento. No final da década de 1990 o Brasil foi palco da chamada Reforma Gerencial que veio articular uma saída da gestão burocrática para a entrada da Administração Pública no século XXI.

Foi instituída a meta da eficiência na prestação dos serviços públicos. A Administração Gerencial implementou a definição de metas a serem cumpridas pelos órgãos públicos e entidades da Administração Indireta; a outorga de maior autonomia administrativa, financeira e gerencial àqueles entes para permitir o cumprimento das metas; e a substituição dos controles formais, considerados inadequados porque preocupados apenas com os meios, por um controle de resultado, em que a eficiência dos fins é o mais importante (DI PIETRO, 2006, p. 22).

Exemplo recente da implementação da Gestão Gerencial no processo administrativo foi a regulamentação do processo administrativo eletrônico, na esfera federal, por meio do Decreto 8.539, de 8 de outubro de 2015. Dentre os objetivos expressos no artigo 3º constam o de assegurar eficiência, eficácia e efetividade da ação governamental; promover a utilização de meios eletrônicos para a realização dos processos administrativos com segurança, transparência e economicidade; ampliar a sustentabilidade ambiental com o uso da tecnologia da informação e da comunicação; e facilitar o acesso do cidadão às instâncias administrativas (DI PIETRO, 2015, p. 01).

Ora, é grande o avanço procedimental no processo administrativo tecnológico que possibilita o direito de vista exercido eletronicamente ou por acesso à cópia do documento, preferencialmente por meio eletrônico e a juntada de documentos aos autos feita via digital. A eficiência fica sobremodo elevada na medida em que os prazos processuais se cumprem com maior facilidade e que o acesso democrático ao Poder Público se articula de maneira, quase que, universal.

Conquanto se tenha caminhado rumo ao avanço institucional no cumprimento dos direitos fundamentais na seara pública e no processo administrativo, para que mais seja concretizado, máxime a

dignidade da pessoa humana, e para se ter uma atuação democraticamente eficaz no processo administrativo, é necessário percorrer um caminho considerável, principalmente tendo em vista os resquícios de autoritarismo e de apropriação da Administração Pública por interesses particulares, os quais somos chamados a escutar diuturnamente nos noticiários nacionais.

Motivo pelo qual é importante buscar outros instrumentos próprios que implementem a isonomia, o controle e a segurança jurídica na atuação administrativa e no exercício do poder pelo Estado.

2 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O atual Código de Processo Civil de 2015 foi erigido sobre a necessidade de fazer uma grande sistematização de normas processuais e lhe dar coerência, após a perda da coesão interna sofrida pelo antigo Código, que passou por sucessivas reformas, e, para além, com o objetivo primordial de harmonizar a lei ordinária em relação à Constituição Federal e seus princípios basilares, estatuídos pela redemocratização instalada no país em 1988.

Um de seus escopos foi, além de simplificar e acelerar o processo judicial, lidar com a judicialização de conflitos em massa (fruto do amplo acesso à justiça que foi garantido na nova ordem constitucional) de maneira isonômica e eficaz; e a saída encontrada foi a aplicação de um sistema de precedentes judiciais e do aprimoramento de técnicas para a uniformização e interpretação do direito (ALMEIDA, 2016, p. 528).

As lições clássicas que definem e separam as tradições *Common Law* e *Civil Law* como sendo sistemas nos quais, respectivamente, o precedente (decisão judicial) ou a lei escrita são a base e a fonte primária do direito se mostram cada vez mais anacrônicas na medida em que ambas as tradições estejam se misturando, e a utilizar tanto a lei escrita como o precedente judicial para solucionar litígios – em um fenômeno de clara aproximação (ALMEIDA, 2016, p. 528).

No direito brasileiro tal aproximação vem se dando a um longo tempo, desde a positivação de um sistema completo de controle concentrado de constitucionalidade na CRFB/1988 até a reforma constitucional (EC n° 45/2004) que incluiu a previsão de súmula vinculante (ainda que seja fruto de ato administrativo, surge de uma interpretação da lei dada pelo Poder Judiciário) na Constituição, na medida em que as decisões proferidas pelo Órgão de Cúpula do Poder Judiciário passaram a ter autoridade, efeito *erga omnes* e vinculante, sobre os seus demais órgãos (e no caso da súmula vinculante, também, a Administração Pública).

Com a chegada do CPC/2015 esse movimento de convergência se deu de forma latente, no direito brasileiro, pela a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, similar, em alguma medida, aos precedentes tipicamente encontrados na *Common Law*. A valorização dos precedentes, pelo ordenamento pátrio, se coaduna com a necessidade de estabilização do direito e é um movimento positivo:

> Nos últimos anos, tem-se verificado a saudável tendência, no direito brasileiro, de valorização dos precedentes judiciais. A atitude geral de observância da jurisprudência é positiva por promover valores relevantes como segurança jurídica, isonomia e eficiência (BARROSO, 2009, p. 77).

O alicerçamento dos precedentes na ordem jurídica interna desempenhou uma função importante, pois cumpriu valores constitucionais como o da segurança jurídica e o da isonomia entre os indivíduos. Ora, o sistema de precedentes "promove estabilidade ao ordenamento jurídico, afasta a ocorrência da jurisprudência lotérica[3] e evita a ocorrência de julgamentos contraditórios, em prejuízo dos jurisdicionado" (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 339).

Firme na necessidade de institucionalizar a segurança jurídica, o Código de Processo Civil foi expresso, no seu art. 926, ao impor aos Tribunais do país o dever de uniformização e de manterem sua jurisprudência estável, íntegra e coerente. Essa necessidade de aperfeiçoamento da jurisprudência nacional veio como elemento necessário para a importação de um sistema de precedentes, pois este demanda como pressupostos um sistema hierárquico bem estruturado (que já tínhamos) e um repositório seguro de jurisprudência (que passamos a construir).

Consoante já sustentado, todo o ordenamento jurídico deve passar pela filtragem constitucional (SCHIER, 1999, p. 104). Nesta senda, entre os argumentos que levaram a implementação de um sistema de precedentes vinculantes na nova lei processual foi a necessidade de se defender a segurança jurídica, e esta, *per si,* já implementa valores estritamente constitucionais como a proteção da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana.

Vale dizer que a estabilidade do ordenamento jurídico, com a previsibilidade do comportamento, são critérios que aproximam a segurança jurídica e a proteção da confiança da noção de dignidade da pessoa humana "por isso, o princípio da segurança jurídica, além de ser elemento conceitual do Estado de Direito, acaba por ser uma *projeção objetiva* da dignidade humana" (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 3).

Ademais, o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança devem ser lidos como elementos constitutivos do próprio Estado Democrático de Direito, e, até por isso, em uma perspectiva histórica, a segurança jurídica está ligada diretamente com a implementação dos direitos fundamentais e da dignidade humana (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 340). Ora:

> A dignidade humana não estará devidamente protegida e respeitada quando a ordem jurídica possuir grau de estabilidade insuficiente para o cidadão depositar confiança nas instituições estatais e sociais, bem como não tiver estabilidade para elaborar seus projetos de vida e manter relações jurídicas com terceiros ou o próprio Estado (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 340).

Inclusive, bem por isso, na defesa dos valores Constitucionais, o Código Processualista adotou em seu Livro I, Título Único, o Capítulo Das Normas Fundamentais do Processo Civil e positivou, em seu art. 1°, que o processo civil brasileiro será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na CRFB/1988, e, em seu art. 8°, estabeleceu ao juiz o dever de, ao aplicar o ordenamento jurídico, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana.

3 "A situação [a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz, que tenha entendimento favorável [...], obtém a tutela jurisdicional] contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo a causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá a segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem sub incerto enim iuri nemo bonorum aut animae securus vivit (sob um direito incerto ninguém vive seguro dos bens da vida)" (CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. Revista dos Tribunais, n. 786, ano 90, abr/2001, p. 112).

A segurança jurídica é valor indispensável ao convívio social, ao menos para um convívio harmonioso e civilizado, motivo pelo qual o ordenamento jurídico deve promover o clima de confiança e tranquilidade nas pessoas quanto a seus direitos, deveres e obrigações (para cumprir-lhes ou prever as consequências pelo seu descumprimento) (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 4).

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha (2009, p. 168), encontrar segurança jurídica, na visão do cidadão, significa ter o direito à tranquilidade e à estabilidade na relação jurídica, as quais não podem ser modificadas sem critérios minimamente calculáveis, a ponto de a imprevisibilidade o deixar inseguro e instável quanto ao seu presente, futuro e passado.

Na nossa sociedade, não haveria segurança jurídica com a regência do direito pela convicção pura dos julgadores, e o sistema de precedentes vinculantes veio para trazer margens seguras para a atuação dos magistrados ao analisarem os casos concretos, promovendo a uniformização da jurisprudência nacional.

Ainda que existam vozes críticas na doutrina nacional[4], e com certa razão, fato é que houve a materialização de um sistema de precedentes, à brasileira, pelo CPC/2015 e que este começa a se fazer amplamente aceito[5].

O art. 927 da Norma Processual prevê a vinculação de precedentes e súmulas pelos órgãos do Poder Judiciário, dizendo que os juízes e tribunais deverão observar: as decisões do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade (inc. I) (já eram dotadas de efeitos *erga omnes* por disposição da própria CRFB/1988); os enunciados de súmula vinculante (inc. II) (também já era aplicável por disposição constitucional); os acórdãos em sede de incidente de assunção de competência (IAC) (inc. III); os acórdãos em sede de incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR) (inc. III); o julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos (inc. III); os enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (inc. IV); e as orientações do plenário ou órgão especial do tribunal ao qual o juiz esteja vinculado (inc. V).

É importante ter em mente que quando o art. 927 diz que os juízes e os tribunais "observarão", não se está falando em mera persuasão, mas, de fato, em vinculação aos precedentes, quer dizer, os julgadores têm o dever de respeitar e aplicar o comando contido no citado artigo. Trata-se de dar credibilidade ao Poder Judiciário perante o cidadão, acabando com as respostas diferentes em casos similares.

Pois bem, é a estabilização do sentido a ser atribuído à norma jurídica que confere segurança ao Direito, na medida em que a norma é interpretada pelo Tribunal Superior, descabe aos órgãos inferiores conferir-lhes livremente outros significados, sob pena de se violar o princípio da igualdade ao não se uniformizar o entendimento sobre situações jurídicas similares.

Ademais, para os que criticam a vinculação dos juízes aos precedentes emanados dos Tribunais que lhe estão acima, vale destacar os seguintes argumentos:

> O juiz é independente para que não seja sujeitado a interferências ilícitas do poder político, do poder econômico, do poder da mídia e de todos e quaisquer corruptores. Entretanto, enquanto membro de

4 *Vide* ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?**. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3. (Coleção grandes temas do novo CPC). p. 175.

5 Vide DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3. (Coleção grandes temas do novo CPC).

> um Poder da República, o juiz está sujeito à Constituição, às leis e também aos precedentes judiciais. Tal sujeição não significa subordinação indevida, já que o magistrado de primeiro grau deve observar as decisões dos Tribunais Superiores, cuja função é conferir unidade à interpretação do direito. Caso contrário, estaria se estimulando a jurisimprudência. O juiz não tem o poder de julgar como quiser sob o argumento de ser independente. As decisões judiciais devem ser corretamente construídas, com a observância das garantias constitucionais, cabendo aos magistrados responder aos argumentos e provas trazidos pelas partes de forma completa, sem subterfúgios, lugares-comuns, com a utilização de expressões sem sentido ou desconectadas com as questões discutidas no processo. Portanto, quando os magistrados seguem precedentes adequadamente construídos de Tribunais Superiores, conferindo unidade à interpretação do direito, está-se subordinando a atividade jurisdicional ao sistema constitucional de distribuição da justiça (CAMBI; HELLMAN, 2014, p. 353-354).

Outro princípio constitucional que serve como vetor argumentativo para a aplicação do sistema de precedentes vinculantes é o princípio da isonomia. Segundo Eduardo Cambi e Vinícius Gonçalves Almeida (2016, p. 6), a observância dos precedentes é um meio de efetivação da igualdade na medida em que se garante a justa expectativa de segurança jurídica, pelo comportamento estável e uniforme dos juízes e dos tribunais frente à aplicação das normas jurídicas. Advertem eles: "consolidação de uniformidade, em caminho regular e duradouro, assegura à resolução isonômica das controvérsias, ao invés de alimentar os *casuísmos judiciários*" (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 6, grifo no original).

Outrossim, o próprio art. 5, *caput,* da CRFB/1988, quando diz que todos são iguais perante a lei e garante o direito à igualdade entre os brasileiros (e aos residentes no país), já apresenta o núcleo teórico para sistema de precedentes vinculantes, que, em síntese, estabelece o tratamento igual entre os iguais (e desigual entre os desiguais, na medida de suas desigualdades) na tomada de decisão pelos órgãos do Poder Judiciário.

Por fim, a aplicação dos precedentes incentiva a distribuição racional do ônus do tempo no processo judicial (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 6). Consoante ainda irá ser explanado, o Código Processual propôs instrumentos para coibir o uso de defesas abusivas ou meramente protelatórias, entre as partes, baseando-se no sistema de precedentes já sedimentados, o que poderá evitar a postergação indevida da entrega da tutela jurisdicional.

Seguindo, muito embora os enunciados de súmulas sejam fruto da atividade administrativa e não estão vinculadas a um contexto fático, e sim a um breve resumo da tese predominante da jurisprudência remansosa do tribunal, tem-se que sua disciplina legal e sua vinculação são análogas aos dos precedentes, motivo pelo qual se deve equiparar-lhes (ALMEIDA, 2016, p. 531).

A despeito do regime jurídico dos precedentes, estes, na tradição *Common Law,* não nascem precedentes, mas se tornam: é que a decisão judicial, lá, se tiver "coerência, integridade e racionalidade" suficiente para tornar-se ponto de partida para discussões de teses jurídicas e, ao mesmo tempo, se transforma em padrão decisório para os tribunais, então, é que, com o tempo, poderá a vir a se tornar precedente (ABBOUD, 2015, p. 404).

Ora, para se tornar precedente é necessário que haja uma adequação, em casos futuros, à decisão proferida no passado, que passa a ser um marco referencial para a fundamentação jurídica. Aqui, no sistema pátrio, o próprio CPC/15 elenca determinados provimentos judiciais que já nascem com força obrigatória aos órgãos inferiores do Poder Judiciário e que, caso sejam desobedecidos, poderão ser objeto

de reclamação dirigida diretamente ao prolator do precedente.

De qualquer modo, a adoção dos precedentes exige a existência de um caso paradigma julgado anteriormente, que deve ser confrontado com o caso presente. A regra jurídica contida no precedente deve ser identificada (*ratio decidendi)* e aplicada ao caso em foco, ou não aplicada para superá-la em virtude da evolução social, cultural, econômica ou política (*overruling)*. Mas, eventualmente, pode ser afastada a sua aplicação pela incoerência lógica entre o processo objeto do julgamento e o precedente (*distinguishing)* (ALMEIDA, 2016, p. 532).

É essencial distinguir os elementos que compõem a decisão objeto do precedente. A parte que efetivamente vinculante é a razão de decidir (*ratio decidendi*). Esta será a proposição jurídica essencial e necessária ao julgamento do caso formador do precedente. As observações acessórias e periféricas (*obter dicta* ou *dictum*), por não terem sido necessárias à tomada de decisão e por constituírem mero reforço argumentativo, não serão objeto de vinculação.

Cumpre alertar que houve, por assim dizer, uma importação do instituto de outro sistema jurídico e que merece certo cuidado, pois não há no direito nacional uma tradição na adoção dos precedentes. Talvez, por isso, o próprio Código tenha exigido aos magistrados uma precisão na forma de fundamentar suas decisões e, de outra banda, que adotem técnicas específicas para a identificação e aplicação da *ratio decidendi* e da *distinguishing.*

Pela complexidade do instituto, cabe ao julgador, no caso concreto, aplicar cuidadosamente o precedente, não podendo se prender na atividade como uma função mecânica de copiar ementas de julgados.

Chegando a parte que mais importa, o CPC/15 anteviu vários mecanismos para vinculação dos precedentes e súmulas com o objetivo de tornar as decisões do Poder Judiciário, principalmente dos órgãos de primeiro grau, mais igualitárias, previsíveis e econômicas.

Pelo que demonstra Ursula Ribeiro de Almeida (2016) os instrumentos criados pelo CPC para fortificar as jurisprudências vinculantes foram aglutinados no processo de conhecimento, na fase recursal, no cumprimento de sentença e na ação rescisória.

É exemplo, dentre tais instrumentos, o cabimento da tutela de evidência quando a alegação de fato depender de prova exclusivamente documental e houver tese firmada em recursos repetitivos, ou súmula vinculante, sobre a questão de direito objeto da demanda (art. 311, II, do CPC/15);

Outro mecanismo é a possibilidade, antes da citação do réu, da demanda ser julgada liminarmente improcedente se o pedido contrariar súmula do STF ou do STJ, acórdão proferido pelo STF ou STJ no julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, entendimento firmado em IRDR ou em IAC e súmula do tribunal sobre direito local (art. 332, I a IV, do CPC/15);

No que concerne ao dever de fundamentação, as decisões do Poder Judiciário terão que enfrentar os precedentes sobre a matéria analisada, sob pena de ser nula se se limitar a invocar o precedente ou a súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem correlacionar a sua aplicação no caso concreto, bem como, se deixar de segui-los sem demonstrar a distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1°, V e VI, do CPC/15), trata-se, aqui da:

> aplicação da técnica da *autorreferência decisória*, pela qual a fundamentação da decisão judicial deverá fazer referência à *ratio decidendi* encontrada em julgamentos anteriores de questões jurídicas similares. Com a autorreferência, o julgador subsequente analisará aquilo que foi decidido anteriormente e, concordando com ele, invocará o precedente, valendo-se da fundamentação para demonstrar a identidade dos casos. Caso contrário, se o órgão judicial discordar do precedente, competirá o dever de apontar as diferenças substanciais entre os casos ou declinar os motivos suficientes para não se aplicar o precedente ao caso presente (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 350-351).

A remessa necessária em processos julgados contra os interesses da Fazenda Pública é dispensada quando a decisão estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido em sede de RE ou REsp repetitivos, entendimentos firmados em IAC ou IRDR (art. 498, §4°, I a III, do CPC/15);

O título executivo judicial será considerado inexequível quando fundado em lei, ato normativo ou interpretação, considerado inconstitucional ou incompatível com a CRFB/1988 pelo STF em sede de controle de constitucionalidade e o executado poderá opor impugnação ao seu cumprimento (art. 525, §12, do CPC/15);

No tribunal o relator poderá, por decisão monocrática, negar provimento ao recurso contrário à súmula do STF, do STJ ou do tribunal ao qual estiver vinculado, acórdão proferido por tribunal superior em RE ou REsp repetitivos, bem como firmado em IRDR ou IAC (art. 932, IV, "a" a "c", do CPC/15). E, após o prazo para apresentação de contrarrazões, o relator poderá dar provimento ao recurso interposto contra decisão que contrariar os instrumentos processuais mencionados (art. 932, V, "a" a "c", do CPC/15). O mesmo se aplica aos incidentes de conflito de competência, no qual o relator também poderá julgar monocraticamente (art. 955, parágrafo único, I e II, do CPC/15);

No que compete a ação rescisória, ela terá espaço se a decisão questionada foi proferida com fundamento em lei, ato normativo ou interpretação declarada inconstitucional pelo STF, substituindo o instituto relatado no art. 525, §12 do CPC/15. O prazo para ação rescisória será de 2 anos após o trânsito em julgado da decisão do STF (art. 525, §12 e §15, do CPC/15).

Assim como foi argumentado, para dar concretude ao valor vinculante dos precedentes expedidos pelos Tribunais, o Código adotou diversos mecanismos de controle processual, cujo objetivo é inviabilizar o prosseguimento de demandas ou recursos contra teses anteriormente já fixadas, cumprindo-se, desse modo, a celeridade processual, a redução do número de processos, e a estabilização da ordem jurídica, tornando-a mais coerente e segura.

Pelo que resta demonstrado, conquanto o repositório jurisprudencial já exercesse uma força argumentativa (efeito persuasivo), tem-se que o Código Processual instituiu um sistema no qual os precedentes originários de IRDR; IAC; Recursos Especiais ou Extraordinários repetitivos, súmulas constitucionais do STF e infraconstitucionais do STJ, bem como as decisões do Supremo em controle de constitucionalidade (com já o era mesmo antes do CPC/15) passaram a ser fontes formais do direito pelo caráter vinculante de sua posição jurídica (ZANETI JR, 2015, p.409).

Podemos, então, perceber que a adoção dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro, institucionalizada pelo CPC/15, veio a calhar e, ao menos na teoria, possibilita a aplicação de teses jurídicas pacificadas pelos tribunais de sobreposição pelos órgãos do Poder Judiciário de primeiro grau com

eficiência e agilidade, dando real significado a segurança jurídica (acabando com as decisões de loteria) e a duração razoável do processo. Cumpre destacar, ademais, que esse sistema se coaduna perfeitamente com a Constituição no que toca à realização dos princípios da justiça e da igualdade entre os cidadãos.

Consoante se pretende demonstrar, esses precedentes também devem ser aplicados no processo administrativo de forma a perfectibilizar, na seara pública, todos os princípios constitucionais já mencionados e tornar a atuação estatal mais funcional, eficiente e célere, evitando a necessidade de revisões judiciais das decisões administrativas.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E O PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O fenômeno processual na atividade administrativa se desenvolveu gradualmente. Em princípio, a processualística foi desenvolvida como reflexo da teoria dos atos administrativos e outras atividades atinentes à legalidade, ou seja, como questão ligada ao direito administrativo material. Foi apenas com o desenvolvimento da competência sancionatória do Estado que vieram a ser utilizados subsídios do processo judicial para nortear a defesa dos direitos individuais na esfera pública (REISDORFER, 2017, p. 3).

Nessa perspectiva, as primeiras técnicas processuais aplicadas no âmbito público corresponderam à teoria processual desenvolvida para o exercício da jurisdição. A cláusula do devido processo legal (no cumprimento da jurisdição) reverberou na prática administrativa e fecundou o desenvolvimento do processo administrativo. E, assim sendo, num primeiro momento o direito processual jurisdicional constituiu referência e paradigma essencial para o processo administrativo (REISDORFER, 2017, p. 3).

Ao longo do tempo, o processo se tornou técnica necessária ao desenvolvimento da atividade administrativa em um aspecto amplo, para a instrumentalização de vários objetivos: oitiva dos administrados perante o Poder Público; para o cumprimento das atividades de expediente; para o debate de informações estratégicas e tomada de decisão; e para tornar a atuação pública mais transparente (e republicana), propiciando o seu controle pelo povo. O que tornou o processo administrativo como o "modo normal de agir do Estado" (REISDORFER, 2017, p. 4).

Diante dessa abertura no leque de modalidades instrumentais, o processo administrativo se afastou do processo jurisdicional, e teve que adotar soluções peculiares, adaptando-se às características próprias das variadas atividades públicas (instrumentalidade), o que lhe tornou, também, um ramo de estudo aberto, com ausência de elementos uniformes de atuação.

No direito brasileiro, o processo administrativo encontra matriz constitucional, como anteriormente apontado, o art. 5, LV, da CRFB/1988 determina a aplicação do contraditório e da ampla defesa, e dos meios de recurso a ela inerentes, na esfera pública. Posteriormente, veio à regulamentação genérica, no âmbito federal, pela Lei 9.784/1999. E, recentemente (2019), o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n° 633:

> A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria. (BRASIL, STJ, PRIMEIRA SEÇÃO, SÚMULA n° 633 de 12/06/2019, DJe 17/06/2019).

Pela aplicação do enunciado jurisprudencial, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a Lei n° 9.784/1999, por analogia integrativa, deve ser aplicada aos Estados e Municípios sempre que estes entes políticos não tenham exercido sua competência legislativa para regular a matéria em seus territórios (autonomia para a autorregulamentação no federalismo).

É de se lembrar que o modelo processual adotado pela lei federal é genérico, o que serve como uma orientação para todas as situações administrativas e que tal norma não visa disciplinar de modo exauriente, e sim, apenas em um tom principiológico, como deve ser o modo de agir da Administração Pública, sem a definição de metodologia processual estrita para a prática administrativa – o que possibilita uma flexibilidade procedimental no desenvolvimento das atividades a serem desempenhadas.

3.1 A aplicação supletiva e subsidiária das normas do CPC ao processo administrativo

O Código Processual Civil determina, em seu art. 15, que na ausência de normas que regulem o processo administrativo, aplica-se supletiva e subsidiariamente o regulamento do processo civil. Pelo histórico descrito anteriormente, não é novidade o suporte instrumental da prática processual jurisdicional na atuação do processo administrativo.

Faz-se necessário distinguir a aplicação supletiva da subsidiária.

Aplicação supletiva significará o emprego do CPC/15 mesmo quando já exista regramento próprio dispondo sobre o tema, mas, apenas, quando este for incompleto, ou seja, será a aplicação complementar do Código, possibilitando o aperfeiçoamento da lei específica, para tornar a atuação administrativa o mais efetiva possível.

Aplicação subsidiária dar-se-á quando não existir norma processual administrativa para regular o feito, ou seja, quando houver lacuna normativa, e, aqui, a aplicação da lei processual civil será de forma integral.

Cumpre, entremeio, asseverar que a própria Lei n° 9.784/1999, de acordo com a disposição do art. 69, é a norma que se aplica subsidiariamente às disposições processuais administrativas específicas. Desse modo, o CPC/2015 seria, então, "norma subsidiária das normas subsidiárias" (REISDORFER, 2017, p. 5).

Ademais, sendo norma subsidiária, o Código Processual não pode se sobrepor às regras que já disciplinam o processo administrativo. Nesse cenário, a sua aplicação terá lugar na existência de lacuna normativa, ou seja, na ausência de regra prevista na legislação específica, e, ainda assim, sua aplicação impõe a compatibilidade do modelo desenhado pelo Normativo Processual Civil com a lógica do exercício da função administrativa. Portanto, simples omissão legislativa administrativa não importa a aplicação automática do CPC/15.

De qualquer modo, algumas situações serão propícias à aplicação do NCPC, como aquelas envolvendo disputas tipicamente patrimoniais, entre a Administração e terceiros, ou atividades ligadas a interesses e direitos disponíveis, ou seja, atividade de gestão do Estado.

Nesse ponto, cumpre elencar, inicialmente, a necessidade de fundamentação das decisões estatais como matéria em que o NCPC pode, em muito, auxiliar na prática administrativa.

A Lei n° 9.784/1999 determina a motivação como um dever jurídico para a Administração Pública, e define que ela veja explícita, clara e congruente (art. 50, §1°). A motivação adequada será aquela "apta a revelar em termos concretos a correlação entre a situação (i.e., os aspectos fáticos e os interesses jurídicos que devem ser considerados) e o conteúdo do ato afinal praticado, ponderados os efeitos produzidos" (REISDORFER, 2017, p. 7).

Tendo em mente é possível o controle sobre a qualidade da motivação[6], consoante a Lei da Ação Popular (art. 2°, parágrafo único, "d"), quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido, é certo que a aplicação do art. 489 do CPC/2015, no que delimita a formatação correta para a fundamentação das decisões judiciais deve ser observado, também, na seara administrativa (REISDORFER, 2017, p. 7).

Cumpre apontar que a definição dos elementos essenciais à fundamentação das decisões jurisdicionais é um ótimo ponto de baliza para delimitar o modo de motivação das decisões administrativas:

> Pode-se admitir a aplicação de todas essas previsões *['I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV –* não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V *– se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento']* para o controle da fundamentação das decisões administrativas. [...] Embora os preceitos do NCPC apresentem-se singelos e já viessem sustentados no âmbito do direito processual administrativo, são aptos a produzir efeitos notáveis tanto na prática administrativa quanto na própria realidade jurisdicional, na medida em que deles se extraem critérios orientadores para a produção de melhores decisões administrativas – o que, como consequência, pode reduzir as disputas em torno de tais deliberações (REISDORFER, 2017, p. 7).

Muitas outras normas do CPC/15 podem ser amplamente aplicadas, subsidiariamente, ao processo administrativo. Vale relembrar que o papel cumprido pela norma processual civilista foi o de reverberar os mandamentos constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, motivo pelo qual o processo administrativo teria muito a se enriquecer com a sua contribuição.

Artur César De Souza (2016, p. 2-9) elenca uma série de proposições do CPC, que são correlatas com a Lei n° 9.784/1999, favoráveis a consumação de um processo administrativo constitucional, vale citar: as normas fundamentais do processo; a cooperação entre autoridades; os deveres das partes; os impedimento e suspeição no processo; e a prioridade de tramitação processual.

Outras normas do CPC/2015 também podem servir para a consecução do processo administrativo mais democrático como, por exemplo: a cientificação dos interessados e o adequado acesso ao processo; a sistemática de tratamento das nulidades processuais; o contraditório prévio (vedação a decisão surpresa); e os negócios processuais (REISDORFER, 2017, p. 8-12).

3.2 O dever geral das autoridades administrativas em observar os precedentes

Consoante apresentado no capítulo anterior, o precedente judicial foi incorporado à tradição

6 Para maior aprofundamento: vide teoria dos motivos determinantes.

jurisdicional nacional pelo Código de Ritos de 2015. Pelo conteúdo do art. 927 do CPC/2015, os precedentes dos tribunais, em determinados instrumentos processuais, passaram a ter eficácia vinculante nas instâncias inferiores.

Ainda que já existisse o efeito persuasivo na jurisprudência, fato é que agora estamos diante de um sistema de vinculação, a certos precedentes, na seara jurisdicional. Esse novo elemento no processo civil veio com o intuito de dar resposta a judicialização em massa de demandas, de forma célere, segura, eficiente e coerente, evitando decisões conflitantes e/ou contraditórias.

Houve por bem, prestigiar-se a uniformização e estabilização da jurisprudência nacional.

Na esfera administrativa a recepção de julgados judiciais se encontra em um movimento de aceitação, mas, neste estudo, defende-se a aplicação, também, vinculante dos precedentes judiciais incorporados pelo CPC/2015.

A exemplo do movimento de anuência das decisões judiciais na esfera pública, que já ocorria, a portaria n° 586/2010 do antigo Ministério da Fazenda (hoje, Ministério da Economia) determina a aplicação das teses definidas em recursos judiciais repetitivos, do STF e STJ, nos julgamentos proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (última instância administrativa para recursos fiscais, no âmbito federal – CARF). Vejamos:

> Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. § 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B. § 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. (Portaria Ministério da Fazenda n° 586/2010 – Publicada no DOU de 22/12/2010, p. 28).

Ora, já era clara a obrigatoriedade das decisões judiciais, prolatadas em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos no âmbito do processo administrativo fiscal federal, a serem reproduzidas pelo CARF, desde 2010, ou seja, muito anterior ao CPC/2015.

Mais recentemente, a Lei da Liberdade Econômica (Lei n° 13.874/2019) modernizou o entendimento jurídico a respeito dos recursos repetitivos ou com repercussão geral reconhecida, decisões em controle de constitucionalidade do STF e as súmulas dos tribunais no âmbito da advocacia pública federal e da Receita Federal do Brasil, determinando que não sejam contestados em juízo ou que, administrativamente, não tenham créditos tributários lançados contra as suas disposições. Vejamos:

> Art. 13. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: V - tema fundado em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por resolução do Senado Federal, ou tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo Supremo Tribunal Federal em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade; VI - tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Traba-

> lho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando: a) for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo; § 9º A dispensa de que tratam os incisos V e VI do *caput* deste artigo poderá ser estendida a tema não abrangido pelo julgado, quando a ele forem aplicáveis os fundamentos determinantes extraídos do julgamento paradigma ou da jurisprudência consolidada, desde que inexista outro fundamento relevante que justifique a impugnação em juízo. [...] Art. 19-A Os Auditores-Fiscais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil não constituirão os créditos tributários relativos aos temas de que trata o art. 19 desta Lei.

Ainda assim, deve-se continuar nessa direção para passar a prestigiar os demais instrumentos processuais (as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmulas do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional; as decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de assunção de competência (IAC)) na tomada de todas as decisões administrativas.

Assim como as súmulas vinculantes, que já possuem efeito *erga omnes* e vinculam Administração Pública por ordem constitucional, os instrumentos processuais mencionados devem ser respeitados na esfera judicial e, também, na esfera administrativa, ou seja, devem ser aplicados no processo administrativo.

Segundo Paulo Cesar Conrado e Rodrigo Dalla Pria (2015, p. 249-255):

> [...] nada há, nem mesmo a existência de norma especial (pertinente ao processo administrativo) em sentido menos intenso (como as que, no âmbito federal, limitam a vinculação do julgador administrativo a uma lista de precedentes mais tímida), que justifique eventual discrepância entre 'jurisdição judicial' e 'jurisdição administrativa', afinal de contas, ambas estão (ou deveriam estar) a serviço dos mesmos valores – no caso, segurança e igualdade." (CONRADO; PRIA, 2015, p. 249-255).

Fato é que a aplicação subsidiária do CPC ao processo administrativo deve ser homenageada para reconhecer a vinculação dos precedentes judiciais listados no art. 927, também, na esfera pública. Trata-se de acertar uma lacuna insegura da legislação processual administrativa que se fundamenta na busca pela segurança jurídica, proteção da confiança, isonomia e conformação do direito.

Aplicando-se os precedentes indicados no art. 927 do CPC, estar-se-á prestigiando a uniformização e estabilidade do ordenamento jurídico. Vale lembrar, a busca pela segurança jurídica é mandamento legal impositivo às autoridades administrativas, consoante o recentemente introduzido art. 30 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Pelo apresentado no subcapítulo anterior, é aplicável ao processo administrativo, também, o dever de fundamentação das decisões, nos moldes do conteúdo do art. 489 do Código Processual, de forma a realizar efetivamente o devido processo administrativo.

Cumpre repisar que até na composição do dever de fundamentação, o próprio código processual elenca o dever de enfrentar o precedente judicial atrelado ao direito discutido. Sendo assim, ao se reconhecer o dever de fundamentar, estar, por consequência, observando o dever de aplicar (ou não) no caso concreto as decisões anteriormente tomadas em sede de precedente. Nesse sentido:

> *[I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a*

> *justificar qualquer outra decisão; IV* – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – *se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento]* Mesmo os incisos que tratam da aplicação de orientações jurisprudenciais são aplicáveis ao âmbito administrativo, na medida em que a atuação da Administração Pública é pautada não apenas pela legalidade, mas pela juridicidade em sentido amplo (inclusive como definida nos Tribunais) e pelo propósito de atuar de modo eficiente e reduzir a litigiosidade, o que envolve observar a possibilidade de seus atos serem futuramente revistos em sede judicial. Isso não significa que a autoridade administrativa deverá observar mecanicamente as orientações jurisprudenciais que venham a ser invocadas nos processos administrativos (salvo em casos excepcionais, como no caso da observância obrigatória das súmulas vinculantes – art. 103-A da Constituição Federal), mas que ela deverá posicionar-se de forma "explícita, clara e congruente" (art. 50, § 1.º, da Lei 9784/1999) acerca do juízo feito em relação à aplicação ou não das orientações jurisprudenciais em debate em cada caso (REISDORFER, 2017, p. 7).

Seguindo por essa linha, vale apontar que as decisões administrativas, no Brasil, diferente do que ocorre no sistema francês que separa a jurisdição administrativa pela submissão ao Conselho de Estado, podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário posteriormente. É que a própria Constituição elenca a inafastabilidade da jurisdição como direito fundamental.

Desse modo, se ilegal, a decisão tomada em processo administrativo poderá ser anulada, motivo pelo qual é muito mais eficiente adotar na esfera pública o posicionamento judicialmente vinculante a fim de se evitar a criação de litígios judiciais[7] com altos custos econômicos para o próprio Estado.

Toda vez que a Fazenda Pública perde um processo a Administração terá que arcar com os custos processuais da demanda, seja ele os honorários advocatícios da parte vencedora ou o próprio custo de manutenção do Poder Judiciário (ainda que seja por meio do orçamento público destinado aquele Órgão). Ademais, deve-se ter em mente que, geralmente, a anulação de decisão administrativa na esfera judicial vem atrelada a condenação pecuniária retroativa, que é corrigida monetariamente e adicionada por juros moratórios e/ou compensatórios. Cria-se, ainda, outro problema que é a expansão da fila dos precatórios (que não cumpre ser abordado nesse trabalho, pela profundidade do assunto).

Torna-se sobremodo caro pagar pelo custo da revisão da decisão administrativa que não adotou o precedente vinculante, quando o será aplicado na esfera judicial.

Consoante demonstrado, inúmeros são os argumentos para a aplicação subsidiária do sistema de precedentes vinculantes na tomada de decisões públicas. Ao se estender o precedente judicial para a esfera administrativa o efeito jurídico proposto pelo Código de Processo Civil se atende com maior efetividade, na medida em que limita a judicialização em massa de demandas contra o Poder Público, na origem. Lembrando também que o processo administrativo cumprirá os ditames constitucionais do tratamento isonômico entre os administrados, promoverá a segurança jurídica e será legitimamente democrático por evitar a articulação de interesses outros que não o público, dentro da Administração.

Nesses termos, o processo administrativo se torna mais seguro (sem o risco de revisão judicial), isonômico, efetivo e econômico com a adoção do sistema de precedentes vinculantes, importado, do

7 Consoante relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Estado é o maior litigante do país (o Setor Público Federal é o 1° colocado, Setor Público Estadual é o 3° e o Setor Público Municipal o 5°) – 100 Maiores Litigantes, 2012, CNJ, vide em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf.

processo civil. É, ademais, benéfico ao exercício da jurisdição, pois evita a criação de demandas judiciais desnecessárias, para rediscutir a decisão tomada pelo Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o que foi apresentado, o neoconstitucionalismo instituiu uma nova leitura do ordenamento jurídico. O dever de se defender primeiramente a Constituição, a dignidade da pessoa humana e o catálogo geral de direitos fundamentais impuseram uma nova articulação das normas infralegais e de todo o sistema do direito.

A normatividade da Constituição Federal e o seu papel central no ordenamento jurídico determinaram a aplicação da filtragem constitucional em todos os ramos do direito, inclusive do Direito Administrativo.

Foi grande o impacto que a transposição da ordem constitucional provocou no Direito Administrativo. Dentre outros, devemos perceber a diminuição da discricionariedade administrativa e o crescimento relevante na extensão do princípio da legalidade. Ambos são fenômenos correlatos que se interferem mutuamente.

A legalidade deve ser analisada como princípio da juridicidade. A autoridade pública, no exercício da função administrativa, deverá observar, além da lei em sentido estrito, todos os princípios constitucionais, o bloco de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes. O aumento da escala no princípio da legalidade representa a consequente diminuição na liberdade do administrador, que poderá ter sua atividade controlada pelo Poder Judiciário.

No processo administrativo, que é o meio pelo qual o Estado exercita o seu poder, tomando decisões e expedindo atos, o neoconstitucionalismo e a CRFB/1988 exigiram a implementação de meios democráticos e dialógicos para a realização dos direitos fundamentais.

No processo civil, foi estabelecido o sistema de precedentes judiciais vinculantes pela chegada do CPC/2015, que veio para institucionalizar a segurança jurídica, proteção da confiança, celeridade processual, eficiência e isonomia. Alguns foram os instrumentos escolhidos para uniformizar a jurisprudência nacional: as decisões do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em sede de incidente de assunção de competência (IAC); os acórdãos em sede de incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR); o julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos; os enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e as orientações do plenário ou órgão especial do tribunal ao qual o juiz esteja vinculado.

Por fim, percebe-se que a utilização de alguns elementos do Código de Processo Civil, em especial o respeito aos precedentes judiciais vinculantes, no processo administrativo é uma possível resposta para a efetiva redução de judicialização em massa de demandas em face do Poder Público. Na medida em que os precedentes judiciais vinculantes forem incorporados as decisões administrativas, ter-se-á a realização da isonomia e da segurança jurídica, bem como, será ampliada a confiança social depositada nas decisões do ente estatal. E, em outra quadra, será reduzido o custo econômico no exercício da função jurisdicional, que será menos chamada para controlar a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Precedentes no novo Código de Processo Civil. Ações Coletivas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo**, n. 111, p. 527-554, jan./dez. 2016.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 399-407.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro**, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n° 8.539 de 08 de outubro de 2015. Dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 out. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8539.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. Lei n° 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 fev. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. Lei n° 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 633.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2018_48_capSumulas633.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-356.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo, São Paulo**, n. 260, p. 277-304, out.2016.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. **Revista de Processo, São Paulo**, n. 231, a. 39, p. 345-362, maio.2014.

CONRADO, Paulo Cesar; PRIA, Rodrigo Dalla. **O Novo CPC e Seu Impacto no Direito Tributário**. São Paulo: FiscoSoft Editora Ltda, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador**, n. 5, jan./fev./mar.2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=82. Acesso em: 14 de setembro de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações do direito administrativo. **Revista de direito da administração pública, Rio de Janeiro**, n.02, a. 01, p. 188-216, jul./dez 2016. Disponível em: http://www.redap.com.br/index.php/redap/issue/viewIssue/7/2. Acesso em: 14 de setembro de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Ano trouxe inovações para Direito Administrativo, aproximando-o do privado.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-dez-31/retrospectiva-2015-ano-trouxe-inovacao-direito-administrativo. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

HARGER, Marcelo. Processo administrativo: aspectos gerais. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/145/edicao-1/processo-administrativo:-aspectos-gerais. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Processo administrativo e aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil: oportunidade para aperfeiçoar práticas administrativas. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, São Paulo**, n. 25, jul./ago.2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro**, n. 209, p. 189-222, jul./set.1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituiçãone segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.165-191.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SOUZA, Artur César de. Aplicação subsidiária do novo CPC ao processo administrativo. **Revista de Processo, São Paulo**, n. 256, jun.2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 407-423.

PODERES EMERGENCIAIS DIANTE DE UMA SOCIEDADE COMPLEXA

EMERGENCY POWERS BEFORE A COMPLEX SOCIETY

Filipe Xavier Ribeiro[1]

RESUMO

De que modo se compatibilizam Poderes Emergenciais e Estado de Direito? O problema proposto é a tensão inerente entre, de um lado, a necessidade de poderes atípicos para que o governante possa agir de forma rápida e eficaz em situações de perturbações da ordem pública e, de outro, a configuração do Estado Democrático de Direito e vinculação das pessoas ao contrato social. O tema possui relevância atual e justifica-se em razão da utilização destes poderes no enfrentamento da pandemia de Sars-Cov-19. Objetivou-se, com utilização da *Behavioral Law Economics*, identificar o impactos da forma com a qual este poderes são exercidos no comportamento das pessoas. Constatou-se ao final que a utilização de *nudges* bem como a recondução da *psiqué* coletiva ao status *quo* são indispensáveis pra preservação do *rule of law. Nudge* definido como uma intervenção que afeta o comportamento da pessoa, mantendo a sua liberdade de escolha.

PALAVRAS-CHAVE: Poderes Emergenciais. Calamidade Pública. Psicologia Coletiva. Behavioral Law Economics. Estado de Direito.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito possui como alicerces a existência e funcionamento de mecanismos de contenção de investidas autoritárias e o respeito aos direitos e garantias individuais. Ocorre que isso pode tornar os governos incapazes de fornecerem respostas rápidas e efetivas em situações emergenciais.

A suspensão de direitos e garantias individuais para enfrentar emergências pode comprometer a aderência das pessoas ao contrato social e à configuração do Estado de Direito, conforme ficará demonstrado por mecanismos empíricos.

Do ponto de vista sociológico o contrato social representa o abandono das pessoas do estado de desordem para viverem de forma coordenada. Contudo, nesse ponto, a realidade é contraintuitiva ao dogma jurídico, pois, sob a justificativa de se estabelecer um comportamento social coeso, a depender da

1 Procurador do Estado da Bahia; Professor Universitário, Mestrando pela UFBA (*Law and Economics*); ex-Procurador do Município de Cuiabá; Ex-Professor da UFMT; e-mail filipe.ribeiro@pge.ba.gov.br

forma como os poderes estatais são utilizados, o resultado será exato oposto. Ou seja, restaura-se o exercício de direitos naturais individuais voltados à sobrevivência, de maneira descoordenada.

Esse paradoxo é o problema a ser enfrentado neste artigo.

Buscou-se reaproximar a dogmática jurídica das leis naturais que regem o comportamento do ser humano, de modo que a construção doutrinária reflita a realidade e não se resuma ao que se tem sido chamado de "ingenuidade positivista", isto é, a priorização da forma e do método em detrimento do objeto (BARROS, 2012, p. 410).

O assunto será abordado, de forma interdisciplinar, pelo ângulo da sociologia, tendo a teoria estrutural-funcional de Luhmann como marco teórico; da ciência jurídica, com espeque em Canotilho e Valter Shuequener; bem como *da Behavioral Law Economics,* sobretudo em vista dos apontamentos efetuados por Cass Sunstein acerca da crescente utilização da ciência comportamental para qualificação de políticas públicas, inclusive no combate à pandemia de Sars-Cov-19.

Reputa-se importante investigar os modos de compatibilização dos Poderes Emergenciais com o Estado Democrático de Direito, com ênfase no comportamento das pessoas visto que ele é o que determinará o abandono ou não do estado de desordem, em alguma medida, para a vida em harmonia.

Almeja-se com isso contribuir para redução da tensão que é inerente a este tipo de situação, bastante atual em razão da pandemia pela qual atravessa a humanidade no ano de 2.020 e 2.021.

Cuida-se de trabalho científico de espécie reflexiva, através do qual demonstra-se, de forma analítica, os resultados das investigações empíricas da economia comportamental, para ao final realizar-se posicionamento crítico e construtivo sobre o problema proposto.

A metodologia utilizada será dedutiva. A maior premissa da qual se partirá é a manutenção do Estado de Direito e vinculação das pessoas ao contrato social durante e após a utilização dos Poderes Emergenciais. Dessa equação se partirão as constatações jurídicas, sociológicas e empíricas da *Behavioral Law and Economics,* de forma decompositiva até se conduzir ao posicionamento preciso sobre o dilema. Há, deste modo, construção dogmática via pesquisa tanto epistemológica como instrumental.

Inicia-se com a revisão da literatura pertinente da sociologia e do direito, com ênfase na construção do princípio da proteção da confiança no Estado brasileiro.

Na segunda parte do trabalho serão investigados os apontamentos da *Behavioral Law Economics* acerca das questões que influem positiva e negativamente o comportamento das pessoas.

Ao final, serão realizadas as anotações conclusivas com o encerramento do raciocínio dedutivo.

1 CONTRATO SOCIAL E O ESTADO DE DIREITO

Boaventura de Souza Santos(1988, p.2) expressa que o contrato social é a metáfora fundadora da racionalidade e da renúncia do estado desordem.

A afirmativa é calcada na filosofia hobbesiana segundo qual o homem possui instintos de liberdade em usar seu próprio poder para preservação da sua natureza, da sua vida, o que é concebido como

um direito natural.

Ocorre que esse instinto faz com que ele viva em permanente estado de guerra com seus pares, o que representa, para ele próprio, uma ameaça a sua existência. Dessarte, também se reconhece como direito natural humano a busca pela paz mediante concessões:

> Desta lei fundamental de natureza, mediante a qual se ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. (HOBBES, 2003. P. 113)

A renúncia mútua de direitos representa para Hobbes a contratualização, todavia, contratualização não significa o abandono ou desaparecimento das leis naturais que regem o comportamento humano.

Observa o filósofo que os súditos somente obedecem o soberano enquanto dura o poder mediante o qual a sobrevivência é protegida e assinala que uma das coisas que enfraquecem o Estado é perda de legitimidade, ou seja, quando o exercício do poder é assumido para salvação pública, mas tem a aparência de um ato injusto. (HOBBES, 2003, p. 272).

Nesse caso, o direito natural individual à sobrevivência, antes renegado em proveito de uma contratualização, volta a ser exercido.

Há diacronia do contrato social. Os critérios de inclusão e exclusão contratuais consistem em um campo de luta entre interesses plúrimos e os resultados deste embate são as cláusulas redigidas. As tensões e antinomias fazem parte da lógica operacional (SANTOS,1988, p.6).

Mas se o contrato social possui uma dialética que lhe é inerente, o que afinal desperta nas pessoas a vontade de se manterem contratualizadas?

A sociologia demonstra com robustez que o elemento aglutinador é fundado na confiança (ARAÚJO, 2009, p. 11).

É nas teorias do sociólogo alemão Niklas Luhmann em que este texto se fundamentará primordialmente acerca desse assunto. Isso porque o autor, além de ter se dedicado ao tema em farta produção pautou-se pela interdisciplinariedade, ou seja, possui traços comuns com a *Law and Economics*. Na literatura luhmaniana a complexidade é principal questão a ser resolvida pela sociedade.

Propõe o sociólogo a chamada Teoria Funcional-Estrutural, marcada pela diferença entre o ambiente e o sistema, cuja identidade, desse modo, é construída em uma relação do "fora" com o "dentro" (MOTA, 2016, p. 184).

Para Luhmann o complexo não é o estado do "ser", mas a totalidade dos acontecimentos possíveis na relação entre o mundo (*out*) e o sistema (*in*). Se isso é verdade então também é pressuposta a necessidade de um redutor da complexidade social, que faça uma pré-seleção das possibilidades e generalize as expectativas.

A generalização da expectativa pauta o conceito de normalidade dentro do sistema, o que é possível e o que não é. Uma das formas de se operacionalizar essa atividade é através da história, conside-

rada meio indispensável por Luhman (2005, p. 98), visto que "O passado já não tem mais possibilidades. É complexidade reduzida".

Bem pensadas e analisadas as coisas, se o passado não é complexo por não ter mais possibilidades, o redutor da complexidade das relações humanas é a confiança, uma vez que quem confia "antecipa o futuro. Ele age como se o futuro fosse para ele mais seguro". (2005, p. 98):

Sem confiança apenas formas muito elementares de relações sociais são possíveis, o que revela sua capacidade de potencializar o desenvolvimento humano e estabilizar a convivência coletiva.

Do ponto de vista estrutural do redutor de complexidade, Luhmann realizar três constatações relevantes (MOTA, 2016, p. 191).

A primeira é a de que o risco constitui elemento fundamental da confiança.

Confiar significa que situações consideradas perigosas não o são, em razão da imposição de responsabilidades pelas consequências ao agente decisor. Como nesse processo muitas informações são encobertas, o ato de confiar é inegavelmente arriscado.

A segunda constatação é a de que o desenvolvimento da confiança demanda que as ações sejam percebidas como pessoais, nesse sentido os agentes devem ter liberdade de agir de forma contrária, ou mesmo de não agir. Luhmann remete-se à Hobbes para comentar que isso representa solução para o Leviatã, ou seja, para o autoritarismo:

> É pré-condição necessária que a situação permita passos seletivos, dando significado às escolhas comportamentais e que este comportamento não é apenas uma determinação histórica ou institucional. Assim o pré-requisito básico para construção da confiança interpessoal é que a ação humana seja percebida em geral como pessoalmente determinada. A conduta de quem a confiança depende deve aparecer como uma expressão e reafirmação da personalidade (LUHMANN, 2017, p. 45).

Explica também a experiência fracassada de Estados autoritários, como fascismo e comunismo, marcados pelo corrompimento da confiança da população e também de outros Estados soberanos.

A última constatação é que os sistemas sociais complexos exigem que os indivíduos se tornem reflexivos.

Confiança e desconfiança são "equivalentes funcionais". Ambos reduzem a complexidade social. A diferença é que a confiança é caracterizada pelas expectativas positivas e a desconfiança, por negativas (LUHMANN, 2000, p 195): "Logo, o problema da disposição para confiança consiste não de um acréscimo de segurança sob diminuição adequada de insegurança; ele está, ao contrário, em um acréscimo de insegurança sustentável ao custo de segurança.".

Deslocando-se da sociologia para a ciência jurídica, é possível se estabelecer um importante diálogo entre Luhmann e Canotilho.

O constitucionalista parece concordar com o sociólogo e afirma que é o Estado de Direito que, através de um conjunto de princípios, estrutura a ordem jurídica de forma a dar segurança e confiança às pessoas.

Constata (CANOTILHO, 1999, p 25) que a "experiência comum revela que as pessoas exigem

fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência aos actos dos poderes públicos, de forma a poderem orientar a sua vida de forma segura, previsível e calculável".

O Estado de Direito encontra-se historicamente assentado na separação de poderes e na legalidade, segundo a concepção de que a atividade legislativa funcione como mecanismo de freio ao autoritarismo estatal. Canotilho não rechaça isso, contudo reconhece-a como insatisfatória: entende que a lei perdeu prestígio e importância por ter transportado, ela própria, os lenhos da injustiça e não do direito.

Essa constatação remonta às críticas observadas no processo de evolução e consolidação do Direito.

O filósofo Imannuel Kant, no século XVIII, prestou relevantes contribuições para a autonomia da ciência jurídica, ao postular a relativa separação entre o Direito e a Moral. Na tradição kantiana o jurista deveria se ocupar das normas escritas pois elas que expressariam a vontade da maioria (GICO, 2010, p. 10).

No afã de proteger a autonomia científica jurídica frente às outras áreas do conhecimento, os juristas passaram e desenvolver metodologia específica e utilizar o próprio objeto de estudo, a norma. Surge o juspositivismo, que doravante foi aperfeiçoado por outros eminentes autores, em especial Hans Kelsen, já no século XX, com a sua Teoria Pura do Direito.

É fato que esses eminentes Filósofos em muito contribuíram para o desenvolvimento e autonomia do Direito, contudo também é verdade que isso fez com que ele se alijasse das outras áreas do conhecimento, de modo quase hermético.

Diferentemente das outras ciências, o Direito dissociou-se de instrumentos investigativos das consequências das suas interações com o mundo natural, ateve-se ao discurso próprio, como se fosse autossuficiente.

O desenrolar histórico da Segunda Guerra e, em particular o Holocausto, eventos não impedidos pelo direito positivo (que até certo ponto foi distorcido para ser utilizado como mecanismo de justificação[2]), fez com que os paradigmas jurídicos fossem questionados.

Cita-se, por exemplo, a defesa nazista apresentada perante o Tribunal de Nuremberg, cuja linha argumentativa foi a inexistência de crimes visto que não houve a violação do ordenamento jurídico alemão.

Neste momento histórico teve lugar a conhecida fórmula de Radbruch, utilizada para afastar as exceções nazistas, segundo a qual, a norma jurídica injusta e perversa não é um Direito.

Sendo assim, o Estado de Direito, para ser democrático, necessita de requisitos adicionais (CANOTILHO, 1999, p. 26), não divorciar-se da moral, ou das questões metafísicas.

Viu-se que do ponto de vista sociológico não há como dissociar a confiança do contrato social. Já do ponto de vista jurídico a segurança jurídica e a confiança são inerentes à configuração do Estado Democrático de Direito. Ainda que regido pela legalidade. sem esses elementos ele não se configura, é fórmula vazia.

2 Não se desconhece as críticas à afirmativa de que o positivismo permitiu que regimes autoritários se justificassem na Segunda Guerra Mundial. Defensores da Teoria Pura do Direito ressaltam que o Nazismo alterou as leis alemãs em seu favor. O argumento, contudo, ao nosso sentir, não refuta a afirmação. Merece registro que o próprio Hans Kelsen foi perseguido pelos nazistas. Para maior aprofundamento sugere-se a leitura do seguinte papper: BORRMANN, Ricardo; CRUZ, Eugeniusz. O TRIBUNAL DE NUREMBERG E A TEORIA PURA DO DIREITO. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 15, n. 2, p. 63122, 2020.

Disso resulta no reconhecimento do caráter principiológico da proteção da confiança, ou seja, como mandamento de otimização, no sentido de implementar na maior medida possível. Assunto do qual, passaremos a tratar.

2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

A história do Direito conta que a gênese do princípio geral da proteção da confiança remonta ao episódio conhecido como Sínodo Cadavérico (ARAÚJO, 2009, p. 17), no ano de 896. O papa Formoso fora submetido a julgamento póstumo e condenado à excomunhão, seu corpo foi despido e teve os dedos da mão direita decepados.

A condenação fez com que a nomeação como Papa e todos os seus efeitos fossem anulados de modo *ex tunc*. Ocorre que as consequências dessa anulação forçou o Direito Canônico a considerar a preservação dos atos, em razão da confiança neles depositadas pelas pessoas. Estar-se diante da modulação de efeitos, fórmula bastante difundida nos dias atuais.

Valter Shuenquener analisou de forma crítica o enfrentamento do problema do direito intertemporal, sobretudo na jurisprudência, por entender como representativo do nível de relevância com o qual o Estado trata a confiança. Afirma o autor que o conflito de normas no tempo é tradicionalmente resolvido através da dicotomia entre expectativa de direitos e direitos adquiridos.

Nesse sentido uma nova norma possui eficácia nas relações em que não haja direito adquirido, visto que nesse caso o particular tem, para utilizar expressão cunhada na jurisprudência brasileira, "mera" expectativa de direito, como se isso fosse algo irrelevante.

Refuta-se o argumento de que não há direito adquirido a regime jurídico ou à imutabilidade da legislação. Para o autor o legislador é considerado "senhor das expectativas" ao poder dispor livremente sobre os regulamentos, sem que a confiança existente nos destinatários seja protegida.

De toda sorte, Shuenquener considera que a apontada dicotomia não conduz a uma solução satisfatória para o problema. A sugestão é que o Direito Público avance para tutelar as expectativas em desenvolvimento de um sujeito de Direito. Deve haver uma gradação de modo que o nível de proteção varie conforme o nível de confiança depositada numa situação (2009, p. 81).

Ainda que não haja direito adquirido, mas presente a legitima confiança do particular a nova norma não deve ter efeitos imediatos de forma indistinta, cabe a adoção de solução intermediária, conforme circunstâncias do caso concreto, de modo a tutelar a confiança e a reputação estatal.

Valter Shuenquener (2009, p. 12) sustenta que a confiança está relacionada à redução da falta de informações sobre condutas futuras e do risco quanto a incertezas, além disso atribui relevância ao quesito reputação, anota que ela tem a função de fazer com que a análise do custo-benefício de uma relação de confiança tenha mais durabilidade.

O reconhecimento da Proteção da Confiança como princípio jurídico sintetiza a sociologia luhmanniana e o constitucionalismo de Canotilho, além de realçar a relevância do assunto para o exercício das funções públicas.

3 METODOLOGIA DA LAW AND ECONOMICS

Observado o estado da arte no que tange ao problema da adesão ao contrato social e ao Estado de Direito, passa-se a uma análise empírica da afirmação de que a confiança é o elemento aglutinador. Para tanto, utilizar-se-á da Análise Econômica do Direito para se verificar o critério de verdade (ser), com contribuições da ciência comportamental.

A economia aplicada ao direito é antes de tudo um método de investigação do comportamento humano, ou seja, um instrumento de análise das reações aos estímulos em um ambiente de recursos escassos (GICO, 2010, p12).

Almeja-se compreender o comportamento do cidadão diante dos Poderes Emergenciais e na forma de sua utilização.

O objetivo previamente definido, para fins deste trabalho é a utilização destes Poderes de modo a preservar a vinculação das pessoas ao contrato social e a manutenção do Estado como Democrático de Direito.

3.1 *Behavioral Law Economics* e as Políticas Públicas

A microeconomia parte do pressuposto de que em um ambiente de escassez de recursos, materiais e imateriais (o tempo por exemplo, ou a liberdade), o indivíduo racional toma suas decisões pautado por uma análise racional de custos e benefícios e aversão a perdas.

Ocorre que se percebeu a citada racionalidade como limitada, seja porque nem sempre os agentes econômicos possuem a totalidades das informações, seja porque aspectos irracionais influem nas preferências dos indivíduos de modo que existem desvios comportamentais que devem ser considerados.

Cass Sunstein (1997, p.11) pontua que erros cognitivos e desvios motivacionais podem pressionar as decisões e que o futuro da *Law and Economics* passa pelo aperfeiçoamento dessas análises. Observa que alguns indivíduos tomam decisões na intenção de que as demais pessoas os vejam como justos, nesse caso há uma variação do comportamento racional pautado na acumulação de riquezas, sem embargo considerar-se que os bens intangíveis também configuram vantagens na escolha racional.

Neste contexto a economia neoclássica abriu espaço para que a psicologia e neurociência participassem do debate acerca do comportamento humano o que deu origem a denominada *Behavioral Law and Economics.*

A limitação da racionalidade era tema já visitado por George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stilitz (RIBEIRO, 2011, p. 100). Os três economistas receberem o Prêmio Nobel de 2.001 em razão do desenvolvimento da teoria da assimetria da informação.

Sustentam que em uma relação econômica umas das partes pode conhecer com mais detalhes os aspectos relacionados ao objeto da transação ou, ainda, que outras partes podem desconfiarem de um dado ou de outro. Nessas hipóteses, alteram-se as premissas do comportamento racional dos agentes econômicos e modifica-se a estrutura de preços do mercado.

A título de exemplo de desajuste nas relações, caso o comportamento desonesto seja praticado

e haja complacência, o mercado precifica o fenômeno e passa a se trabalhar com a perspectiva da desonestidade. Ou seja, todas as pessoas pagarão um sobrepreço ou um subpreço.

Verifica-se, então, que a confiança, cuja proteção é defendida por Shuenquener, Canotilho e Luhmann, para a *Law and Economics* pode ter um significado positivo ou negativo a depender do objetivo previamente definido.

Não há dúvidas de que a confiança a que se almeja tutela jurídica é a representativa do bom funcionamento da sociedade e do Estado, de forma com que as pessoas volitivamente abram mão do estado de desordem para conviver em harmonia.

O professor Erich Kirchler, catedrático da Faculdade de Psicologia da Universidade de Viena, dedicou sua vida acadêmica a estudar e orientar pesquisas voltadas às interações entre indivíduos e autoridades públicas.

Embora seus trabalhos sejam voltados prioritariamente ao cumprimento de obrigações fiscais, eles ultrapassaram essa barreira e contribuem para diversas análises de situações nas quais o Poder de Império estatal é utilizado para direcionar comportamentos humanos.

Compilou-se numerosas pesquisas empíricas e interdisciplinares para evidenciar e explicar os elementos psíquicos que conduzem o contribuinte ao *compliance* tributário, ou seja, em abrir mão de forma espontânea de seu patrimônio para construir a coletividade.

Adepto da *Behavioral Law and Economics*, Erich Kirchler (2007, posição 194) refuta a ideia de que a tomada de decisões dos agentes ocorre de forma apenas racional, bem como de que a conformidade é determinada pela quantidade de poderes das autoridades fiscais.

Segundo se apurou nos estudos de Viena a interação entre autoridades e o indivíduo é uma variável considerável. Se o clima é de desconfiança mas o Estado possui legitimidade e poderes para controlar penalizar o cidadão evasor, então o *compliance* é alcançado. Contudo, se o ambiente é caracterizado pela confiança o poder das autoridades tem menor importância, pois a conformidade será voluntária.

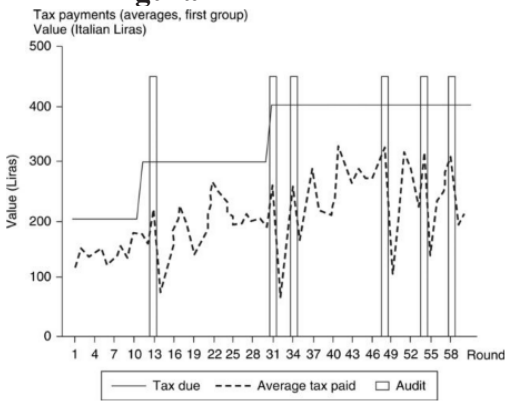
O clima de hostilidade, no qual o Estado vê o indivíduo com uma postura de engodo, de busca por ludibirar a norma de forma impune, simula ambiente do "jogo de gato e rato". Isso faz com que se demande muito mais esforços estatais para vigiar e punir: "*if trust in authorities is low, and if the power of authorities is wear, it is likely that citizens seek opportunities to evoid or evade taxes*." (KIRCHLER, 2007, s.p.).

A respeito do poder das autoridades, dentre várias pesquisas catalogadas, consta a efetuada por Guala e Mittone (KIRCHLER, 2007, posição 3.143) que denominou-se "cratera da bomba". O nome é alusivo a uma tática militar na qual as tropas, após o bombardeio inimigo, avançam e se escondem nas crateras abertas pela explosão, deste modo consegue conquistar espaço no campo de batalha.

Segundo se apurou nessa pesquisa, situação similar acontece no contexto das auditorias públicas na Itália. Os indivíduos recentemente auditados, percebendo a dinâmica temporal das fiscalizações, utilizam-se desse espaço para evadirem-se. A constatação é bem demonstrada na figura abaixo, que correlaciona o tempo da auditoria e os pagamentos de tributos por parte dos particulares que foram

objeto de observação científica:

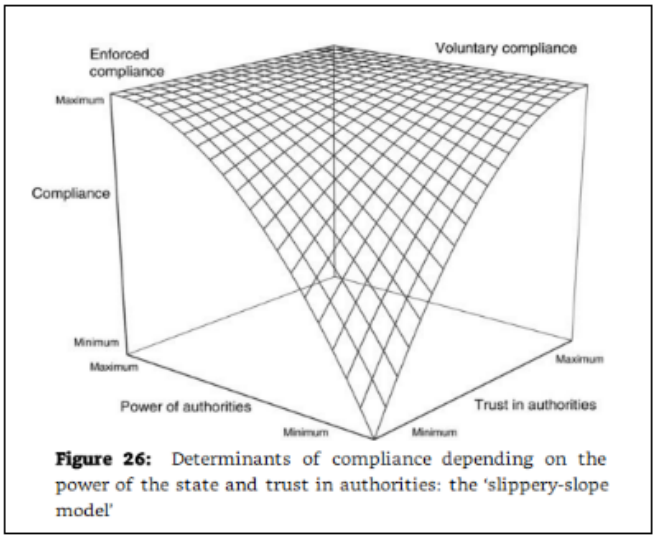
Figura 1- Bomb Crater



Fonte: The Economic Psychology of Tax Behaviour.

A conclusão dos estudos deu ensejo à chamada *slippery-sloppe framework* que demonstra haver dois caminhos possíveis para o *compliance* das obrigações públicas por parte dos administrados, um forçado, embasado na efetividade dos poderes das autoridades, e outro voluntário, fundado na confiança. A estrutura é assim reproduzida:

Figura 2 - Slippery-Slope Framework



Fonte: *The Economic Psychology of Tax Behaviour.*

Kirchler estrutura o trabalho de forma dividida e organizada em 03 (três) ângulos de perspectiva distintos, todos eles com capacidade de conduzir o comportamento indivíduo de modo a cumprir com suas obrigações.

São eles a perspectiva da psicologia social, a perspectiva da tomada de decisão e a perspectiva política A depender da configuração de cada uma chega-se a um ambiente adversarial ou cooperativo entre administrado e administração pública.

A perspectiva da psicologia social utiliza o temo "normas" na concepção psicológica, não na

concepção jurídica. Divide-as em pessoais, coletivas e sociais.

As normas pessoais, de acordo com a teoria de Kohlberg, desenvolvem-se em estágios conforme o indivíduo amadurece. Os estágios iniciais (numerados pelo autor em 1 e 2) são marcados pelo individualismo e pensamentos pré-convencionais, caracterizados pela obediência e egoísmos utilitaristas. Nesta fase a pessoa se comporta principalmente para evitar punições e efetua raciocínios de custos e benefícios.

O estágio 03 é caracterizado pela concordância interpessoal e desejo de atenção e bom relacionamento com outras pessoas. No estágio 04 as leis e deveres de todos na sociedade determina o comportamento individual.

O estágio 5, e último, é também definido como consenso social. Nesse a pessoa se obriga conforme arranjos com os quais concorda e efetua juízo de justiça das regras e processos. Chama-se de pensamento pós-convencional, em que se desenvolvem princípios pessoais próprios, por meio do qual a ética se estrutura e é moldada com influência da comunicação interpessoal (KIRCHLER, 2007, posição 1.658).

Conclui que o indivíduo exposto, por exemplo, a um ambiente em que a coletividade sonega imposto e o comportamento é socialmente aceito, tenderá também a sonegar. Todavia caso a norma social seja em sentido contrário, havendo-se norma coletiva ou social pautada no cumprimento dos deveres, o *compliance* tende a ser alcançado.

A perspectiva da tomada de decisões é associada à percepção de justiça, que a psicologia divide em distributiva, procedimental e retributiva.

Relata-se que preocupação com justiça é o termo mais frequentemente mencionado quando os cidadãos são perguntados sobre o que pensam sobre os sistemas tributários.

Segundo Kirchler, a justiça distributiva relaciona-se a percepção das pessoas do saldo entre sua contribuição para formação do bem coletivo, a forma como se beneficia disso e o nível de contribuição das outras pessoas. Se as recompensas e os custos são distribuídos de forma equilibrada a percepção desta espécie de justiça no *psiqué* é considerada satisfatória.

A justiça procedimental é definida pelo processo de distribuição de recursos. Caso as pessoas considerem que a fórmula usada na distribuição de recursos (custos e benefícios) é justa o nível de justiça procedimental será elevado. Isso demanda que o processo de tomada de decisões seja consistente, preciso, ético, livre de erros, e caso eles aconteçam, sejam corrigíveis. Preocupa-se o autor que o Estado passe uma mensagem de respeito ao destinatário do ato administrativo.

Por último, a justiça retributiva preocupa-se com o combate à impunidade em caso de violação das normas. O ponto central é atrelado à responsabilização do transgressor e restauração dos danos por ele causados.

Da perspectiva da tomada de decisão afirma-se que o cumprimento de obrigações públicas configura um dilema social, conhecido como tragédia dos comuns. Significa dizer que está presente o conflito entre interesses individuais e coletivos.

Se poucas pessoas tentam maximizar seus próprios ganhos, o descumprimento de obrigações pode ser a escolha racional, Contudo, se um grande número busca o mesmo intento, o resultado é que todos

recebem menos do que se tivessem escolhido cooperar, ou seja, cumprir com as obrigações. Isto segundo a concepção econômica racional.

Dilemas sociais são estudados por várias ciências, como matemática, economia, sociologia e psicologia. Do ponto de vista psicológico são realizadas duas considerações.

Primeiramente os indivíduos não são sempre egoístas e maximizadores de suas utilidades, é frequente que se comportem de maneira altruísta, como exemplifica a prática de doações para instituições de caridade mantendo-se o anonimato.

Nas ocasiões em que a maximização de riqueza individual causa danos a outros, o indivíduo muitas vezes considera. Assim, estandartes éticos, normas individuais e sociais e considerações de justiça previnem a maximização individualista de utilidades que prejudique a coletividade.

Em segundo lugar, controle e sanções não são necessariamente as melhores estratégias para conseguir a cooperação. É como um jogo, haverá a maximização da riqueza pelo indivíduo caso a evasão seja bem-sucedida ou custos caso contrário.

Kirchler colaciona inúmeras pesquisas demonstrando que as auditorias e punições não resultaram no aumento do *compliance* em vários países do mundo. Repisa que o modelo da economia clássica de decisão racional nem sempre ocorre.

Ve-se que a perspectiva politica delineada por Kirchler tem impacto nuclear no problema proposto neste artigo, visto dizer respeito à vinculação contratualista tal como afirmada por Luhmann.

A conclusão a que se chega é que alteração do modo de tratamento das pessoas, do modelo adversarial para o cooperativo, a busca pela confiança na norma, seja pela redução da sua complexidade, seja tendo cuidado com as perspectivas de justiça procedimental, distributiva e retributiva faz com que as normas sociais sejam favoráveis ao cumprimento de obrigações pelas pessoas.

Cass Sunstein (2020, p. 20) observa que a ciência comportamental tem sido utilizada em diversos países e gerado grande impacto no setor das regulamentações, legislação e políticas públicas. Prospecta que estes impactos tendem a crescer nas próximas décadas visto que sua utilização ultrapassa as divisões políticas tradicionais e atrai pessoas com visões diversas, é , por assim dizer, democrática e tolerante.

O autor, que dedica-se à *Behavioral Law Economics* em *Havard Law School*, também percebeu que a simplificação de procedimentos e criação de automatismos conduz o comportamento humano a uma determinada direção. Mostra-se contraprodutivo do ponto de vista da ciência comportamental desejar que o indivíduo tenha determinada postura e dificultá-la ou complexá-la. Outro ponto de coincidência com Kirchler é a apuração de que normas sociais exercem forte influência no comportamento da pessoa.

Reconhece-se assim que a racionalidade humana, embora exerça influência, é limitada e a tomada de decisões depende de diversos fatores que a *Behavioral Law Economics* explica com a leitura das normas jurídicas a partir de uma perspectiva interdisciplinas na qual utiliza-se, principalmente, a economia, a neurociência e a psicologia.

A compatibilização do Estado de Direito com o uso dos Poderes Emergenciais depende dessas constatações.

4 DOS PODERES EMERGENCIAIS

No ano de 2.004 a I*nternational Journal of Constitutional Law – ICON* publicou artigo científico de autoria dos professores John Ferejon e Pasquela Pasquino, cujo título é *The Law of the exception: a typology of emergency powers.* (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 210.)

O problema enfrentado pelos autores no texto se fazia presente no debate público à época em razão dos atentados de 11 de setembro nos EUA, o que fez emergir a necessidade de poderes atípicos estatais para enfrentamento do terrorismo.

O problema central repousava-se na medida tomada pelos EUA e Reino Unido que, ao arrepio da transitoriedade inerente aos poderes emergenciais, fizeram publicar o *Patriotic Act* e *Defense Agaist Terrorim Act*, os prorrogaram e, em seguida, tornaram permanente a possibilidade de utilização, com fundamento na necessidade de se agir rapidamente para prevenir novos ataques.

O fato é que, passados 16 (dezesseis) anos da publicação, o *paper* figura como o mais citado da revista. O tema volta a chamar a atenção devido a utilização desses mesmos poderes para enfrentamento da pandemia de Sars-Cov-19.

Ferejon e Pasquino (2004, p. 210) anotam que as Constituições são normalmente pautadas pela contenção do exercício do poder, como por exemplo o uso do bicameralismo, poder de veto do Chefe do Executivo, maiorias especiais no Parlamento, enfim, toda espécie de mecanismos de contenção da autoridade estatal e proteção dos direitos e garantias individuais.

A limitação das autoridades governamentais, noutra banda, pode torná-las incapazes de lidar satisfatoriamente com emergências que, não raro, demandam intervenções rápidas e eficazes para preservação ou restabelecimento da segurança, o que não permite aguardar o ritmo cadenciado das regras constitucionais.

Os autores então apresentam duas tipologias dos Poderes Emergenciais, que possuem alguns pontos em comum, contudo há diferenças substanciais: o modelo do ditador romano e o modelo legalista.

Embora proponham o modelo legalista como alternativa, os autores reconhecem que os poderes emergenciais modernos são espelhados na antiga tipologia do ditador romano.

Nessa concepção, uma vez constatada a presença do fato permissivo emergencial, o Senado de Roma provoca os cônsules para escolherem um ditador, que terá legitimidade e autorização, pelo período de seis meses, para suspender direitos, procedimentos legais e mobilizar as forças militares. A tipologia é marcada pela temporalidade de forma que, finalizados os trabalhos, os efeitos da investidura são encerrados e o *status quo* restabelecido.

O caráter conservador do modelo romano é visto como similar nos poderes emergenciais constitucionais modernos, que também preveem o restabelecimento do sistema constitucional ordinário, após o período de tempo estipulado.

Consideram distinção importante entre o modelo romano clássico e o moderno, chamado por eles de neo-romano, o fato de que no primeiro o ditador é escolhido entre pessoas com virtudes e habilidades especiais, ao passo que no novo essa pessoa deve ter algum tipo de mandato democraticamente consentido.

Ferejon e Pasquino anotam que as democracias avançadas não necessitam usar poderes constitucionais quando confrontados com emergências. Elas lançam mão da legislação ordinária para tratar do assunto. A lei específica, de caráter excepcional, pode delegar competências autoritárias ao executivo durante períodos delimitados. Esse é o modelo legalista.

Embora se trate de uma norma excepcional o processo legislativo é ordinário e, inclusive, há a possibilidade de revisão pela Corte Constitucional, ou mesmo através do próprio Parlamento por meio de outro ato.

Aponta-se que no pós-guerra muitas leis nesse sentido foram aprovadas, como por exemplo a legislação dos parlamentos alemão e italiano nas décadas de 70 e 80, sem embargos dos exemplos recentes do *Patriotic Act* dos Estados Unidos e do *Defense Against Terrorism act* britânico.

No modelo Romano o Senado exerce a função epistêmica, ou seja, de reconhecer e declarar a emergência, mas não a função criativa visto que os poderes e limites do ditador já estão previamente determinados constitucionalmente. No modelo legislativo as funções epistêmicas e criativas são exercidas de forma simultânea pelo Parlamento.

Narra-se como vantajosidade do modelo legalista o fato de haver supervisão legislativa do exercício dos poderes pelo Executivo, bem como haver possibilidade do término da delegação sempre que os parlamentares considerarem que a emergência já se dissipou, ou se o executivo mostrar-se não confiável.

Considera-se que essa flexibilidade é mais compatível com o sistema de separação de poderes, em que o legislativo e executivos são independentes. Todavia, no Parlamentarismo a legislatura pode optar por estabelecer comissões independentes para efetuar o mesmo monitoramento.

Bem delineadas os contornos das duas tipologias dos poderes emergenciais, passa-se a tecer considerações acerca dos problemas deles advindos bem como dos mecanismos de prevenção e solução.

Jon Elster, ao comentar o *paper* também na *Icon*, centra-se na dicotomia entre poderes emergenciais como solucionadores de problemas e criadores de problemas e quanto a esses pontos estabelece integrativos diálogos com os autores.

Observa inicialmente que as emergências podem ser divididas em três categorias. A primeira é a advinda de uma ameaça intencional à ordem política, como a guerra; a segunda resultado da ação humana, contudo não deliberada como a primeira, a exemplo uma emergência econômica; por fim são as emergências de causas naturais, como epidemias e inundações.

Reconhece que, para o caso da invasão militar por exemplo, a emergência é incontroversa, contudo na maioria dos casos há necessidade de discricionariedade para reconhecê-la como presente e, nesses casos, políticos inescrupulosos podem fomentar o pânico nas pessoas para perseguir dissidentes. (ELSTER, 2004, p. 241)

Ferejon e Pesquino consideram que o primeiro problema a ser enfrentado é na definição e distinção entre norma e exceção. Norma é conceituada como uma regularidade empírica no mundo natural ou na sociedade.

A construção dogmática do que seja exceção é mais elaborada, para tanto remete-se ao concei-

to francês de "derrogação", qual seja, o contrário de conformidade e observância. Em síntese traduz-se no desvio do comportamento normal permitido sob certas circunstâncias e em qualquer caso precisando-se de uma justificativa.

Assim, são necessários 03 (três) elementos, a norma, a derrogação e a justificação da derrogação, de modo que fique evidenciado qual princípio mais elevado quer-se proteger ou salvaguardar nas circunstâncias extraordinárias.

A tipologia concebida no texto propõe o exercício de controle, necessariamente, em quatro momentos distintos: 1) na declaração; 2) no exercício; 3) no restabelecimento da normalidade; 4) no controle das consequências ou efeitos;

No modelo romano o Senado exerce o controle sobre o reconhecimento da emergência (1), o ditador exerce as atribuições (02), a própria constituição determina o fim dos poderes emergenciais (03) e nenhuma instituição interfere no exercício dos poderes emergenciais (04).

No modelo legalista o Parlamento exerce as funções 1 e 3, o executivo a 2, com base nas delegações legislativa e no controle da Corte Constitucional (4). (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 231)

John Elster (2004, p. 243), utilizando como o exemplo a experiência francesa em 1.946 com a crise na Argélia, alerta para a situação na qual num primeiro momento há pertinência no reconhecimento da emergência e adoção de medidas, contudo, com utilização do argumento da prevenção a fase de restabelecimento do *status quo* não se realiza e os poderes emergenciais são, em alguma nível, postergados no tempo.

Em perspectiva histórica relembra-se de vários abusos perpetrados através dos poderes emergenciais, como Indira Gandhi em 1970, países latino-americanos e a experiência do fim do governo de Weimar, que, a pretexto do argumento da emergência, praticaram o despotismo.

Ferejon e Pasquino comungam da mesma preocupação e anotam que, mesmo no modelo legalista proposto, normas das leis aprovadas para enfrentamento da emergência podem ser embutidas no sistema legal normal, tornando-se permanentes sob a cor da emergência. Liberdades conquistadas lentamente podem estar sujeitas à rápida erosão e demorarem a ser restauradas, se o forem.

4.1 O Modelo Brasileiro à Luz da Ciência Comportamental

O professor Gabriel Marques da Cruz (2020, p. 108) ensina que o ordenamento jurídico brasileiro contempla 03 (três) mecanismos de excepcionalidade para enfrentamento de casos emergenciais: a Calamidade Pública, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

Ao passo que a Calamidade Pública centra-se na flexibilização de regras orçamentárias impostas ao Executivo, os outros dois, em graus distintos, permitem a supressão de direitos fundamentais elencados *numerus clausus* nos artigos 136 a 141 da Constituição Federal, o que acostumou-se de chamar de "Sistema Constitucional das Crises"

O modelo brasileiro tem traços prevalentes no sistema do Ditador Romano. O detentor de um mandato público no Executivo, mediante decreto, exerce a função epistemológica ao reconhecer a situação como emergencial e submete o ato ao Parlamento.

No Estado de Defesa o ato já surte efeito de *per si*, cabendo ao Parlamento ratificá-lo ou não em 24 (vinte e quatro) horas. No Estado de Sítio é necessária a autorização do Parlamento, que decidirá em 05 (cinco) dias.

Ponto distintivo do modelo brasileiro é o de que, no Estado de Defesa, após a ratificação do ato pelo Parlamento, o chefe do Executivo é quem designa o Executor das medidas, ou seja, o "ditador".

A função criativa do Parlamento, por seu turno, é limitada visto que o decreto aprovado pelo legislativo deverá expressar quais direitos e garantias individuais serão suspensos, dentre os permitidos no rol taxativo previsto nos artigos 136, §1º e 139 da Constituição Federal.

Percebe-se que os pontos mais críticos de cada um dos modelos abordados por Ferejom e Pasquale se fazem presentes na tipologia brasileira dos poderes emergenciais.

Tanto no modelo do ditador romano como no modelo legalista preocupa-se que atores distintos exerçam a função epistemológica, criativa e escolha do ditador. Como visto, no Estado de Defesa brasileiro é o Presidente quem reconhece a emergência mediante decreto e, após ratificação pelo legislativo, ele mesmo escolhe o executor.

No sistema do ditador romano critica-se a inflexibilidade do poder criativo do Parlamento, o que é menos adequado na Separação de Poderes. No caso brasileiro, a função criativa do parlamento é engessada pela norma taxativa constitucional.

Gabriel Marques da Cruz (2020, p. 114) tece a seguinte consideração, de caráter valorativo, isto é, quanto ao "dever ser":

> Qualquer violação indevida dos espaços legítimos de exercício de competência deve ser combatida pelos Juízes e Tribunais brasileiros. Espera-se uma pronta atuação, especialmente, nos casos de violação aos direitos fundamentais, tendo em vista a sua relevância e significado para a nossa ordem constitucional. Garante-se com isso que o poder seja contido quando houver o seu exercício arbitrário.

As colocações ressoam nos *insights* das *Behavioral Law Economics*, bem como nas noções de Estado Democrático de Direito dispostas ao longo deste texto.

Contudo, pelos apontamentos traçados com base na ciência comportamental, bem como na teoria luhmanianna, força-se reconhecer que é necessário avançar um pouco mais.

Para a vinculação do cidadão ao contrato social de forma satisfatória, e preservação do Estado de Direito, não é suficiente o controle do exercício dos poderes emergenciais de modo a conter abusos ou sua prorrogação, reclama-se o papel público de argumentar de forma adequada com a sociedade para conduzi-la de volta ao *status quo,* a mente dos cidadãos deve ser o centro das atenções do detentor de poder público.

Cass Sunstein (2020, p. 20) comenta que a ciência comportamental tem sido utilizada por Estados soberanos, inclusive no combate à COVID-19, a exemplo do que ocorreu com o governo da Nova Zelândia. Sugere Cass a utilização de *nudges*, seja de forma isolada, ou ainda que se faça acompanhada de outras normas coercitivas em alguns pontos específicos.

Conceitua *nudge* como sendo intervenção, privada ou via instituições públicas, que afeta o

comportamento das pessoas, mantendo totalmente sua liberdade de escolha. (SUNSTEIN, 2020, p. 4)

Observou-se que a Nova Zelândia exerceu os poderes emergenciais com fundamento em 05 (cinco) premissas definidas pela *behavioral law economics,* sendo 04 (quatro) delas já traçadas pela ciência comportamental anteriormente e outra adicionada de maneira episódica.

As quatro iniciais foram a facilidade, no sentido de se criarem automatismos na sociedade; a atratividade da comunicação, no sentido de ela ser vívida e simples, em vez de maçante e complicada; a social, no exato conceito de norma social, ou seja, de que as pessoas são afetadas pelo que a maioria das outras faz; e o tempo, como última premissa, que determina a prestação informações e esclarecimentos aos indivíduos antes que eles tenham que tomar decisões, e não o contrário, ou seja, coibir ou obrigar e em seguida informar.

A quinta premissa adicionada é denominada por Sunstein de "fun", traduzindo-se para português a palavra que melhor significa a ideia é "leveza". Realça-se a importância desta qualidade para condução do comportamento individual em uma direção desejada.

O autor anota práticas adotadas pela Primeira Ministra da Nova Zelândia, Jacinda Arden, que durante a adoção de medidas de *lockdown* veio a público descrever às crianças que a "Fada do Dente" e o "Coelhinho da Páscoa" eram trabalhadores essenciais e, portanto, legalmente autorizados a continuar com seus trabalhos.

Sunstein (2020, p. 22) anota que o modelo adotado pode produzir sentimento de otimismo, unidade, esperança e sorrisos, em vez de raiva, divisão e medo:

> *In general, New Zealand succeeded in meeting the pandemic not only with firmness, calmness, and determination but also with wit, a call to unity (emphasizing that the nation is "a team of five million"), and a consistent sense of good cheer. Its mantra has been "Be kind.*[3]

A *Behavioral Law Economics* evidencia que o indivíduo toma decisões não apenas pautado em uma análise de custo benefício, em busca de ganhos e com aversão a perdas. Ao contrário existem demonstrações que um dos critérios utilizados para decisão é a busca pela satisfação pessoal.

Deste modo, a um só tempo, demonstra-se que a informação de pânico gera desconfiança e rupturas no tecido social.

Por outro lado, a observância das premissas abordadas pela ciência comportamental, não só direciona o comportamento humano, como gera confiança.

CONCLUSÕES

O problema proposto no presente artigo é a tensão existente entre a necessidade de exercício de poderes emergenciais atípicos para respostas do Estado às situações de perturbação da ordem, ao mesmo tempo em que se mantenha a configuração do Estado democrático de direito e a vinculação das pessoas ao contrato social.

3 Em geral a Noa Zelândia conseguiu enfrentar a pandemia não apenas com firmeza, calma e determinação, mas também com humor, um chamado à unidade, enfatizando-se que a nação "é uma equipe de cinco milhões de pessoas" e um consistente senso de bom humor. Seu mantra tem sido "seja gentil". Tradução nossa.

Viu-se que Luhmann demonstra, para a sociologia, que a confiança é o fator de redução da complexidade social o que permite relações intersubjetivas mais duradouras, é o elemento aglutinador que convence o indivíduo a abandonar o estado da natureza em prol da configuração da sociedade.

Canotilho comprova que para se configurar o Estado Democrático de Direito é necessário que haja segurança jurídica e confiança, além da Separação dos Poderes. Valter Shuequener delineia o princípio da proteção da confiança, cuja tese reclama a tutela das expectativas de direitos e não só dos direitos adquiridos.

Sob outro ângulo, viu-se que a *Behavioral Law Economics* demonstra que a confiança de fato faz com que as pessoas adiram ao contrato social e cumpram com suas obrigações, se comportem de um determinado modo.

Adentrada às teorias dos poderes emergenciais estudou-se que os maiores problemas historicamente enfrentados se relacionam à fase epistemológica, ou seja, de reconhecimento da emergência, bem como da restauração do *status quo.*

Outra não pode ser a conclusão senão a de que os Poderes Emergenciais devem ser utilizados não apenas por meios de ferramentas coercitivas, mas com utilização dos *nudges*, explicados por Cass Sunstein, de modo que os Governos mantenham relação de confiança com a população e permita-se, conforme constata Luhmann, antecipar o futuro através, através de sentimento de segurança.

Neste ponto não se pode esquecer que há legítima expectativa de que os poderes emergenciais serão finalizados após resolvida a situação que o legitimou e restabelecida a normalidade.

Conclui-se que não basta o controle de abusos bem como a vigilância para impedir a inserção de normas emergenciais na legislação ordinária de forma permanente.

O Estado democrático de direito reclama que os atores envolvidos nos poderes emergenciais conduzam à população ao sentimento de otimismo e unidade, em vez de pânico e divisão, de forma que o consciente popular também seja restaurado à normalidade experimentada antes da emergência.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009.

BORRMANN, Ricardo; CRUZ, Eugeniusz. O Tribunal De Nuremberg e a Teoria Pura do Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 2, p. 63122, 2020.

BARROS, José D'Assunção. Historicismo: notas sobre um paradigma. **Antíteses**, v. 5, n. 9, p. 391-419, 2012

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

DA CRUZ, GABRIAL DIAS MARQUES, Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio: Características, Distinções e Limites em Tempos de Pandemia *In:* BAHIA, Saulo José Casali (org.). **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus / organização de Saulo José Casali Bahia.** São Paulo: Editora Iasp, 2020.

ELSTER, Jon. Coments on the Paper by Ferejohn and Pasquino. I.CON, **International Constitutional Journal**, v.2, n.2, 2004, p. 240-243.

FEREJOHN, John. PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: a typology of emergency powers. I.CON, **International Constitutional Journal**, v.2, n.2, 2004, p. 210-139.

GICO JR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 12, 2010.

THOMAS, Hobbes. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIRCHLER, Erich. **The Economic Psychology of Tax Behaviour**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. Edição Kindle.

LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Trust and Power.** Medford: Polity Press, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität**. Stuttgart: Lucius und Lucius, 2000.

MOTA, Rodrigo. **Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann.** Plural, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 23.2, 2016, p. 184

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira et al. **O que é análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo.** 1998. Online. Disponível em: https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/107/107.pdf. Acesso em 17.12.2020.

SUNSTEIN, Cass R. Behavioral analysis of law. **The University of Chicago law review, v.** 64, n. 4, 1997.

SUNSTEIN, Cass. R. **Behavioral science and public policy (elements in public economics)**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

A JUDICIALIZAÇÃO E OS LIMITES DO DIREITO À SAÚDE EM FACE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO

Gleison do Prado de Oliveira[1]
Heloisa Cristina Luiz Cappellari[2]

RESUMO

A saúde é direito de todos os cidadãos abrangidos pelo Estado Democrático de Direito em que estamos inseridos, prevista fundamentalmente na Constituição Federal de 1988 como obrigação do Estado em oferecê-la com qualidade. Entretanto, os Entes Federativos encontram inúmeras dificuldades em cumprir a promessa de saúde pública devido a várias causas, dentre elas, destacam-se: tanto a indisponibilidade financeira para manter os serviços de saúde e ambientes hospitalares em funcionamento, quanto para cobrir cirurgias e tratamentos de alto custo solicitados por alguns poucos cidadãos em caráter individual, além da falta de registro na Anvisa, pelo fato de alguns medicamentos estarem em fase experimental. Ante a complexidade da entrega de um serviço eficiente, especialmente no contexto pandêmico atualmente enfrentado, surgiram inúmeras demandas judiciais, que sobrecarregaram tanto o judiciário quanto os líderes do poder executivo, especialmente no âmbito Federal. As demandas propostas em face da União, sendo esta, responsável solidária pela saúde estatal e municipal, parece-nos, não apresentarem, muitas vezes, como a melhor so-

ABSTRACT

Health is a right of all citizens covered by the Democratic State of Law in which we are inserted, fundamentally provided in the Federal Constitution of 1988 as obligation of the State to offer it with quality. However, the Federative Entities face numerous difficulties in fulfilling the promise of public health due to several causes, among which stand out: both the financial unavailability to keep health services and hospital environments in operation, as well as to cover surgeries and treatments for high cost requested by a few individual citizens, in addition to the lack of registration with Anvisa, due to the fact that some drugs are in the experimental phase. Due to complexity of delivering an efficient service, especially in the pandemic context currently faced, numerous legal demands emerged, which overloaded both the judiciary and the leaders of the executive branch, especially at the Federal level. The demands proposed in the face of the Union, which is jointly responsible for state and municipal health, it seems to us, not often present as the best solution to combat the precariousness of public health. This way, the present work aims to analyze the

1 Graduando em Direito (2020-2024) pela Universidade Paranaense -UNIPAR, Umuarama/PR. Graduado em Ciências Contábeis (2015-2018) pela Universidade Paranaense -UNIPAR, Umuarama/ PR. Pós-Graduando em Direito Tributário, Direito do Trabalho, e Gestão Pública (2020-2021) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior, Controladoria e Finanças (2019-2020) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Membro do Grupo de Pesquisa em Tributação, Eficiência e Direitos Fundamentais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus de Londrina. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direito e Desenvolvimento Econômico do Instituto Federal do Paraná – Campus de Palmas. Integrante do Projeto de Iniciação Científica da Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama/PR.

2 Mestranda em Direito Processual Civil na Universidade Paranaense (UNIPAR). Especialista em Direito Tributário pelo Damásio Educacional. Advogada. Presidente da Comissão de Advocacia Iniciante na Subseção de Cruzeiro do Oeste-PR. Endereço: Rua Antônio Pereira Farias, 146, Cruzeiro do Oeste-PR.

lução para combater a precariedade da saúde pública. Assim, o presente trabalho visa analisar as limitações enfrentadas pelo Estado na entrega de uma saúde pública eficaz, e a consequente judicialização da saúde pública. Abordou-se ainda, as melhores formas de solução para o problema no contexto judicial, apontando alguns limites do direito à saúde em face dos Entes da Federação.

PALAVRAS-CHAVES: Judicialização; Saúde; Medicamentos; Limites; Estado Democrático.

limitations faced by the State in delivering effective public health, and the consequent judicialization of public health. The best ways to solve the problem in the judicial context were also addressed, pointing out some limits to the right to health in the face of Federation Bodies.

KEYWORDS: Judicialization; Health; Medicines; Limits; Democratic State.

INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental do cidadão brasileiro e dever de prestação dos entes da Federação. Tal afirmação advém da Carta Cidadã de 1988.

Diante da complexidade em que vivemos, sobretudo no contexto pandêmico, a judicialização de demandas à saúde mostram-se crescentes e potenciais responsáveis pelo comprometimento dos recursos públicos, ante a desconformidade entre os projetos orçamentários elaborados pela União, Estados e Municípios, e as decisões judiciais que condenam os entes federativos a arcarem com custos elevados e não projetados.

Fato é que os entes federais possuem responsabilidade solidária no fornecimento de medicamentos e afins, na área da saúde. O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado segundo esta concepção, e, consequentemente, formado precedentes a respeito.

Todavia, as lides são adversas: demandas de fármacos não registrados na Agência Nacional de Saúde (ANVISA); solicitações de medicamentos em fase experimental e de eficácia duvidosa; requerimento de cirurgias de alto risco; pedido de remédios de custo elevado e incompatível com a faixa etária do paciente; pedidos de reembolso de Estados para com a União Federal; decisões dos Tribunais em que condenam entes federais a aplicarem recursos previstos em lei, na área da saúde; dentre outras.

Um olhar sobre a complexidade das causas que motivam a judicialização da saúde poderia levar-nos a enxergar o interregno, onde, os antigos meios de resolver problemas tornaram-se, paulatinamente, inefetivos, e, por outro lado, os novos modos de solução de litígios ainda não foram completamente estruturados. Afinal, os meios alternativos de resolução de conflitos, como a negociação, a mediação e a conciliação, ainda estão sendo cogitados, e gradativamente sendo implantados por instituições como a Procuradoria Geral dos Estados, o Ministério Público, a Defensoria Pública, dentre outras envolvidas nas demandas judiciais da saúde.

Frente a problematização das consequências causadas pelas inúmeras lides judiciais do direito à saúde, o presente trabalho buscou analisar as decisões dos Tribunais Superiores, sobretudo o posiciona-

mento da Suprema Corte.

Buscou-se, também, identificar limitações do direito à saúde contra o Estado, onde a teoria dos princípios e a Proporcionalidade mostraram-se importantes para fixação de diretrizes a serem apreciadas e analisadas por magistrados, no mundo dos fatos. Por fim, a ideia de um projeto de Lei de Responsabilidade Social foi sugerida, com o objetivo de melhor organizar o sistema e fomentar o diálogo entre as instituições.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 tem o objetivo prestacional positivo de proteger os cidadãos, garantindo a dignidade humana, a harmonia e a pacificação social. Mendes e Branco afirmam que "a Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde"[3].

A saúde, direito do cidadão brasileiro e dever de prestação do Estado, está inserido no rol da seguridade social (capítulo II, do Título VIII [Da Ordem Social] da Carta Maior). O art. 196 da CF/88 estabelece o direito universal à saúde: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Dada a extensão de alcance do art. 196, torna-se importante uma análise dos principais aspectos do dispositivo legal:

1) direito de todos: afirmar um direito como sendo de todos não faz do dispositivo em comento, quando aplicado, uma norma ampla, inconsequente e generalizada, pelo contrário, estabelece um vínculo obrigacional de prestação positiva do órgão estatal. O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em Agravo de Recurso Extraordinário 271.286-8[4], estendeu a garantia da prestação Estatal à saúde ao art. 197, ratificando que tal direito fora resguardado pelo constituinte como ações de relevância pública[5].

2) dever do Estado: Na CF/1988, os direitos fundamentais são objetos da prestação estatal como efetivação da proteção do cidadão e da sociedade[6]. Na doutrina, afirma-se ainda que nos direitos fundamentais, encontra-se "os direitos a prestação que partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades"[7]. O direito a saúde, no contexto de prestação se concretiza por intermédio do agir positivo do estado com vistas a reduzir as desigualdades sociais e assegurar as condições materiais de existência das camadas sociais hipossuficientes que necessitam da promoção do Estado constitucional democrático e garantidor dos direitos fundamentais.

3) garantias concedidas mediante políticas sociais e econômicas, e que reduzam o risco de

3 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 767.

4 AgR-RE 271.286-8, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19-09-2000.

5 Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

6 ARAÚJO, Fábio Caldas. Curso de Processo Civil: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 54-55.

7 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 163.

doença e de outros agravos, além de visarem o acesso universal e igualitário: Aristóteles, na antiga Grécia afirmara que o homem é um animal político que se relaciona, por isso, naquela época, a criação de estruturas capazes de satisfazer as necessidades da população tornara-se fator preponderante para efetivação do bem-estar social[8]. No contexto pós-moderno, além de desenvolver políticas públicas para suprir as necessidades da sociedade, as decisões políticas cumprem papel imperioso para manter a indústria farmacêutica aquecida, v.g. ao impedir que medicamentos estrangeiros sem registro na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) fossem importados, fixando pena de reclusão mínima em dez anos através de dispositivos legais que foram inseridos no Código Penal brasileiro por meio da lei 9.677/1998 que dispôs sobre crime contra a saúde pública[9]. Tais influências políticas, além de fomentar a economia do país e evitar o uso de medicamentos de eficácia duvidosa, objetivam prevenir possíveis proliferações de doenças e epidemias[10]. Neste tópico, observa-se que o art. 7, inciso IV, da Lei n. 8.080/1990, corrobora com a ideia de sistema universal e igualitário da saúde ao destacar a "igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie".

4) aperfeiçoamento de meios para promoção, e recuperação da saúde: Mendes e Branco, prosseguem afirmando que o meio para realização do direito fundamental a saúde não concerne "à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados"[11]. Uma vez que o aperfeiçoamento dos meios de concretização à saúde está ligado uma lacuna na seara administrativa de execução das políticas públicas, cumpre informar que a arrecadação de recursos financeiros pelo órgão estatal é de suma importância para garantir o acesso ao tratamento adequado e remédios – muitas vezes, de alto custo. Deste modo, uma arrecadação tributária eficiente pode ser considerada como um dos pilares sacramentais para que a concessão do serviço público esteja ao alcance da população.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A LEI N. 8.080/1990

Novamente, a CF/88 alude a garantia do direito fundamental à saúde nos termos do art. 200:

> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
>
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
>
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
>
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
>
> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
>
> V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

8 CAPPELLARI, Heloisa Cristina Luiz; OLIVEIRA, Gleison do Prado de; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Imunidade Tributária em Entidades Filantrópicas: nova compreensão após o julgamento da ADIN 4.480. II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2020, Florianópolis, Anais [...]. Florianópolis: Conpedi, 2020, p. 59-76.

9 Cumpre destacar que a pena mínima de reclusão por homicídio simples é de seis anos. Subentende-se, por meio do teor quantitativo da pena de reclusão que o ato de prejudicar a saúde de outrem é pior do que tirar-lhe a vida, como na hipótese de homicídio simples. Todavia, a quantificação da pena de crimes contra a saúde pública imposta pela lei 9.677/1998, foi, nada mais nada menos, que a influência das decisões políticas que repercutiu em consequências penais no Judiciário. Ora, o Poder Legislativo é formado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, autênticos poderes políticos legitimados para elaboração da legislação nacional (cf. art. 59 e incisos da Constituição Federal de 1988).

10 Atividades preventivas tidas como prioritárias pelo art. 198, inciso II, da CF/88.

11 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 769.

> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
>
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
>
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Posteriormente, no plano infraconstitucional o legislador disciplinou as Leis Federais 8.142/1990[12] e a Lei 8.080/1990[13], sendo esta, alterada pelas Leis 12.466/2011[14] e 12.864/2013[15].

O projeto do Sistema Único de Saúde implantado pelo constituinte originário delineou um sistema regional hierarquizado, considerando o critério da subsidiariedade, definindo no art. 23, inciso II, a competência comum da União, Estados e Municípios pelo dever de amparar os cidadãos no tocante as necessidades relacionadas à saúde. Vale pôr em evidência o caráter subsidiário dos entes da federação em termos de responsabilidade a prestatividade nas demandas na área da saúde, ratificadas em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral pelo Min. Edson Fachin:

> Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro[16].

Cumpre apontar, ainda, que as formas de financiamento das demandas prestacionais à saúde é vital para a concretização desse direito social inerente ao cidadão. Nestes termos, o art. 198, parágrafo primeiro da Carta Maior define que "o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes"[17]. Por seu turno, o art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias organiza a distribuição dos recursos arrecadados para a saúde: "até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde"[18]. Por derradeiro, a Lei Complementar 141/2012 regulamentou os valores mínimos a serem aplicados pelos entes federativos na saúde pública. O *caput* do art. 5 da referida Lei Complementar estabelece que a União aplicará o valor empenhado no exercício financeiro anterior, somado com a variação do Produto Interno Bruto ao período atual. No art. 6º, a LC 141/2012 dispõe que os Estados e o Distrito Federal aplicarão 12% (doze por cento) dos recursos arrecadados com ITCMD, ICMS

12 Lei Federal que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

13 Esta, por sua vez, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

14 Acrescentando os artigos 14-A e 14-B para dispor sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde (SUS), o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e suas respectivas composições, e dar outras providências.

15 Alterando o caput do art. 3 para incluir a atividade física como fator determinante e condicionante da saúde.

16 STF, RE com repercussão geral 855.178 ED, rel. p/ ac. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 23 mai. 2019.

17 O artigo 195 da Carta Constitucional assevera que a seguridade social – nela, incluída a saúde – será financiada, principalmente, pelas contribuições sociais, incidentes sobre a folha de salários, faturamento (PIS e COFINS) e lucro das empresas (CSLL).

18 O seguro-desemprego tem natureza jurídica previdenciária, estando previsto no art. 201, III, da CF/1988.

e IPVA[19], e dos recursos oriundos do imposto "da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem"[20], e o mesmo percentual sobre o total arrecadado previsto no art. 157, inciso II da Constituição da República de 1988. Por fim, o art. 7 da Lei Complementar em comento, determina que aos Municípios, compete aplicar 15% (quinze por cento) da arrecadação em IPTU, ITBI e ISSQN[21] e os valores recebidos pela União no Fundo de Participação dos Municípios[22] e montante arrecadado nos termos do art. 159, parágrafo terceiro, da CF/88.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Estamos passando por um momento histórico em que a complexidade das relações humanas se torna, amiúde, relações jurídicas que necessitam da apreciação do Poder Judiciário. Tal fenômeno social pode ser definido como a judicialização do direito subjetivo inerente ao indivíduo. Neste sentido, concordamos com a reflexão proposta por José Miguel Garcia Medina: "Segundo Zigmunt Bauman, 'no momento, nós estamos em um interregno. Um interregno que significa, simplesmente, que a antiga maneira de agir não funciona mais, e os novos modos de agir ainda não foram inventados. Esse é o interregno'"[23].

O Poder Judiciário não é responsável por implementar políticas públicas do direito e acesso à saúde pública, todavia, é competente para fiscalizar os órgãos responsáveis pelo atendimento do mandamento constitucional previsto no art. 196 da Constituição Federal.

Em nosso país, sobretudo no contexto pandêmico, diversas são as pretensões de requerimento de remédios, tratamentos, cirurgias de alto risco e aumento ne leitos em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI). No entanto, quando tais demandas prestacionais são negadas pela Administração Pública, a porta última do demandante é o pedido junto ao Judiciário, que analisará as razões que levaram a não concessão dos direitos constitucionais à saúde. Ante a situação apresentada, cumpre noticiar o que se convencionou chamar de judicialização da saúde.

A gestora governamental e especialista em políticas públicas Fabiola Sulpino Vieira, afirma que:

> [...] a judicialização da saúde é definida como uma situação de acionamento do Poder Judiciário por parte de indivíduos ou grupos de indivíduos, na condição de cidadãos ou de consumidores, com a finalidade de que este poder arbitre conflitos destes com o Poder Executivo, com empresas privadas e até mesmo com pessoas físicas, em matéria de saúde[24].

Dado o exposto, cumpre enfatizar que inúmeras demandas são preiteadas em juízo, e variadas são as causas de indeferimento parcial ou total dos requerimentos a tal direito. Mendes e Branco[25] afirmam

19 Tributos previstos no art. 155, incisos I, II e III, da CF/88.

20 Art. 157, I, da Carta Magna.

21 Impostos estatuídos no art. 156, incisos I, II e III da Constituição Federal de 1988.

22 Art. 159, I, alínea b.

23 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 88.

24 VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: IPEA, 2020. 01-74. p. 25. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35360. Acesso em: 05 ago. 2021.

25 Mendes e Branco. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 775.

que os fármacos requeridos podem constar na lista do Ministério da Saúde, mas não serem oferecidos a população por problemas de gestão pública. Em outras solicitações, pode acontecer de o Sistema Único de Saúde não fornecer o remédio prescrito pelo médico do paciente, mas disponibilizar um fármaco similar que trate da mesma patologia. Haverá ainda, demandas de medicamentos em fase experimental e não registrados na ANVISA, levando o Judiciário a analisar cuidadosamente as solicitações de acordo com a legislação pertinente ao tema[26], de tal modo a não distribuir a coletividade, medicamentos de eficácia duvidosa e não comprometer os cofres públicos com a disponibilização dos fármacos ainda não registrados. Fato ainda mais complexo surge quando um remédio registrado na ANVISA é solicitado, porém, não listado nas tabelas de medicamentos do SUS[27], e o que é pior, quando não existe até o momento, tratamento similar a patologia enfrentada pelo demandante[28].

Segundo uma pesquisa realizada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça[29], entre os anos de 2008 em 2017, o aumento de ações relacionadas ao direito à saúde chegou a exponencial marca de 130%. Deste índice, 498.715 processos foram pleiteados em primeira instância, enquanto 277.411 foram propostos em segunda instância, sendo distribuídos em 15 tribunais estaduais de justiça. Em razão dos números crescentes, estima-se que o impacto no orçamento do Ministério da Saúde chegou a 1,6 bilhões de reais.

Em auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União em 2017, foram constatados, em média, R$ 2,7 bilhões com medicamentos, sendo que 54% deste valor correspondeu a três fármacos de alto custo[30].

Informação divulgada pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná[31] destaca que 50 processos judiciais levantados contra a União Federal estimam a expectativa de reembolso ao cofre público do Estado, em aproximadamente 9,5 milhões, em virtude do não ressarcimento de valores gastos com medicamentos de alto custo e oncológicos desde 2018. Segundo a PGE-PR, a judicialização da saúde pode chegar a 300 medidas até o final do ano de 2021, podendo ser recebidos, aproximadamente, 20 milhões de reais.

Divulgação recente do Superior Tribunal de Justiça[32], aponta condenação ao Estado do Rio de Janeiro a reposição de 183 milhões na saúde, em razão da não alocação do valor mínimo de recursos previstos na Constituição brasileira para a referida área. No mesmo julgamento, condenou a União ao repasse das verbas do Fundo de Participação dos Estados somente após o cumprimento da obrigação pelo Estado do RJ.

26 Referimo-nos a Lei 6.360/1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária e os Medicamentos, Drogas e Insumos Farmacêuticos sujeitos ao registro no Ministério da Saúde.

27 Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

28 Citamos um dado jurisprudencial de 2007, quando a presidente do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, em Suspensão de Tutela Antecipada n. 91, entendeu que o Estado de Alagoas não era obrigado a disponibilizar medicamento não listado no rol de fármacos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde.

29 Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/. Acesso em: 04 ago. 2021.

30 TCU – Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional sobre judicialização da saúde: ficha síntese. Brasília: TCU, 2017. p. 2. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

31 Procuradoria Geral do Estado do Paraná. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/Noticia/PGE-cobra-reembolso-da-Uniao-de-R-95-mi-destinados-medicamentos. Acesso em: 04 ago. 2021.

32 Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16072021-STJ-condena-Rio-de-Janeiro-a-repor-mais-de-R--183-milhoes-nao-aplicados-na-saude-em-2005.aspx. Acesso em 04 ago. 2021.

Sobre as demandas judiciais envolvendo medicamentos de alto custo, o TRF-2 divulgou em abril de 2021, informação oriunda do CNJ, afirmando que, atualmente, no Brasil, 42 mil processos tramitam no Judiciário, e que tais medicamentos não se encontram incorporados à lista do SUS[33].

Frente ao contexto de inúmeros litígios judiciais e altos gastos com a judicialização, a Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do Sul firmou convênio com a Secretaria de Estado da Saúde e com Defensoria Pública Estadual, com o fim de estabelecer um elo cooperativo entre as instituições para a formalização de acordos administrativos na área da saúde, através da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (Casc/PGE). No primeiro semestre de 2020, aproximadamente 8.784 unidades de medicamentos foram disponibilizadas à pacientes, por meio do convênio firmado entre as instituições[34].

Seguindo a iniciativa dos meios adequados de resolução de conflitos, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Min. Luiz Fux, por intermédio da Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021, recomendou logo no art. 1, a atuação dos magistrados nas demandas da saúde, de tal forma a priorizar os métodos de mediação, conciliação e negociação para solucionar as lides judiciais. No art. 2, o Presidente conferiu aos magistrados, a possibilidade de designar um mediador capacitado para mediar o diálogo entre o demandante e os gestores da saúde pública. Em seguida, no art. 3, recomendou aos tribunais, a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Saúde (Cejusc), para tratamento especial nos processos ajuizados, ou em fase pré-processual[35].

Nota-se que o sistema multiportas apresenta-se como uma grande aposta, frente as expectativas das instituições envolvidas nas demandas judiciais sobre a saúde. De fato, o diálogo institucional contribui para a resolução pacífica de conflitos, reduz o número e o custo dos processos e antecipa a efetivação de diretos sociais constitucionalmente previstos na Carta Cidadã.

4. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde, há alguns anos vem sendo formada em razão das diversas solicitações de prestação estatal. Relacionam-se neste rol o "fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criações de vagas de UTI e leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, dentre outros"[36].

Segundo José Miguel Garcia Medina "a escassez de recursos públicos, em oposição a gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa para a ausência de concretização do dever normativo, fomentando o conceito de reserva do possível"[37]. Não obstante, em contrarrazão as

33 Tribunal Regional da 2. Região. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/cnj-stf-estabelecera--balizas-na-jurisprudencia-sobre-saude-publica/. Acesso em: 05 ago. 2021.

34 Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do Sul. Disponível em: https://www.pge.ms.gov.br/camara-administrativa--de-solucao-de-conflitos-contribui-para-diminuir-a-judicializacao-na-saude/. Acesso em: 05 ago. 2021.

35 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original144355202106186 0ccb12b53b0d.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

36 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 778.

37 MEDINA, José Miguel Garcia Medina. Constituição Federal Comentada. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 984.

justificativas omissivas estatais, o Min. Celso de Mello advertiu:

> [...] que a cláusula da 'reserva do possível'- ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação dos direitos fundamentais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade[38].

Em julgamento de Recurso Extraordinário, o mesmo Min. Celso de Mello proferiu com maestria que "o direito a saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste todas as pessoas – representa consequência indissociável do direito à vida". Mais adiante, afirma que as políticas de distribuição gratuita de medicamentos "representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e sua de sua essencial dignidade"[39]. Observa-se, a preocupação em tornar as políticas públicas efetivas quanto ao direito à saúde em suas vertentes de prestação e concessão de medicamentos.

Pouco mais de uma década após o RE 271.286, o Min. Luiz Fux foi assertivo ao proferir que:

> O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional[40].

Nota-se claramente o caráter de competência comum e solidária dos entes da federação, segundo dispõe o art. 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988[41]. Os Municípios sendo entes competentes para conceder a devida prestação jurisdicional, "não podem furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos"[42]. Pois, se um cidadão requerer os seus direitos à saúde, é dever solidário dos Municípios, providencia-lo. "O art. 23, II, da Constituição da República estabelece competência comum entre a União, Estados e Municípios para cuidar da saúde, sendo possível propor ação contra qualquer um deles"[43]. Por fim, cumpre destacar novamente a linha de argumentação do Min. Edson Fachin sobre a competência comum dos entes da federação no tocante a responsabilidade solidária nas "demandas prestacionais na área da saúde"[44].

Em maio de 2019, o Min. Roberto Barroso disciplinou com prudência a tese firmada em julgado de RE com Repercussão Geral:

> "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de re-

38 STJ, REsp 811.608/RS, rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma, j. 15 mai. 2007.

39 STF, RE 271.286-AgRg, rel. Min. Celso de Mello, j. 12 set. 2000.

40 STF, RE 607.381-AgRg, rel Min. Luiz Fux, j. 31 mai. 2011.

41 Art. 23, II, CF/88: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública.

42 STF, AgIn, 550.530-AgRg, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 26 jun. 2012.

43 TJRJ, 0064909-32.2012.8.19.0000, rel. Des. Fernando Foch Lemos, 3. C.C., j. 07 ago. 2013.

44 STF, RE com repercussão geral 855.178 ED, rel. p/ ac. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 23 mai. 2019.

> gistro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na lei n. 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulamentação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser propostas em face da União. [45]

Nota-se que as manifestações dos Tribunais Superiores estão tomando forma de precedentes, ao serem proferidos com zelo e caráter conservador do Poder Judiciário.

No Agravo Interno de Agravo em Recurso Especial 1694822/SP, o Min. do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, em decisão de negativa ao provimento, recorreu a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Conforme adverte a abalizada doutrina, o fenômeno denominado 'judicialização da saúde' exige redobrada cautela e autocontenção por parte de toda a magistratura, para não ser levada a proferir decisões limitando-se ao temerário exame insulado dos casos concretos, que, somados, correspondem à definição de políticas públicas, feita sem qualquer planejamento (que o Judiciário, pela justiça do caso concreto, não tem condições de fazer) e sem atentar para as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação, desprovida que é da visão de conjunto que seria necessária para a definição de qualquer política pública que se pretenda venha em benefício de todos e não de uma minoria'. Com efeito, o 'grande risco da concessão judicial indiscriminada [...] é que o summum jus (concessão de um direito individual mal investigado) se transforme em summa injuria (interesse coletivo desprotegido). Isto sem falar que o juiz se substitui ao Legislativo e ao Executivo na implementação de políticas públicas, concentrando em suas mãos uma parcela de cada um dos três Poderes do Estado, com sérios riscos para o Estado de Direito e para a segurança jurídica'[46].

Por derradeiro, em Suspenção de Tutela Provisória pelo Min. Luiz Fux, importante decisão de Medida Cautelar, certamente, será um parâmetro para as análises vindouras sobre o tema. No caso em tela[47], a União Federal propôs suspensão de tutela provisória contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3º Região. O TRF-3, anteriormente, havia determinado o fornecimento de medicamento de alto custo pela União, em razão da parte autora – criança de dois anos e nove meses, acometida pela doença Amiotrofia Muscular Espinhal Tipo 2 – AME.

Na fundamentação da decisão judicial, o Min. Luiz Fux utilizou-se da seguinte linha argumentativa:

> Constatada, pois, nos limites cognitivos próprios dos pedidos de suspensão, a plausibilidade da tese sustentada pela União autora, vislumbra-se, outrossim, a existência de risco à economia pública na manutenção da decisão impugnada, ante o elevado valor da prestação de saúde controvertida. Deveras, perfaz circunstância inexorável o fato de serem os recursos públicos escassos à vista da multiplicidade das necessidades sociais, de modo que a alocação de recursos para o atendimento de uma determinada finalidade pública acarreta necessariamente o desatendimento de outras, sejam elas de menor ou igual importância, de modo que aspectos relacionados aos custos os direitos não podem simplesmente ser desconsiderados, sob pena de afronta ao princípio da eficiência e desestruturação das políticas de saúde, em detrimento da maioria da população."[48].

45 STF, RE com repercussão geral 657.718, rel. p/ ac. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 22 mai. 2019.

46 STJ, AgInt no AREsp 1694822/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 31 mai. 2021.

47 STF, STP 803 MC/SP, rel. Min. Luiz Fux. j. 14 jul. 2021.

48 STF, STP 803 MC/SP, rel. Min. Luiz Fux. j. 14 jul. 2021.

Na mesma decisão, o Ministro prosseguiu analisando o caráter irrestrito da responsabilidade comum e solidária dos entes da federação em consagrar a efetividade das demandas judiciais relacionadas à saúde:

> Trata-se de preocupação muito bem declinada pelo Eminente Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do já referido RE 657.718, de cujo acórdão se extrai o seguinte excerto: "A força normativa e a efetividade da Constituição brasileira já não são novidade e a jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático dessa conquista. Os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. O sistema, no entanto, apresentou sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional. Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da população, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo[49].

Em suma, a autora pleiteou medicamento com custo de R$ 2.878.906,14 (dois milhões, oitocentos e setenta e oito mil, novecentos e seis reais e quatorze centavos), que fora negado pelo juízo de primeira instância, alegando este, o valor elevado do fármaco e a não autorização da ANVISA para a faixa etária da criança. Todavia, em sede de apelação, o desembargador relator do TRF-3, concedeu a tutela provisória recursal, determinando a concessão do medicamento pela União. Esta, por sua vez, ao entrar com pedido de suspenção de tutela provisória na Corte Suprema, obteve a suspenção cautelar da decisão monocrática produzida perante o Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

A referida STP 803 MC/SP tornou evidente a existência de limites do direito fundamental à saúde contra o Estado, e que os parâmetros limitadores haverão de ser propostos de tal maneira a serem discutidos nas próximas pautas de julgamento.

Em resumo literário, convém destacar os pontos negativos da judicialização da saúde, elencados pelo Dra. Vanessa Elias de Oliveira:

> i) elitização do acesso à saúde pela via judicial; ii) o lobby exercido pela indústria farmacêutica, utilizando a judicialização para o lucro; iii) a não observância, pelo Judiciário, do planejamento orçamentário elaborado pelos poderes Legislativos e Executivos; iv) as limitações técnicas dos juízes para decidir sobre políticas públicas específicas, altamente dependentes de conhecimento

49 STF, STP 803 MC/SP, rel. Min. Luiz Fux. j. 14 jul. 2021. Citação extraída RE 855.178-ED, acerca da solidariedade dos entes federativos para o fornecimento de prestações de saúde.

> técnico, como é o caso da política de assistência farmacêutica; v) o caráter individual das demandas acolhidas pelas cortes, em detrimento de um olhar para a saúde pública, voltada à maioria; e vi) a não observância, pelo Judiciário, do princípio federativo do SUS[50].

O trabalho de avaliar cuidadosamente a possibilidade de concessão de demandas voltadas à saúde exige racionalidade e imparcialidade do juiz julgador da lide, de tal maneira que este não seja influenciado pelo sabor de decisões emocionais. Uma vez que os recursos públicos são escassos, as concessões de fármacos de alto custo necessitam de critérios capazes de permear a correta aplicação de valores na área da saúde, sem comprometer as demais estruturas que formam a base do Estado brasileiro.

Nestes termos, o apontamento do assessor jurídico do Ministério Público Federal Osmir Antonio Glebekner corrobora com nosso modo de pensar:

> A prestação de serviços de saúde está incontornavelmente atrelada ao problema da escassez dos recursos sanitários e à correspondente necessidade de se observar critérios éticos e jurídicos para o acesso equitativo e para a seletividade dos serviços, ou, sob outro aspecto, à necessidade de se observar critérios de alocação racional dos recursos sociais, objetivando obter dos mesmos os melhores resultados, com a maior economia de custos sociais[51].

No final desta etapa, cumpre apontarmos para a necessidade da observação de tutelas individuais do direito à saúde, sob a perspectiva da macrojustiça, verificando, por derradeiro, a colisão entre as demandas singulares de medicamentos e afins, com a grande variedade de necessidades da sociedade. Diante dos conflitos do direito social a saúde quando confrontado com outros direitos fundamentais constitucionais, haverá limites desta demanda para com o Estado?

5. LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE CONTRA O ESTADO

Nosso atual modelo de Estado constitucional democrático e garantidor dos direitos fundamentais é pautado pelo "federalismo de equilíbrio, que identifica modelo contemporâneo da forma federal de Estado[52]". No cenário da judicialização da saúde, a definição de parâmetros norteadores dos limites da efetivação do direito tornou-se papel importante a ser desempenhado por doutrinadores e aplicadores do direito, afinal, a efetividade como palavra de ordem a ser cumprida no ordenamento jurídico, encontra-se, muitas vezes, em um dilema: de um lado, a prestação estatal e consagração do direito social à saúde[53]; por outro, a indisponibilidade de recursos financeiros nos cofres públicos. Vale lembrar, neste momento, da reflexão da Procuradora do Estado de São Paulo Ana Carolina Izidório Davies[54], sobre a "indispensabili-

50 OLIVEIRA, V. E. Caminhos da judicialização do direito à saúde. *In*: OLIVEIRA, V. E. (Org.). Judicialização de políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019. p. 177-199. p. 194.

51 GLOBEKNER, Osmir Antonio. A Tutela Individual e Coletiva do Direito à Saúde pelo Ministério Público. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 8, 2015: 129-148. p. 132.

52 Raul Machado Horta apud MEDINA, Janaina de Castro Marchi; MEDINA, José Miguel Garcia. Saúde e Contornos do Federalismo Brasileiro. Bases Constitucionais para a Solução de Conflitos Relacionados à Pandemia (Covid-19, Coronavírus). Revista dos Tribunais. vol. 1017/2020. p. 1-7.

53 Art. 6, *caput*, CF/88.

54 Davies, Ana Carolina Izidório. Limites constitucionais do Direito à Saúde: reserva do possível X mínimo existencial. Tese apresentada pela autora à Comissão Temária de Direito Constitucional do XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em Porto de Galinhas. 15 a 18 de outubro de 2013. Disponível em: https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-6-AUTORA-Ana-Carolina-Izid%c3%b3rio-Davies.pdf. Acesso em: 07 ago. 2021. p. 8-11.

dade de limites e parâmetros para a efetivação do direito à saúde", afinal, "deve-se também levar em consideração que a saúde, mormente por se tratar de um direito social, deve ser implantada de forma coletiva, gradativa, progressiva e contínua, jamais imediata e instantânea". A autora aponta para um problema concernente a limitação do direito à saúde, relacionado à escassez dos recursos, "conjugado com a concessão judicial excessiva e a própria universalidade do Sistema Único de Saúde".

Para delimitação de possíveis restrições ao direito fundamental à saúde, faz-se mister a verificação de limitações consoante o razoável esforço hermenêutico das normas constitucionais e infraconstitucionais, pelas Cortes Pátrias. Neste sentido, nota-se a seguinte tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.165.959:

> Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

Neste ponto, importante observar o apontamento do Min. Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175[55], ao mencionar a necessidade de transição das demandas individuais, conhecidas pelo termo "microjustiça" para a "macrojustiça" – doravante entendido como uma visão ampla, não só do contexto judiciário envolvido na demanda, mas das possíveis consequências econômicas e financeiras, ocasionadas pela imposição de fornecimento de um fármaco não previsto no orçamento público.

Neste dilema em que os direitos da coletividade estão sujeitos ao detrimento em face de inúmeras concessões de alto custo ao cidadão em caráter individual, deparamo-nos com um conflito de direitos sociais. Mas como resolver um problema oriundo de tal feito?

O jurista alemão Robert Alexy propôs que "a teoria dos princípios logra, não apenas a solução de colisões de direitos, mas a estruturação das colisões de direito"[56]. Assim, o procedimento para a solução entre tais colisões de princípios fundamentais é a ponderação[57]. Ponderação que pode ser utilizada pelos magistrados para sopesar os pedidos de amparo, como, por exemplo, a verificação dos rendimentos auferidos pelo demandante da prestação pública, a constatação de existência ou não de medidas compatíveis oferecidas pelo SUS em contraste com o pedido de tutela, a análise das (in)disponibilidades de recursos nos cofres públicos, a emissão de pareceres médicos a serem utilizados como fundamentação das decisões judiciais, a análise dos precedentes dos Tribunais Superiores pertinentes ao tema, a imparcialidade no ato de avaliar as peculiaridades de cada caso concreto, a utilização de mecanismos técnicos como o Núcleo de Apoio Técnico Judiciário (NAT-JUS)[58] para apreciação da lide, e, sempre que possível, nomear mediadores com capacidade técnica para estabelecer um diálogo entre as partes para solução pacífica da demanda.

55 STF, STA 175 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes. j. 13 mar. 2010.

56 ALEXY, Robert. Kollision und abwagung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa. Em 10 dez. 1988. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes. In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 767.

57 Citação extraída da nota de rodapé n. 138, in YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade. Curitiba: Juruá, 2018. p. 35.

58 A Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010, proporcionou algumas iniciativas, dentre elas, a criação do Núcleo de Apoio Judiciário (NAT-JUS), plataforma online que tem a finalidade de auxiliar tecnicamente os magistrados a decidirem em questões relacionadas à saúde.

Ao lado da teoria dos princípios, podemos citar a Proporcionalidade[59], que segundo Yokohama[60], "busca solucionar uma indeterminação (conflito entre normas), mas contém, ela própria, sua textura aberta ("meio mais suave", "meio adequado" e "vantagens superiores aos ônus")". Na concepção do autor, uma decisão que unifique o justo, o racional, o prudente, o moderado e o adequado, será, por consequência, uma decisão proporcional[61].

Imperioso destacar, neste momento, excerto da obra *Curso de Direito Constitucional*, em título dedicado à limitação dos direitos fundamentais, onde o autor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, analisa a teoria da proporcionalidade à luz da jurisprudência produzida pela Corte Constitucional alemã. Segundo o ministro, a Corte Superior da Alemanha:

> Parece aceitar que o fundamento do princípio da proporcionalidade reside tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito. Todavia, afigura-se inegável que, não raras vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo.
>
> O princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em conflitos[62].

Percebe-se a pertinência da correlação entre a teoria dos princípios e a Proporcionalidade - em seu aspecto englobante de regras e princípios - no sistema jurídico atual, como elementos capazes de servir como parâmetros de solução para a colisão de direitos fundamentais.

Na mesma obra, prossegue o saudoso Ministro, afirmando que "o Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que 'os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados'"[63]. De modo que possa converter "o princípio da reserva legal no princípio da reserva proporcional"[64], ou seja, o "subprincípio da adequação exige que medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos"[65]. Neste caso, o judiciário age de maneira interventiva nas políticas públicas do Estado para se fazer cumprir o sacramental direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição brasileira. Por outro lado, "o subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos mesmos objetivos pretendidos"[66]. Ora, em outros termos, o meio da judicialização da saúde "não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa"[67]. Realçamos que além do diálogo entre as instituições, a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos como a negociação, a mediação e a conciliação entre demandante e demandado, revela-se como

59 YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade, cit., p. 16. O autor refere-se à Proporcionalidade com inicial maiúscula por discorrer sobre o fenômeno jurídico em sua dimensão positiva (princípio) e negativa (regra).

60 YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade, cit., p. 48.

61 YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade, cit., p. 15.

62 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 223.

63 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 230.

64 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 231.

65 Idem.

66 Ibidem.

67 Ibidem.

medidas assertivas e menos onerosas, conforme os resultados obtidos pela PGE-MS e as demais instituições preocupadas com a efetividade das demandas e dos direitos fundamentais[68].

As restrições, em que pesem a judicialização da saúde, sob a óptica da proporcionalidade e seus subprincípios, parece-nos, suprimir o excesso de demandas judiciais desta natureza, e por consequência, conferir "solução jurídica" para os "direitos fundamentais cotejados"[69].

Sentimos a necessidade de frisar que a colisão de direitos em pauta, volta-se para o detrimento dos direitos fundamentais da grande maioria da população (v.g, educação, segurança, moradia, esporte, lazer, cultura etc.), em razão dos altíssimos custos de medicamentos concedidos aos poucos cidadãos que representam a minoria. Nossa preocupação consiste na eficácia duvidosa dos medicamentos ainda em período de testes experimentais, na decisão motivada e infundada de magistrados, no comprometimento dos cofres públicos ao ser condenado a arcar com valores elevados e não previstos no orçamento, e a não observância do pacto federativo imposto pela Carta de 1988.

Por oportuno, destacamos em sentido numérico, as limitações encontradas nas demandas judiciais à saúde, em nosso país: 01) indisponibilidade financeira comprovada pelos entes estatais; 02) impossibilidade de concessão de medicamentos não registrados na ANVISA ou em fase experimental, quando houver medicamentos substitutos com comprovação científica dos efeitos análogos ao tratamento do paciente; 03) injustificabilidade de sentença judicial infundada em estudos técnicos realizados por especialistas e acessíveis ao Poder Judiciário; 04) inviabilidade de oferecimento de cirurgias de alto risco ao paciente e elevado custo ao ente federativo; 05) contrariedade entre a faixa etária do paciente e a indicação contida na bula do fármaco.

Num Estado constitucional, democrático e garantidor dos direitos fundamentais, a visão atenta dos julgadores às (in)disponibilidades públicas confira respeito ao desenvolvimento da nação brasileira.

Em caráter terminativo, sugestionamos a criação de um projeto de Lei de Responsabilidade Social, com o intuito de: i) fixar balizas para a atuação e engajamento das instituições envolvidas na judicialização da saúde (STF, STJ, Tribunais Regionais Federais, Procuradorias, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Geral da União etc); ii) estabelecer possíveis sanções em virtude dos contornos que envolvam as demandas na área da saúde, quando a ação comissiva ou omissiva causar impactos negativos ao cidadão brasileiro; iii) fomentar a inclusão de disciplina relacionada ao direito sanitário em cursos superiores de Direito; iv) promover alianças entre o Poder Judiciário e o Ministério da Saúde, com o intuito de criarem cursos de especialização na área do direito sanitário; v) demonstrar um rol taxativo de observações a serem levadas em consideração no ato da fundamentação da decisão judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante os fatos acima narrados podemos concluir que a saúde pública, prevista constitucionalmente como direito de todos e dever do Estado, enfrenta grande problemática no que concerne a seu cumprimento, devido a vários motivos, dentre eles, a ausência de verbas a fim de suprir as necessidades de

68 Cf. demostrado na página 8, deste trabalho.

69 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 124.

todos os serviços de saúde, ou cobrir algum tratamento ou cirurgia que se mostre mais cara que o comum quando necessário, além da ausência de medicamentos suficientes e não liberação da Anvisa de medicamentos em fase de teste experimental.

Muito embora a judicialização do direito à saúde conceda, em alguns casos, a tutela pretendida pela parte demandante, o excesso de processos judiciais tem motivado reflexões de doutrinadores e aplicadores do direito. Afinal, a concessão arbitrária de medicamentos pode ocasionar consequências seriíssimas aos cofres públicos dos entes da Federação.

Notou-se algumas limitações no tocante ao referido direito fundamental, quais sejam: a indisponibilidade financeira comprovada pelos entes estatais; a impossibilidade de concessão de medicamentos não registrados na ANVISA ou em fase experimental, quando houver medicamentos substitutos com comprovação científica dos efeitos análogos ao tratamento do paciente; a injustificabilidade de sentença judicial infundada em estudos técnicos realizados por especialistas e acessíveis ao Poder Judiciário; a inviabilidade de oferecimento de cirurgias de alto risco ao paciente e elevado custo ao ente federativo; e a contrariedade entre a faixa etária do paciente e a indicação contida na bula do fármaco.

O tema é relevante, pois, contrapõe direitos fundamentais da maioria contra o direito fundamental à saúde do cidadão em posição individual. Espera-se, por fim, que novos estudos sejam desenvolvidos, e que a possibilidade de amadurecimento da ideia de projeto de Lei de Responsabilidade Social seja levada em consideração.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Caldas. **Curso de Processo Civil**: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 54-55.

CAPPELLARI, Heloisa Cristina Luiz; OLIVEIRA, Gleison do Prado de; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Imunidade Tributária em Entidades Filantrópicas**: nova compreensão após o julgamento da ADIN 4.480. II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2020, Florianópolis, Anais [...]. Florianópolis: Conpedi, 2020, p. 59-76.

Davies, Ana Carolina Izidório. **Limites constitucionais do Direito à Saúde**: reserva do possível X mínimo existencial. Tese apresentada pela autora à Comissão Temária de Direito Constitucional do XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em Porto de Galinhas. 15 a 18 de outubro de 2013. Disponível em: https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-6-AUTORA-Ana-Carolina-Izid%c3%b3rio-Davies.pdf. Acesso em: 07 ago. 2021. p. 9-11.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. A Tutela Individual e Coletiva do Direito à Saúde pelo Ministério Público. **Revista Jurídica ESMP-SP**. v. 8, 2015: 129-148. p. 132.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Constituição Federal Comentada**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 984.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 124.

MEDINA, Janaina de Castro Marchi; MEDINA, José Miguel Garcia. Saúde e Contornos do Federalismo Brasileiro. Bases Constitucionais para a Solução de Conflitos Relacionados à Pandemia (Covid-19, Coronavírus). **Revista dos Tribunais**. vol. 1017/2020. p. 1-7.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 767.

OLIVEIRA, V. E. **Caminhos da judicialização do direito à saúde**. *In*: OLIVEIRA, V. E. (Org.). Judicialização de políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019. p. 177-199. p. 194.

TCU – Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional sobre judicialização da saúde**: ficha síntese. Brasília: TCU, 2017. p. 2. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Brasília: IPEA, 2020. 01-74. p. 25. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35360. Acesso em: 05 ago. 2021.

YOKOHAMA, Alessandro Otávio. **Teoria da Proporcionalidade**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 35.

A ADEQUAÇÃO DO ENTENDIMENTO JUDICIAL À NOVA LEI DE LICITAÇÕES NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA CULPA *IN VIGILANDO*

Ingrid Luize Bonadiman Arakaki[1]

RESUMO

A terceirização é um instituto utilizado há vários anos pela Administração Pública, com intuito de viabilizar suas atividades-meio, não perdendo de foco àquelas funções essenciais a serem desempenhadas, por força de lei. Em regra, o tomador dos serviços não responde pelos encargos trabalhistas, ficando estes à cargo da empresa contratada, contudo, nos contratos envolvendo a terceirização em prol de órgãos públicos, a Administração pode vir a ser responsabilidade subsidiariamente caso reste demonstrado sua culpa *in vigilando*, ou seja, que falhou na fiscalização contratual. Nesse sentido, buscou-se investigar no presente estudo, se o Judiciário tem utilizado critérios coerentes para determinar a condenação do ente público com base na culpa *in vigilando*, bem como associar os efeitos da Nova Lei de Licitações nesse cenário. Para tanto, foi utilizada a pesquisa exploratória, descritiva, bibliográfica e jurisprudencial e método de abordagem dedutivo, partindo-se de conceitos genéricos até sua particularização. Por fim, concluiu-se que o entendimento judicial acerca da demonstração da fiscalização dos contratos ainda necessita adequar-se aos parâmetros definidos na Lei 8.666/1993 e 14.133/2021.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização; Responsabilidade subsidiária; Administração Pública; Lei de licitações.

ABSTRACT

Outsourcing is an institute used for several years by the Public Administration, with the aim of making its medium activities viable, without losing focus on those essential functions to be performed, by force of law. As a rule, the service taker is not liable for the labor charges, which are the responsibility of the contracted company, however, in contracts involving outsourcing for the benefit of public bodies, the Administration may become a subsidiary liability if its guilt is demonstrated in vigilando, that is, that it failed in contractual inspection. In this sense, this study sought to investigate whether the Judiciary has used consistent criteria to determine the conviction of the public entity based on in vigilando guilt, as well as to associate the effects of the New Bidding Law in this scenario. Therefore, exploratory, descriptive, bibliographical and jurisprudential research and a deductive approach method were used, starting from generic concepts until their particularization. Finally, it was concluded that the judicial understanding about the demonstration of the inspection of contracts still needs to adapt to the parameters defined in Law 8.666/1993 and 14.133/2021.

KEYWORDS: Outsourcing; Subsidiary liability; Public administration; Bidding law.

1 Assessora jurídica na Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogada. Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos Sociais, vinculado ao CNPq. Bacharel em Direito pela UFMS.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Terceirização na Administração Pública e a discrepância na valoração probatória da culpa *in vigilando*. 1.1 Decisões conflitantes em acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. 2 Parâmetros definidos na Nova Lei de Licitações. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento, buscou-se identificar o papel fiscalizatório da Administração Pública nos contratos de terceirização, bem como investigar se o Poder Judiciário tem utilizado critérios objetivos para valoração probatória nos casos de reclamação trabalhista visando a condenação subsidiária do ente público.

Para tanto, foram apresentados acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (TRT 24) em processos envolvendo o Estado de Mato Grosso do Sul e três empresas terceirizadas de prestação de serviços de limpeza, asseio e vigilância, nos quais o Estado ora foi condenado subsidiariamente pelo inadimplemento dos cargos trabalhistas sob o fundamento de que falhou na fiscalização dos contratos, ora foi isento.

Adiante, através de análise normativa, traçou-se um retrospecto do posicionamento acerca da incidência da responsabilidade subsidiária a fim de demonstrar que o tema sempre suscitou cizânia doutrinária e jurisprudencial, o que tem causado insegurança jurídica aos órgãos da Administração e prejuízos aos cofres públicos.

Por fim, foram apresentados os novos parâmetros estabelecidos na Nova Lei de Licitações e a necessidade de adequação por parte da Justiça do Trabalho ao que restou definido na norma, no que tange a valoração das provas nos processos envolvendo a terceirização no setor público.

O artigo teve como propósito alertar para a urgência na adequação do posicionamento adotado pelo Judiciário à legislação vigente, de modo a afastar a responsabilidade subsidiária da Administração quando verificado o cumprimento dos atos fiscalizatórios previstos nas normas licitatórias.

1 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISCREPÂNCIA NA VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA CULPA *IN VIGILANDO*

Dentre os contratos formalizados pela Administração Pública encontra-se a terceirização, instituto utilizado há muito tempo a fim de viabilizar a execução das mais variadas atividades-meio por parte de entes públicos, tendo sido regulamentada no setor público a partir do Decreto-Lei nº 200/1967.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro a define como sendo "a contratação por determinada empresa de serviços de terceiros para o desempenho de atividade meio" (2011; p. 174) e Glaucia Barreto (2008; p. 94) afirma que sua vantagem reside no fato de que a empresa contratante pode focar seus esforços na atividade-fim.

Tal relação é formada por um tripé que se sustenta da seguinte forma: de um lado têm-se a Administração, enquanto tomadora dos serviços (contratante), de outro a empresa prestadora dos serviços

(contratada), e por fim, o trabalhador, que possui vínculo direto com a empresa tomadora. Nesse sentido Garcia (2018; p. 395) sustenta que o instituto da terceirização se baseia na transferência de atividades próprias do tomador à empresa prestadora de serviços.

Desta forma, fica estabelecido que não há qualquer relação trabalhista entre o tomador e o trabalhador, pois a relação carece de dois requisitos básicos para sua configuração: a pessoalidade, haja vista que em regra há constante rotatividade, além do fato de que inexiste subordinação, pois o trabalhador responde diretamente para a empresa contratante.

Assim, nos contratos de terceirização, a responsabilidade do ente público é fiscalizar se a empresa contratada está cumprindo com suas obrigações, tanto às relacionadas à execução do serviço em si, quanto aos direitos trabalhistas dos empregados disponibilizados pela intermediária. Para tanto, será designado um ou mais fiscais, vinculados ao órgão, para desempenhar essa função.

Contudo, apesar dos esforços despendidos pela Administração durante as demandas fiscalizatórias, tais como emitir relatórios, requerer documentos que comprovem regularidades, advertir quando necessário, dentre outros, podem vir a ocorrer irregularidades nos contratos de trabalho.

Nesse caso, quem deve arcar com o prejuízo sofrido pelo empregado? De quem é a responsabilidade pelo seu adimplemento? A legislação determina que em regra, cabe à contratante. Contudo, se restar demonstrado que houve falha na fiscalização, a Administração deve responder subsidiariamente pelos encargos.

Não se pretende questionar a necessidade de salvaguardar os direitos dos trabalhadores, seja por parte das empresas ou por parte da Administração conjuntamente, pois é fato que o ente público contratante possui o dever legal de fiscalização do contrato firmado com determinada empresa terceirizada.O que se busca investigar no presente estudo é se há ou não critérios objetivos a serem observados por parte do Judiciário, quando da decretação da condenação do ente público a responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratante.

Para tanto, serão tomados como parâmetro casos ajuizados perante o TRT 24, nos quais a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE MS) apresentou defesa demonstrando a efetiva fiscalização, mas que, contudo, obtiveram condenações conflitantes.

Nesse sentido, muito embora reconheça-se que é dado ao juízo o pleno exercício de seu convencimento motivado, esse benefício não pode sobrepor-se a segurança jurídica, especialmente quando se tratam de verbas públicas.

Veja-se que simples, mas importante, modificação na redação na legislação processual civilista, suprimiu a livre apreciação da prova, cabendo ao juiz indicar de forma fundamentada suas razões de decidir.

A antiga redação do Código de Processo Civil de 1973 previa no artigo 131 que: “O juiz apreciará *livremente* a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Com o advento do novo Código em 2015 a norma passou a dispor que: “Art. 371. O juiz

apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento".

A segurança jurídica, nas palavras de José Afonso da Silva (2006; p.133) "consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida".

Aplicando-se essa definição, bem como a norma supracitada, às hipóteses em que se questiona se houve falha da Administração em fiscalizar um contrato de terceirização, gerando prejuízo aos trabalhadores, significa dizer que, apesar das situações fáticas e excepcionais de cada caso levado à tutela jurisdicional, deve haver um padrão de valoração probatória mínimo a ser observado pelo Judiciário.

Sabendo que a decisão do processo, no que concerne à condenação do ente público, depende única e exclusivamente da prova documental de que este fiscalizou à contento o contrato, não pode o administrador ficar à própria sorte, sem saber se os documentos serão suficientes ou não.

Por óbvio, nos termos definidos no artigo 373 do Código de Processo Civil, cabe ao réu demonstrar os fatos modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor, mas, também cabe ao autor provar os fatos constitutivos mínimos do direito que alega possuir. Nesse aspecto, dada ainda a presunção de legalidade de que gozam os atos administrativos, a culpa não pode ser presumida, carecendo de comprovação por quem a alega (MARTINS: 2014; p. 152).

A cizânia no entendimento ocorre quando o reclamante baseia todo seu pedido na simples alegação de que foi contratado pela empresa terceirizada para prestar serviços única e exclusivamente em prol do ente público e que este incorreu em culpa *in vigilando*, pois, não teve suas verbas trabalhistas pagas corretamente.

Nesse exemplo hipotético, o ente público juntaria aos autos prova de que a fiscalização se deu com base nos requisitos estabelecidos na Lei de Licitações, o que inclusive já foi acertadamente decidido pela Vara do Trabalho de Corumbá/MS, em caso envolvendo empresada terceirizada e o Estado de Mato Grosso do Sul:

> DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. (...) Nesse contexto, importante frisar que compete ao ente público contratante o ônus de alegar e demonstrar, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento, pelo empregador que contratou, das obrigações trabalhistas relativas aos trabalhadores terceirizados, já que é quem detém as provas correspondentes. Afinal, trata-se de fato impeditivo da pretensão da parte autora de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que de forma subsidiária, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, que atrai para o demandando o ônus da prova correspondente, nos precisos termos do art. 818 da CLT e art. 373. II, do CPC/15. No caso em análise, verifica-se que a reclamada (...) buscou adotar as medidas pertinentes para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas, demonstrando que havia fiscalização constante do contrato (...) o que afasta a responsabilidade subsidiária do ente público. (TRT 24; ROT 0024519-24.2020.5.24.0041; Vara do Trabalho de Corumbá; Juíza do Trabalho Substituta: Vicky Vivian Hackbarth Kemmelmeier; j: 17/06/2021).

Destaca-se do *decisum* que o critério probatório estabelecido pela magistrada foi a demonstração, por parte do Estado, de que este havia tomado as medidas cabíveis para evitar o inadimplemento e

praticado todos os atos previstos na Lei de Licitações e demais normas regulamentadoras.

Contudo, o que se percebe nos casos envolvendo a responsabilização da Administração Pública, é que se permeia a completa subjetividade na valoração probatória. Ora os documentos juntados pelo ente público (via de regra os que são exigidos pela própria Lei de Licitações) são tidos como válidos, ora como insuficientes e decretada a culpa *in vigilando*.

1.1 Decisões conflitantes em acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

A incoerência fica clara quando se observam alguns acórdãos, proferidos recentemente em julgamentos de recurso ordinário pelo TRT 24. Serão postas situações envolvendo três empresas prestadoras de serviços de conservação, asseio e vigilância (utilizando suas iniciais), contratadas via terceirização pelo Estado de Mato Grosso do Sul, para atender diferentes órgãos, sendo que em cada uma delas, serão destacados dois acórdãos, um reconhecendo a responsabilidade subsidiária do Estado e outro afastando, objetivando investigar o que motivou cada decisão.

Nesse primeiro exemplo, utilizou-se como parâmetro ações envolvendo a empresa V.P.S.C.A. Perceba-se abaixo que, ao analisar as provas constantes dos autos, o Tribunal reconheceu a efetiva fiscalização do contrato:

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO - TOMADOR DE SERVIÇOS - FISCALIZAÇÃO - ÔNUS DA PROVA. É do ente público (tomador de serviços) o ônus de comprovar que fiscalizou corretamente o contrato de prestação de serviços. No caso, o ente público se desincumbiu a contento de seu ônus probatório. Assim, não verificada sua responsabilidade subsidiária, a teor da Súmula nº 331, V, TST. (TRT 24; 1ª Turma; Desembargador Relator Nicanor de Araújo Lima; julgado em: 05/05/2021; publicado em: 10/05/2021).

Constou ainda do voto relator:

> Pois bem. No presente caso, incontroversa a prestação de serviços da reclamante em benefício do recorrente durante todo o período contratual, de 8.11.2016 a 5.8.2019, na função de auxiliar de limpeza. A controvérsia reside em averiguar se o ente público se desincumbiu de seu ônus de demonstrar o cumprimento de seu dever de fiscalização e, por conseguinte, afastar a culpa in vigilando. (...) A prova documental acostada pelo 2º réu demonstra que o Estado de MS firmou com a prestadora (...) os termos de acordo, datados de 04.06.19 (f. 124 e seguintes) e 10.09.19 (f. 137 e seguintes), para repasse de valores com o fim de quitar o passivo trabalhista, o que foi devidamente acompanhado pelo Ministério Público do Trabalho, sendo que o segundo termo foi subscrito também pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Asseio e Conservação de Mato Grosso do Sul. Também consta à f. 144 dos autos advertência aplicada à prestadora em 12.2018 em razão da constatação de irregularidades fiscais junto ao INSS e ao FGTS. Neste mesmo documento, o recorrente alerta a prestadora acerca da necessidade de o pagamento dos funcionários serem realizados em dia. Ainda, não sanadas as irregularidades, constata-se à f. 145 e 146 que o recorrente aplicou mais duas advertências à prestadora, em 1.2019 e 5.2019. Assim, em que pese o deferimento de valores à obreira, entendo não evidenciada, na hipótese, a ocorrência de culpa in vigilando do ente público, pelo que excluo da condenação a responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída. Dou provimento ao recurso para excluir da condenação a responsabilidade subsidiária atribuída ao 2º réu.

Nesse caso, em síntese, a responsabilidade subsidiária do Estado foi afastada, sob o fundamento de que a fiscalização havia sido comprovada, levando-se em consideração os documentos juntados

à contestação. As provas apresentadas foram: advertências direcionadas à empresa; termo de acordo formalizado junto à Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC); proposta de acordo por parte da empresa; termo de audiência e acordo CASC; cópia do contrato de adesão e do contrato corporativo.

Contudo, em outra reclamação trabalhista, a solução da lide foi completamente distinta.

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331/TST. Se o Estado descurou do seu dever de fiscalizar a empresa prestadora de serviços no adimplemento dos créditos devidos a trabalhadora, deve responder subsidiariamente. Recurso da reclamante provido. (TRT 24; ROT 0024384-69.2019.5.24.0001; 2ª Turma; Des. Rel. João de Deus Gomes de Souza; Djt: 02/08/2021)

Da análise do voto, verifica-se inclusive que os mesmos documentos utilizados em um momento para afastar a culpa *in vigilando*, nesse serviram de base para que houvesse a incidência da condenação ao ente estatal.

> *In casu*, embora não se verifique culpa *in eligendo*, constata-se clarividente a culpa *in vigilando*, porque, malgrado o segundo reclamado tenha assinado termo de acordo (f. 218/222) com vista a compelir a primeira reclamada a efetuar a regularização fiscal e pagar os salários atrasados de seus funcionários, vê-se que essas medidas, foram tomadas após intervenção do Ministério Público do Trabalho, contudo, não foram suficientes e eficazes, notadamente frente à comprovada ausência de recolhimento de deposito do FGTS durante todo o pacto laboral, saldo de salário de maio de 2019 (10 dias); aviso prévio indenizado; 13º salário proporcional (6/12) de 2019; férias do período aquisitivo 2017 /2018, com o terço constitucional, na forma dobrada(art. 137 da CLT); férias do período aquisitivo 2018/2019, com o terço constitucional, na forma simples; férias proporcionais (5/12) do período aquisitivo iniciado em 02.02.2019, com o terço; multa de 40% do FGTS, auxílio alimentação e FGTS não depositado. Outrossim, impende destacar que o "acordo" realizado entre os reclamados não demonstra a fiscalização das obrigações trabalhistas da primeira ré por parte do segundo reclamado. Com efeito, conforme o procedimento administrativo instaurado pelo segundo reclamado, que mesmo sabendo, desde dezembro de 2018, que a primeira reclamada era contumaz no inadimplemento salarial de seus empregados, gratificação natalina e FGTS, ao final do procedimento, ainda concordou em transferir os recursos financeiros, condicionado à quitação da folha salarial, entrega do vale-alimentação e integralização do FGTS até 7/6/2019. Ademais, mesmo assim manteve o contrato em vigor, não juntou nenhuma penalidade aplicada ou outros procedimentos fiscalizatórios de cumprimento das obrigações posteriores a 7/6/2019.
>
> Portanto, se o Estado descurou do seu dever de fiscalizar a empresa prestadora de serviços no adimplemento dos créditos devidos à parte reclamante, deve responder subsidiariamente, não decorrendo daí qualquer malferição aos dispositivos legais e constitucionais declinados na peça recursal.

O segundo exemplo refere-se à empresa A.S.T, também prestadora de serviços de conservação e asseio. Depreende-se do julgado o entendimento da Turma de que não cabe à tomadora dos serviços, *in casu* o Estado, verificar passo a passo a atividade das empresas que prestam os serviços, não sendo suficiente para a condenação subsidiária do ente público o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas.

> 2.2 – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (RECURSO DO SEGUNDO RECLAMADO) (...) Não se exige que o tomador de serviços verifique e acompanhe, de forma detalhada e individualizada, em relação a cada empregado do prestador, a ocorrência de rescisão de seu contrato, com o acerto correspondente, a regularidade dos recolhimentos do FGTS nem o correto pagamento de verbas em razão das condições de trabalho – insalubridade -, questões que são afetas ao empregador, diretamente relacionadas à condução do contrato de trabalho a serem geridas por este, não cabendo interferência do tomador. Nessa circunstância, não há falar em omissão do tomador na fiscalização do contrato, não se afigurando razoável, ademais, que o ente público tenha de acompanhar *pari passu* toda a atividade das empresas que prestam serviços, na condição de empregadoras. Não ocorre,

> portanto, a culpa in vigilando neste caso, pressuposto para impor a responsabilidade subsidiária ao ente público (Súmula 331, V, do C. TST), não sendo suficiente, para tanto, o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da prestadora. (TRT 24; ROT 0024841-85.2019.5.24.0071; 1ª Turma; Des. Rel. André Luís Moraes de Oliveira; j: 05/02/2021)

Todavia, da decisão extraída do processo abaixo é possível concluir que a mesma Turma do TRT 24, agora imputou como insuficientes os documentos juntados em sede de defesa. Sequer houve análise da impossibilidade de condenação pelo inadimplemento dos encargos.

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTE PÚBLICO – TOMADOR DE SERVIÇOS – FISCALIZAÇÃO – ÔNUS DA PROVA. É do ente público (tomador de serviços) o ônus de comprovar que fiscalizou corretamente o contrato de prestação de serviços, do qual, neste caso, não se desincumbiu a contento, sendo cabível a declaração de sua responsabilidade subsidiária, a teor da Súmula nº 331, V, do TST. (TRT24; ROT 0024730-71.2020.5.24.0005; 1ª Turma; Des. Rel. Nicanor de Araujo Lima; j: 12/07/2021)

Destaca-se trecho da decisão:

> No caso, não há prova robusta de que o 2º réu tenha desempenhado seu papel de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Com efeito, os documentos juntados com a contestação, em sua maioria, atestam o exercício do poder fiscalizatório da tomadora de serviços apenas no aspecto da regularidade fiscal (certidões negativas de débito e de regularidade do FGTS). (...) Nesse sentido, aludida documentação não se afigura hábil para afastar a ocorrência da culpa *in vigilando* do recorrente no tocante ao dever de vigiar o cumprimento dos direitos trabalhistas da autora.

Por fim, no que concerne a empresa D.S.V, declarou o Tribunal em determinado momento que, para configuração da responsabilidade da Administração, era imprescindível prova robusta e induvidosa que esta falhou na fiscalização da execução do contrato.

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTE PÚBLICO – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93 – SÚMULA N. 331, V, DO C. TST – CULPA *IN VIGILANDO* – NÃO CONFIGURADA. Considerando a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da lei n. 8.666/93 pelo E. Supremo Tribunal Federal ADC n. 16), e nos termos do enunciado da Súmula 331, item V, do C. Tribunal Superior do Trabalho, a imputação de responsabilidade subsidiária ao ente público pelo Poder Judiciário deve estar pautada na existência de prova robusta e induvidosa de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente com relação à fiscalização da execução do contrato pela empresa contratada, o que não ocorreu. Recurso provido. (TRT 24; ROT 0025035-22.2018.5.24.0071; 1ª Turma; Des. Rel. Nery Sá e Silva de Azambuja; Djt: 24/03/2021).

Já em outra reclamação, baseou a condenação estatal na ausência de medidas necessárias para combater as irregularidades constatadas.

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER PÚBLICO, TOMADOR DE SERVIÇOS. A responsabilidade subsidiária da administração pública não pode ser fundamentada exclusivamente na inadimplência da prestadora de serviços. É imprescindível a demonstração de que o ente público tinha conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, omitiu-se em tomar as medidas necessárias para combate-la. Se o ente público deixa de tomar qualquer providencia está configurada a culpa *in vigilando*, de modo que correta a sentença que reconheceu a reponsabilidade subsidiária. Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (TRT 24; ROT 0024010-85.2020.5.24.0076; 2ª Turma; Juíza Rel. Beatriz Maki Shinzato Capucho; j:26/04/2021).

Os processos foram remetidos ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) para julgamento dos recursos de revista interpostos. Porém, observa-se que nos acórdãos da Corte, que em algumas situações é adotado o entendimento da Súmula 126/TST que dispõe: "Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas", mantendo-se a decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Esse posicionamento, aliado a superficial análise probatória dos autos na origem, obsta o acesso da Administração às Cortes Superiores, impossibilitando a reforma dos julgados e acarretando substanciais prejuízos aos cofres públicos.

Por esse motivo, forçoso combater as discrepâncias verificadas nos julgamentos dos processos, muitas vezes entre a mesma Turma, o que causa grande impacto no campo jurídico administrativo trabalhista.

> Na verdade, o que se pode perceber das decisões contrárias à Administração é que há um certo padrão decisório, em que se utilizam fundamentos genéricos, para justificar a existência de culpa *in vigilando* nos casos concretos, quando evidenciado o inadimplemento de verbas trabalhistas e o fato de que o ente público foi o beneficiário dos serviços prestados. Observa-se uma verdadeira generalização da culpa *in vigilando*, que olvida de uma análise mais criteriosa dos fatos para aferir se efetivamente há prova de falha na fiscalização nos casos concretos. (MAZZOLENE, 2017, p. 55)

Em regra, a decisão proferida em um determinado processo não tem o condão de permear efeitos sobre outro, contudo, deve haver coerência na análise fático-probatória dos processos por parte do Poder Judiciário.

Não é lógico que no julgamento de lides envolvendo o mesmo contrato de terceirização, formalizados com a mesma empresa, e que, portanto, foram fiscalizados exatamente do mesmo modo, sejam proferidas decisões diferentes.

2 PARÂMETROS DEFINIDOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Após alguns anos de discussões e ajustes, em 1º de abril de 2021, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro um novo marco legal para o direito administrativo, a Lei 14.133/2021, popularmente chamada de Nova Lei de Licitações. Trazendo novas regras para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a lei também trouxe alterações que afetam de forma substancial o Direito Administrativo e suas interseções com o Direito do Trabalho.

O artigo 193, II, da supracitada norma, dispõe que a Lei 8.666/1993 será revogada após decorridos dois anos da publicação oficial, contudo, imperioso identificar desde já os impactos perpetrados sobre a responsabilidade subsidiária da Administração no que concerne à terceirização. Contudo, antes de mais nada, para melhor compreensão do tema, necessário traçar um breve histórico sobre a evolução do entendimento jurisprudencial.

Antes mesmo da edição da Nova Lei de Licitações, a Lei 8.666/1993 em seu artigo 71 já era clara ao dispor que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais seria suportada pelo contratado e não automaticamente transferidos à Administração.

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> §1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.
>
> §2ºA Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Ressalta-se que o dispositivo supracitado foi inclusive objeto da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 16, pois a Justiça do Trabalho vinha responsabilizando a Administração Pública com base no inciso IV, da Súmula 331 do TST, em total descompasso com o artigo 71 da Lei 8.666/93. A Súmula previa genericamente que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implicava na responsabilidade subsidiária do tomador, sendo que somente em setembro de 2000 o inciso IV passou a especificar que a responsabilização recaria sobre os "órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista".

Após o julgamento da ADC 16 pensou-se que haveria grande avanço na construção de um novo entendimento jurisprudencial acerca dos contratos de terceirização celebrados pelo Poder Público, ao se reconhecer a impossibilidade de transferência automática dos débitos trabalhistas à Administração, nos termos assim ementados:

> EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16, Min. Rel. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe: 09/09/2011)

Ainda como reflexo da decisão proferida pelo Pretório Excelso, o TST reeditou a Súmula 331, que passou a dispor da seguinte forma, vigorando a redação até a presente data:

> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
>
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Nesse sentido, Neto (2020; p. 39) esclarece que "(...) com o julgamento da ADC 16, em sessão de 24.11.2010, pelo STF, o qual declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, não restou possível, jurisprudencialmente, declarar a responsabilidade automática (objetiva) da Administração Pública em caso de inadimplemento da empresa prestadora de serviços". Contudo, o supracitado autor

(2020; p. 40) prossegue aduzindo que outra temática passou a ser corriqueira nos Tribunais Trabalhistas do país, a qual se discute na presente pesquisa: sobre quem recairia o ônus de comprovar a fiscalização do contrato de terceirização?

Dentre as diversas ações propostas, destaca-se o Recurso Extraordinário 760.931, julgado em repercussão geral, do qual emanou o Tema 246 do STF, consolidando o entendimento firmado na ADC 16, nos seguintes termos:

> O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93.

Todavia, verifica-se da íntegra da decisão, que o cerne da questão (ônus da prova) não restou bem delimitado pelo STF. Nesse sentido Melo afirma que

> É bem possível que a situação não resolvida continue gerando insegurança jurídica e instabilidade. Mais ainda, a maior justificativa à afetação do recurso extraordinário, que é a quantidade exorbitante de reclamações constitucionais e recursos extraordinários, não terá solução – sem falar no tempo despendido para laborar sobre esse processo –, pelo menos, até o momento presente. (2021; p. 106)

Como demonstrado, a questão sempre suscitou divergências no meio jurídico e ao longo dos anos firmou-se o entendimento nas Cortes Superiores de que a Administração seria responsabilizada por tais encargos tão somente quando houvesse prova de sua omissão em fiscalizar o contrato, a chamada culpa *in vigilando*.

Ademais, a condenação do ente público sem a devida prova constituída nos autos, partindo-se de mera presunção, viola o entendimento legal e caracteriza declaração velada de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei de Licitações.

Diante disso, a Nova Lei de Licitações manteve em sua integralidade o disposto no *caput* do artigo 71 da Lei 8.666/93, e acrescentou outras disposições.

> Art. 121. *Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas*, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> § 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.
>
> § 2º *Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra*, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e *subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização* do cumprimento das obrigações do contratado.

Assim, passou a dispor no parágrafo 2º do artigo 121 que as contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são a única hipótese de responsabilização subsidiária da Administração. Tal tipo de contratação é definido no artigo 6º, XV da Lei 14.1333/2021, da seguinte forma:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
>
> XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:
>
> a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
>
> b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
>
> c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

Portanto, a lei estabeleceu distinção entre os serviços de mão de obra quando os mesmos são prestados de forma contínua e com regime de dedicação exclusiva, sendo que, nessa modalidade, os empregados do contratado ficam à disposição nas dependências do contratante, tornando possível a fiscalização pelo contratante quanto à dinâmica da prestação de serviços, inclusive em relação a sua distribuição, controle e supervisão.

Apesar de ser este o caso das principais contratações envolvendo terceirização por parte do Poder Público, tal hipótese, por si só, não enseja a responsabilização subsidiária. Isso porque, a lei também dispôs que para a incidência da responsabilidade é imprescindível que haja comprovação de falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Desse modo, o que o que já havia sido previsto na Súmula 331 do TST (após o julgamento da ADC nº 16), passou a constar na própria Lei de Licitações, encerrando a discordância que havia sobre o tema, ante a omissão na Lei 8.666/1993.

Veja-se trecho da aludida Súmula:

> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, *caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993*, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Diante disso, tem-se observado que nas inúmeras ações judiciais envolvendo a temática, os entes estatais têm comprovado sua efetiva fiscalização, por meio de toda documentação exigida. Até porque, tal ato é requisito legalmente estabelecido à manutenção dos mesmos desde a Lei 8.666/93 (artigo 67), mantido da seguinte forma na Lei 14.133/2021:

> Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

Todavia, em que pese o princípio do livre convencimento motivado, o Judiciário tem criado parâmetros do que considera ou não, prova da fiscalização. Os contratos existentes entre particulares com a Administração Pública estão adstritos ao princípio da legalidade, assim, faz-se apenas o que expressamente previsto em lei, inclusive nos atos fiscalizatórios.

Acerca das medidas que podem ser adotadas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas, a Nova Lei de Licitações previu no parágrafo 3º do artigo 121 as seguintes possibilidades:

> I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
>
> II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
>
> III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;
>
> IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
>
> V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

Assim, quando o Judiciário estipula balizas probatórias nos casos concretos ou mesmo pesa de forma desigual os documentos apresentados, aquém do que prevê a própria legislação de regência está, mesmo que de forma indireta, criando novas regras aos contratos de terceirização.

Mazzoleni (2017; p.72) alerta que a "forma como a questão vem sendo tratada pelos órgãos da Justiça do Trabalho, tornou-se insustentável. A insegurança jurídica é total". Como foi constatado nesse estudo, atualmente não há como prever o entendimento judicial sobre o tema, mesmo havendo disposição norma clara e incontestável.

Ainda sobre as possíveis medidas fiscalizatórias, ressalta-se que o parágrafo 3º, do artigo 121, da Lei 14.133/2021, deixa evidente a discricionariedade quanto a adoção dos atos fiscalizatórios.

> § 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, *poderá, entre outras medidas*:

Claramente a legislação não estipula quais meios a Administração se utilizará para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas, tratando-se de rol meramente exemplificativo, não cabendo ao Judiciário fazê-lo. Assim, cumpridas as exigências previstas na Lei de Licitações no que tange à fiscalização do contrato, em regra, não há que se falar em falha. De modo que, demonstrando a Administração ter seguido tais preceitos, caberia a parte autora comprovar o contrário.

Ressalta-se ainda que nos termos da já mencionada Súmula 331 do TST, "A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada".

Diante disso, faz-se cada vez mais necessária a adequação do entendimento jurisprudencial à Nova Lei de Licitações, afastando a responsabilidade subsidiária da Administração quando verificado o cumprimento dos atos fiscalizatórios previstos em lei.

CONCLUSÃO

Quando a Administração Pública firma contratos de terceirização com empresas prestadoras de

serviços, com intuito de que estas realizem atividades-meio, situação permitida pelo ordenamento jurídico, deve observar o que dispõe as normas de direito administrativo, inclusive quanto aos encargos trabalhistas.

São nelas, e em demais normas regulamentadoras, que se encontram todas as disposições concernentes aos atos fiscalizatórios a serem adotados pelos entes públicos em cada contrato. Assim, cumpridos tais requisitos, em regra, não subsistem outros encargos por parte do tomador de serviços.

Ocorre que, o que tem sido notado no julgamento de reclamações trabalhistas que pleiteiam a responsabilidade subsidiária da Administração pelo inadimplemento de verbas advindas dos contratos de trabalho, é que há grande subjetividade na valoração das provas constantes nos autos.

Em razão disso, a Justiça do Trabalho, tem proferido decisões muitas vezes incoerentes entre si, pois apesar de considerar que os entes públicos apenas podem ser responsabilizados quando verificada a falha na fiscalização dos contratos, observou-se a ausência de critérios objetivos e embasados legalmente, quanto a análise dos documentos juntados na fase contestatória com intuito de afastar a culpa *in vigilando*.

Em contraponto, verificou-se que a Nova Lei de Licitações passou a dispor de forma ainda mais clara sobre as hipóteses em que a Administração Pública poderá ser responsabilizada pelos encargos trabalhistas advindos dos contratos de terceirização, bem como os meios disponíveis para compelir o cumprimento das obrigações por parte da empresa contratada.

Assim, concluiu-se que atualmente ainda há incoerências entre o disposto na Lei 8.666/1993 e na Lei 14.133/2021 e o posicionamento adotado pelo Judiciário Trabalhista quanto a valoração probatória dos atos de fiscalização, sendo, portanto, essencial que haja uma rápida adequação às novas regras, a fim de que se evite a insegurança jurídica e prejuízos aos cofres públicos com as frequentes condenações.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Glaucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 8ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2011.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**.12.ed. São Paulo: GEN, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MAZZOLENI, Guilherme. **Responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços: Por que a exceção virou regra?.** Monografia (Especialização em Advocacia do Estado e Direito Público). Advocacia-Geral da União. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 76, 2017.

MELO, Gabriela Fonseca de. **Formação e aplicação do precedente judicial: a tensão entre o STF e o TST no caso de responsabilidade subsidiária de ente público em relação de terceirização. 2020**. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

NETO, Geraldo Furtado de Araújo. **A responsabilidade da administração pública brasileira nas terceirizações à luz da Convenção 94 da OIT**. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL - ANPC

Julizar Barbosa Trindade Júnior[1]

RESUMO

O presente artigo dedica-se ao acordo de não persecução cível – ANPC, agora expressamente previsto na Lei da Improbidade Administrativa (art. 17, §1º e §10-A). Estão aqui especificamente abordados os principais questionamentos sobre os possíveis momentos de sua celebração (na fase processual e pré-processual) e sobre necessidade, ou não, de o acordo contemplar a colaboração probatória. Antes de se ocupar de tais indagações, contudo, o texto apresenta considerações fáticas e normativas sobre a consensualidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e, em especial, no domínio da improbidade administrativa.

Palavras-chave: Acordo de não persecução cível. Consensualidade. Improbidade Administrativa.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar aspectos relevantes e controvertidos do acordo de não persecução cível – ANPC, agora previsto no artigo 17, § 1°, da Lei da Improbidade Administrativa, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime).

Para tanto, serão desenhadas no capítulo 1 as principais modificações – no plano legislativo e no plano fático – que levaram à revogação, em dezembro de 2019, da vedação original do artigo 17, §1º, da Lei 8.429/1992, a partir de quando, enfim, passou a ser *expressamente* admitida a consensualidade no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa.

Após, no capítulo 2, pretende-se apresentar considerações específicas sobre o ANPC em face do que restou do projeto legislativo original. Será, por exemplo, abordada a natureza jurídica do acordo e o seu caráter discricionário. Ademais, não será ali omitida a necessidade de superação das críticas que ainda pesam sobre a consensualidade no campo da improbidade.

Na sequência, as linhas do capítulo 3 serão dedicadas às questões sobre os possíveis momentos de celebração do ANPC e sobre a (im)prescindibilidade de colaboração para a obtenção de provas.

Advirta-se que não haveria aqui espaço para esgotar todos os questionamentos que assombram

1 Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

o acordo de não persecução cível. Afinal, são muitos e são complexos. São *muitos* sobretudo pela ausência de uma disciplina legal dos requisitos do ANPC, em razão do veto presidencial ao artigo 17-A da Lei 8.429/1992. E são *complexos* porque tais acordos impõem um novo padrão de atuação aos entes legitimados, que deverão ponderar as alternativas e técnicas sancionatórias que melhor atendam ao interesse público.

Apenas como exemplo, poder-se-ia abordar (i) a falta de consenso entre o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada; (ii) a celebração do ajuste com apenas parcelas dos responsáveis pelo ilícito; (iii) a possibilidade de negociação da sanção de suspensão dos direitos políticos e (iv) de perda da função pública; (v) a necessidade de um ressarcimento integral do erário; (vi) a homologação interna do acordo pelo órgão superior do Ministério Público; (vii) os limites do controle judicial; (viii) a prescrição em face do ANPC; (ix) a extinção e suspensão da ação de improbidade administrativa em função do ajuste; ou (x) a exigência, ou não, da confissão para a celebração do acordo. Mas, como dito, não haveria aqui linhas suficientes...

Fez-se necessário, portanto, um corte metodológico.

Ao final, e como remate, serão expostas as conclusões deste artigo.

1 A SANÇÃO NO DOMÍNIO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DA UNILATERALIDADE À CONSENSUALIDADE

Junho de 1992. É publicada a Lei 8.429, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA). O seu artigo 17, § 1º, expressa ser "vedada a transação, acordo ou conciliação" nas ações a serem propostas pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. Era impensável, pois, que o *ius puniendi* estatal pudesse ser objeto de qualquer negociação.

Dezembro de 2019. É publicada a Lei 13.964, a Lei Anticrime. Revoga-se o artigo 17, § 1°, da Lei 8.429/1992. Estabelece-se que as ações civis de improbidade administrativa "admitem a celebração de acordo de não persecução cível".

Entre uma data e outra, essa mudança – radical, à primeira vista – foi na verdade sendo aos poucos construída, seja no plano da realidade empírica, seja no correlato plano normativo.

No campo normativo, pode-se dizer que o caminho para a consensualidade teve como um de seus primeiros passos a previsão da figura do compromisso de ajustamento de conduta no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (artigo 211 da Lei 8.069/1990). Após, com a superveniência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), esses compromissos de ajustamento foram incluídos na Lei 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública (artigo 5º, § 6º).[2]

No setor da defesa da concorrência, vale ser citada a Lei 10.149/2000, com a inserção do artigo 35-B na Lei 8.884/94, bem como a Lei 12.529/2011, que veio a dispor sobre acordos de leniência e compromissos de cessação de conduta.

2 Vale anotar, todavia, que o preâmbulo da Constituição Federal já direcionava o Estado brasileiro à busca de solução pacífica das controvérsias, seja na ordem interna, seja na ordem internacional.

Irrecusável ainda que o artigo 36, § 4º, da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) previu a autocomposição mesmo para as questões submetidas a ações de improbidade administrativa.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), por sua vez, expressou no seu artigo 26, incluído pela Lei 13.655/2018, a possibilidade de celebração de compromissos com os interessados para eliminar situação contenciosa na aplicação do Direito Público.[3]

O próprio Código de Processo Civil é especialmente dedicado a estimular a consensualidade em diversos de seus dispositivos, como se verifica, exemplificativamente, dos seus artigos 3º, 6º, 139, V, 165, 174, 190, 221 e 334.

Nesse ambiente normativo, não se pode ainda deixar de destacar o papel de diversos acordos e convenções internacionais para o fortalecimento da ideia de ajustes e concertações no âmbito punitivo estatal, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional.

De todo o modo, entende-se que a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), ao disciplinar o acordo de leniência em seus artigos 16 e 17, é o ponto inaugural da consensualidade no setor da improbidade administrativa.[4]

Não por outra razão, já seria defensável entender que a Lei Anticorrupção teria revogado a própria vedação do § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992, de modo a autorizar acordos no âmbito da LIA, uma vez ambas as normas se encontram no mesmo campo punitivo da improbidade administrativa.[5] Bem por isso, é fato notório que compromissos já vinham sendo pactuados pelo Ministério Público, inclusive com base em expressa resolução do CNMP (Resolução 179, de 26 de julho de 2017, artigo 1º, § 2º).

Esse conjunto de diretrizes direcionadas à consensualidade, evidentemente, representou uma significativa e profunda inovação no *ius puniendi* estatal, no que se inclui o Direito Administrativo Sancionador.

De outro lado, a ideia de que a consensualidade era incompatível com a tutela da probidade administrativa foi sendo particularmente desafiada pela adoção de métodos consensuais no próprio campo do Direito Penal (veja-se que, desde a Lei 9.099/95, inúmeros delitos contra a Administração Pública já admitiam a transação penal ou a suspensão condicional do processo), reconhecidamente uma modalidade mais gravosa de punição (em especial, deve-se destacar aqui a figura da colaboração premiada, na forma regida pelo artigo 4º da Lei 12.850/2013, a Lei do Crime Organizado).

Esse descompasso, por assim dizer, revelava-se de forma mais clara quando um mesmo fato sujeitava-se a sancionamentos tanto na esfera criminal quanto na esfera administrativa. Como já questio-

3 MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

4 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro:* breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020. p. 99.

5 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do Ministério Público Federal, nos 30 anos da Constituição Federal*. *In*: HIROSE, Regina Tamami (coord.). *Carreiras típicas de Estado*. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 197-198 *apud* LANE, Renata. *Acordos no domínio da improbidade administrativa*. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

nava a doutrina, como poderia haver um acordo no âmbito penal no qual o colaborador pode até mesmo obter o perdão judicial por seus crimes e não reconhecer a possibilidade da celebração de ajustes na improbidade?[6]

Com efeito, em dadas situações, os mesmos fatos permitiam que pessoas jurídicas celebrassem acordo de leniência (Lei 12.846/2013) e que pessoas físicas efetivassem colaboração premiada (Lei 12.850/2012), sem que houvesse, no entanto, qualquer alternativa – ao menos na literalidade da Lei 8.429/1992 – à judicialização da ação civil de improbidade administrativa.

Soava no mínimo incoerente que, no Brasil, fosse mitigado em algumas hipóteses o princípio da obrigatoriedade da ação penal mediante a utilização de acordos, mas, contraditoriamente, não se permita a composição entre o Ministério Público ou a Administração Pública e os investigados pela prática de ato de improbidade administrativa.[7]

A modificação promovida na LIA pela Lei 13.964/2019, portanto, insere-se nesse contexto legislativo de expansão da consensualidade.[8]

Já no plano da realidade empírica, essa virada de chave espelhou a incapacidade ou, ao menos, a insuficiência do modelo tradicional de sancionamento, a exigir a experimentação e a utilização de novas técnicas para um combate mais efetivo da prática de atos ilícitos e para uma solução mais célere[9] e econômica dos conflitos dela decorrentes.

De fato, seja por razões de ineficiência das estruturas estatais, seja em razão da sofisticação e da complexidade de determinadas organizações dedicadas à ilicitude, *negociar* passou a ser a única forma de se descobrir a extensão de certas práticas ilícitas, de punir, de ressarcir danos e de fazer cessar condutas indesejáveis.

Impensável em 1992, a pactuação entre o particular e o Poder Público revelou-se então não apenas recomendável, mas *imprescindível* no enfrentamento de determinadas infrações.

É aqui ilustrativo o dilema apresentado por Maurício Zockun e Gabriel Morettini e Castella: "'negociar e punir' ou 'não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução'".[10]

Como também já apontavam Eduardo Cambi e Cláudio Smirne Diniz, o debate do tema deve considerar a dificuldade de produção de provas em atos genericamente conceituados como de corrupção,

6 ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira.* Disponível em: http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/221/137. Acesso em: 10 set. 2021.

7 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "*Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual:* entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais *online*, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

8 O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, em 26 de julho de 2017, já havia editado a Resolução CNMP 179, cujo artigo 1º, § 2º, permitia "o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa". Essa postura do CNMP autorizou que também os Ministérios Públicos dos Estados regulamentassem a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, ainda antes do Pacote Anticrime.

9 Cf. art. 5º, LXXVIII, da CF.

10 ZOCKUN, Maurício; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. Programas de leniência e integridade como nonos instrumentos no Direito Administrativo Sancionador hodierno. *In*: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador.* Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 419.

dificuldade que decorre, dentre outros fatores, da sofisticação do processo de apropriação privada de bens públicos, assim como do fato de que, comumente, corruptor e corrupto são igualmente beneficiados e, assim, protegem-se mutuamente.

É nesse contexto que a colaboração do agente revela-se de fundamental importância, na medida em que permite que ao ente sancionador uma visão interna da estrutura organizada para a prática dos ilícitos, "o que engloba a hierarquização, a operacionalização, a destinação dos bens e os meios utilizados para a lavagem de ativos".[11]

Não é sem razão, portanto, que o artigo 17, § 1º, da LIA, com a redação conferida pela Lei 13.964/2019, veio a admitir o acordo de não persecução cível (ANPC).

Essa *evolução* na forma de sancionar pode ser, de fato, considerada uma mudança de direção do Poder Público em face da crise de impunidade e do aperfeiçoamento das organizações dedicadas às práticas ilícitas. É que, a partir do momento em que se admite e se legitima a possibilidade de negociação entre o ente sancionador e um dos participantes da ilicitude, coloca-se em permanente risco a própria relação de confiança entre os infratores, condição essencial para a formação e a estruturação de qualquer organização criminosa.

Como destaca Renata Lane, esse elemento de desestabilização é fundamental num cenário em que os atos ilícitos são, no mais das vezes, praticados na clandestinidade e por uma pluralidade de autores, como ocorre na formação de cartéis, corrupção de agentes estatais e tramas em contratos públicos.[12]

No tema, Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues expõe que, historicamente, a ideia geral de delação sempre esteve associada à falta de lealdade e à fraqueza moral. A desconstrução desse imaginário, no entanto, somente veio com a compreensão de que, quem colabora com o Estado, mais do que traindo seus antigos parceiros de ilicitudes, está colaborando com sociedade.[13]

Por outro lado, busca-se pela negociação aumentar o grau de cumprimento das sanções, comumente prejudicado por demorados e infindáveis trâmites processuais, especialmente nas ações de improbidade administrativa. Inegável, pode-se dizer, é a sensação de impunidade que decorre de litígios que se estendem por anos a fio.

Merece aqui registro o resultado da pesquisa da série "Justiça Pesquisa" do CNJ, concluída em 2014 e intitulada "Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade". Com base em dados empíricos colhidos junto a tribunais das cinco regiões do país, concluíram os pesquisadores, em relação à efetividade das decisões condenatórias, que as ações de improbidade administrativa "não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos". A par disso, a pesquisa constata também uma grave insuficiência da via da ação de improbidade administrativa como método único de solução de confli-

11 DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. Revista dos Tribunais. vol. 994/2018. p. 49-69. Ago./2018.

12 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 112.

13 RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada como espécie do gênero negócio jurídico processual e as inovações do Pacote Anticrime. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (organizadores). Pacote Anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 492.

tos nessa seara, o que, na prática, em nada altera a situação de impunidade.[14]

O caminho para a consensualidade, portanto, tem o objetivo de possibilitar a descoberta do ilícito e o respectivo sancionamento de forma mais rápida, menos dispendiosa e mais eficiente do que se verifica no sistema punitivo tradicional.[15]

É nesse contexto que se faz possível entender que a novidade da não persecução cível tem por escopo aprimorar o procedimento de apuração e de sancionamento dos atos de improbidade administrativa. A positivação da transação na Lei nº 8.429/1992, como aponta Fábio Medina Osório, além de conferir incontestável segurança jurídica, poderá permitir "que esquemas deletérios ao erário sejam descobertos, medida que, em última instância, caminha na contramão da impunidade".[16]

O resultado é que a consensualidade ingressou no Direito Administrativo Sancionador e, no particular, tende a tornar-se um importante método de resposta à improbidade administrativa.

Mas a consensualidade impacta, inegavelmente! E traz também desafios. Impacta porque representa a superação da ideia da impossibilidade de negociação com o Poder Público ou de que a pena deve ser sempre imposta, de forma unilateral e como uma resposta automática à infração, como se a sanção fosse uma finalidade em si mesma.[17] E transporta desafios porque permite um novo padrão de atuação do ente legitimado, para o que se exige ponderar as opções que melhor materializem o interesse público.

A correta visualização do tema, portanto, exige entender que se busca por meio da consensualidade também atingir o interesse público, bem como que, em determinadas situações, a negociação com o infrator será, especialmente numa visão *pragmática*, essencial para que a fiscalização e o sancionamento sejam verdadeiramente efetivos, céleres, menos custosos e adequados. Enfim, *eficientes*, conforme exige o próprio artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Naturalmente, essa alternativa – alternativa ao sistema tradicional de punição automática e unilateral – deverá permitir ao ente sancionador acordar a substituição, a atenuação ou mesmo a remissão de certas sanções àquele que se dispõe a colaborar. Como observa Rafaela Canetti, entretanto, se é essencial que a adesão ao instituto seja atraente ao particular, as benesses concedidas não podem ser tão generosas a ponto de não desestimular a prática de infrações ou de permitir que a prática delitiva seguida da colaboração torne-se banal ou mesmo lucrativa.[18]

14 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa. *Lei de Improbidade Administrativa*: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida *et al*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 85. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021.

15 Nesse sentido, cf. LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 119.

16 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 7 set. 2020.

17 Como ensina Alice Voronoff, a sanção administrativa "não é uma simples consequência que possa ser como uma finalidade em si mesma, mas é um instrumento a serviço de valores e objetivos caros à sociedade". Importante também registrar que a autora destaca, além do caráter instrumental, a função prospectiva e conformadora (de condutas) da sanção administrativa. (VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 104)

18 CANETTI, Rafaela Coutinho. Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 49-50.

Haverá aqui, pois, sempre um difícil equilíbrio: as vantagens representadas pelo acordo ao agente ímprobo não podem ir ao ponto de fazer com que o ilícito tenha valido a pena, mas há que se evitar que o instituto fique desprovido de qualquer atratividade.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL – ANPC

Quer se queira ou não, o acordo de não persecução cível – ANPC está agora expressamente previsto no artigo 17, § 1°, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), com a redação que lhe foi conferida pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime).

Como dito, a Lei 12.846/2013 já previa explicitamente a possibilidade de celebração de acordos de leniência que envolvessem atos de improbidade. Com isso, autorizadas vozes, como, por exemplo, Fábio Medina Osório,[19] entendiam que o então parágrafo primeiro do artigo 17, que proibia a transação ou conciliação em matéria de improbidade administrativa, teria sido afetado pela Lei Anticorrupção.

É de interesse anotar que Eduardo Cambi e Cláudio Smirne Diniz expressavam que mesmo os princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo também já permitiriam, independentemente de qualquer alteração legislativa, uma releitura da vedação constante do então artigo 17 da LIA.[20]

De modo semelhante, Fernando da Fonseca Gajardoni anota que a autocomposição já seria cabível, no âmbito da improbidade administrativa da Lei 8.429/1992, ao menos desde o advento do artigo 16 da Lei 12.846/2013 (acordo de leniência) ou da Resolução CNMP 179/2017. Todavia, o próprio autor observa que a vedação que existia e resistia na redação originária do artigo 17, § 1º, ensejava enormes dúvidas, "deixando considerável risco de anulação das avenças pelo Poder Judiciário, sob o argumento de que a LIA vedava, expressamente, a autocomposição em tema de improbidade administrativa".[21]

De todo o modo, o fato é que, até a superveniência da Lei 13.964/2019, não havia consenso sobre a possibilidade de acordos de não persecução no campo próprio da LIA, o que inegavelmente ensejava certa dose de desconfiança e de insegurança jurídica. Por essa razão, mesmo os defensores da revogação tácita do § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992 não negavam a pertinência de uma revogação expressa.[22]

O projeto legislativo (Projeto 882/2019) inicialmente proposto pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro, como parte do chamado Pacote Anticrime, continha originariamente a seguinte redação:

> Mudança na Lei nº 8.429/1992:
>
> Art. 17. (...)
>
> §1ºA transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por

19 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 16 set. 2021.

20 DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. Revista dos Tribunais. vol. 994/2018. p. 49-69. Ago./2018.

21 GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 459-460.

22 VORONOFF, Alice et al. Improbidade administrativa e consensualidade. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao--e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/improbidade-administrativa-e-consensualidade-08112019. Acesso em: 17 set. 2021.

> meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº12.846, de 1º de agosto de 2013.

A lei que restou aprovada pelo Poder Legislativo, no entanto, assim prescreve:

> Art. 17. (...)
>
> § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

É fato que, antes dessa previsão legal, havia também, na doutrina e na jurisprudência[23,] manifestações contrárias à admissibilidade de qualquer ajuste na seara da improbidade administrativa.

Contra a possibilidade de transacionar sobres as sanções, Marcos Roberto Funari e Motauri Ciocchetti de Souza, por exemplo, apontavam que a exegese a ser extraída da norma, quanto à improbidade administrativa, jamais poderia derivar por caminhos que levassem a uma autêntica "negociação sancionatória" com agentes ímprobos.[24]

A adoção de métodos consensuais no âmbito da Administração Pública sempre foi objeto de severas críticas, sobretudo em razão dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.[25] Isso porque, ao deixar de aplicar uma sanção administrativa em prol de uma solução consensual, o agente público estaria dispondo do seu dever de punir e de sua competência sancionatória, o que seria de todo inadmissível. Era a ideia de que a consensualidade significaria necessariamente ir de encontro ao interesse público.

Contudo, e como dito, entender que não se pode dispor do interesse público não significa a impossibilidade de transacionar os meios de atingi-lo.[26] A dizer de outro modo, não será necessário desconstruir a noção de interesse público para que a consensualidade tenha seu espaço. Muito pelo contrário!

A consensualidade pressupõe compreender que a via concertada não é uma forma de dispor do interesse público, mas, sim, um meio de atingi-lo.[27] O ato consensual, nessa perspectiva, corresponde ao próprio processo de satisfação do interesse público, sobretudo em razão dos possíveis efeitos positivos do acordo, como a efetividade, a economia de tempo e de custos e a maior adequação de uma solução nego-

23 Cf., por exemplo, STJ, AgInt no REsp 1.654.462/MT, Relator Ministro Sérgio Kukina.

24 FUNARI, Marcos Roberto; SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Composição civil em improbidade administrativa. Revista de Processo. vol. 291. p. 287-307. Maio 2019.

25 Não se desconhecem as recorrentes críticas formuladas à ideia de "interesse público". Nesse sentido, cf., por exemplo, Daniel Sarmento (Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010) e Juliana Bonacorsi de Palma (Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015). Nada obstante, e conforme anota Marcia Pelegrini, "a proteção do interesse público é o papel justificador da existência do Estado na busca das garantias constitucionalmente protegidas, tendo a fundamental missão de reduzir as desigualdades e promover a paz social, sendo, portanto, seu conteúdo, ainda que indeterminado e mutável, extraível do sistema positivo, sendo traço do Estado Social de Direito". (PELEGRINI, Marcia. A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Direito Administrativo Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 397)

26 Cf. RE 253885, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21/06/2002.

27 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 55.

ciada ante as especificidades da situação concreta.[28]

Demais disso, a atuação consensual não o impõe a prevalência do interesse privado sobre o interesse público. Diversamente, em muitas situações somente a consensualidade poderá atingir o interesse público de modo efetivo.

Por essa razão, a opção pela consensualidade deve exigir a devida justificação da autoridade competente, justificação que não pode ser genérica nem abstrata, mas que, ao contrário, deverá sempre explicitar que os ganhos advindos com a transação superam, no caso concreto, os resultados que se poderiam esperar de uma atuação sancionatória tradicional. Como sintetiza Marcia Pelegrini:

> A Administração Pública pode e deve assumir formas consensuais de solucionar conflitos, desde que o faça de forma motivada, conferindo tratamento isonômico, não negando a alguns o que coloca à disposição de outros em situação assemelhada, que observe o princípio da moralidade, dê ampla e plena publicidade e honre com os compromissos assumidos, conferindo segurança jurídica.
>
> Daí a relevância da detalhada justificativa da adoção dos meios consensuais, demonstrando os benefícios em detrimento dos custos de uma longa investigação, onde o particular deverá arcar com o ônus imposto, ainda que com restrições em sua esfera de direitos, não podendo resultar em mero perdão, prêmio ou benefício, mas convergência de vontades direcionadas a interesses que trarão benefícios a ambos. O particular, pelas suas próprias razões e dentro de sua liberdade de transacionar, e a Administração Pública, perseguindo o interesse público com a utilização de instrumentais disponibilizados como meios de alcance dos bens juridicamente protegidos e cumprimento de suas funções.29

Em conclusão, constata-se que as restrições à negociação envolvendo a Administração Pública cederam espaço e a legislação foi acolhendo a possibilidade. Com a Lei 13.964/2019, a questão atinente à impossibilidade de tais acordos resta agora superada com a nova disciplina normativa da Lei de Improbidade Administrativa.

No entanto, admitir os acordos de não persecução cível tornou-se o ponto de partida para inúmeras outras dúvidas e questionamentos. Muitas dessas questões decorrem, em verdade, da ausência de uma disciplina legal dos requisitos para um ANPC. É que, como resultado do veto presidencial ao artigo 17-A da Lei 8.429/1992, pode-se dizer que a LIA expressamente autoriza os acordos de não persecução cível, mas não disciplina as suas condições.

Nada obstante, a nova legislação, embora seja omissa quanto aos métodos e aos procedimentos para a implantação do acordo de não persecução cível, põe termo a um debate e viabilizada o instituto, além de alinhar o Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal.30 Por outras palavras, há consenso, na doutrina e na jurisprudência, de que a ausência de previsão legal dos requisitos do acordo não impede a celebração do ANPC.

Mas, evidentemente, não podem ser admitidos todo e qualquer tipo de pactuação entre os legi-

28 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 171-172.

29 PELEGRINI, Marcia. A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Direito Administrativo Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 410.

30 OSÓRIO, Fábio Medina. *Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial*. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 16 set. 2021.

timados.[31] Ou seja, se não se pode mais negar a possibilidade de soluções consensuais no âmbito da improbidade, importa delinear os limites em que os acordos poderão ser celebrados, sem que a consensualidade se transforme numa via de concessões ilegais ou indevidas ao agente ímprobo. E serão esses limites que, uma vez constantes da justificação e da motivação do ajuste, irão permitir o adequado controle (interno ou externo) da autocomposição.[32]

De outro lado, quanto à natureza jurídica do acordo, cabe registrar que se trata de *negócio jurídico* destinado à solução alternativa de conflitos entre o Ministério Público ou a própria Administração Pública e os agentes acusados da prática de improbidade administrativa.[33] A pactuação do acordo dependerá, assim, da manifestação livre da vontade das partes, no sentido de que não podem os legitimados estar obrigados a propor ou a aceitar qualquer ajuste.

É importante destacar, ademais, que o acordo de não persecução cível não se confunde com o negócio jurídico processual atípico que veio a ser previsto no CPC de 2015. Como registra Fábio Medina Osório:

> A natureza de direito material dos acordos de não persecução é também incontestável, uma vez que têm como consequência direta a revisão (ou até mesmo extinção) da punibilidade, em diversos aspectos, tais como multas, direitos políticos, proibição de contratar com a Administração, dentre outros. A própria colaboração premiada, como demonstramos, é instituto de finalidades processuais, mas de consequências jurídicas de natureza material, o que adquire maior peso na configuração de sua natureza jurídica. A essência do instituto é calculada em razão dos efeitos que produz e do regime jurídico que atrai.
>
> O fato de ostentar funcionalidades processuais, ou ser celebrada num processo, não torna a colaboração premiada, ou o termo de ajustamento de conduta, numa ferramenta de direito processual. Os destinatários desses instrumentos pretendem negociar o que? O objeto da negociação é, fundamentalmente, o direito material, e não o direito processual. O centro das negociações reside no campo do direito material.34

Inegavelmente, as consequências de uma eventual remissão ou redução de qualquer das sanções previstas na LIA são de natureza material.[35] Essa constatação, no entanto, não impede que negócios jurídicos processuais – respeitantes a mudanças no procedimento ou a ônus, poderes, faculdades e deveres *processuais* – sejam celebrados no curso de uma ação civil de improbidade. Em verdade, as convenções processuais tendem a ser inclusive necessárias para que o procedimento venha a ser adaptado ou flexibilizado em face do que restou *materialmente* acordado no ANPC.

De outro lado, há certo consenso de que o acordo de não persecução cível não representa um

31 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

32 PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 261, p. 467-497, nov. 2016.

33 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

34 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 7 set. 2021.

35 BRANDÃO, Nuno; CANOTILHO, J. J. Gomes. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 133. Ano 25. p. 133-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

direito subjetivo do investigado ou demandado.[36]

É de relevância anotar que Renata Lane também afirma que, em regra, a celebração de acordos pela Administração é uma opção discricionária. No entanto, acrescenta ela, a escolha entre celebrar um ajuste ou buscar o sancionamento pela via tradicional não prescinde da análise sobre a melhor forma de concretização do interesse público. E é no caso concreto e dentro da margem de liberdade conferida pelo legislador que será possível concluir se se deve proceder à pactuação ou aplicar unilateralmente a sanção.[37]

Reconhecendo que a discricionariedade não pode significar um "cheque em branco", Igor Pereira Pinheiro e Mauro Messias registram que a recusa a uma eventual proposta de acordo deve ser necessariamente fundamentada, especialmente no caso do *Parquet*, uma vez que haverá uma clara negativa ao interesse do investigado ou demandado, a permitir a aplicação da mesma *ratio* do artigo 50, inciso I, da Lei 9.784/1999.[38]

Também nesse sentido, Leydomar Nunes Pereira reitera que o MP e a pessoa jurídica interessada devem declinar das razões pelas quais se deixa de oportunizar o acordo, até mesmo como forma de permitir ao agente ímprobo questionar a recusa.[39]

No tema, vale citar o Enunciado 74 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Conselho da Justiça Federal nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, em Brasília/DF.[40]

Sob outro aspecto, a decantada discricionariedade não pode ir ao ponto de permitir que situações idênticas sejam imotivadamente tratadas de forma absolutamente diferentes.[41] De relevo, no ponto, é a observação de Mônica Lefèvre sobre a necessidade de coerência e de isonomia da Administração, quando expressa que não se pode permitir que a Administração eleja o acordo como a alternativa mais adequada diante de determinada conjuntura e simplesmente aja de forma unilateral em outros casos idênticos.[42]

Em remate, e inegavelmente, a margem da discricionariedade há de ser reduzida para os casos similares, a fim de evitar a quebra da isonomia e da impessoalidade, além da inobservância ao parágrafo

36 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 285. Na jurisprudência, cf.: STJ, AgInt no RtPaut no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp Nº 1.341.323 – RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 07.05.2020.

37 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 109.

38 PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021. p. 202.

39 PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução consensual na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 64. É de interesse mencionar o § 4º do art. 2º da Resolução nº 3/2021-CPJ do MP do Estado de Mato Grosso do Sul: "O membro do Ministério Público promoverá, sempre que possível, antes da propositura de eventual ação civil pública por ato de improbidade, a solução consensual do conflito, consignando nos autos, de forma motivada, sua tentativa, sua impossibilidade ou seu não cabimento".

40 "74. Havendo autorização legal para a utilização de métodos adequados de solução de controvérsias envolvendo órgãos, entidades ou pessoas jurídicas da Administração Pública, o agente público deverá: (i) analisar a admissibilidade de eventual pedido de resolução consensual do conflito; e (ii) justificar por escrito, com base em critérios objetivos, a decisão de rejeitar a proposta de acordo".

41 Em sentido aparentemente diverso, cite-se Juliana de Palma: "O mesmo direito à atuação administrativa consensual também não pode ser pleiteado pelo particular invocando precedente de mesma natureza em que tenha sido firmado o pacto ou comportamento consolidado". (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 285)

42 LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 141.

único do artigo 24 da LINDB.[43] Todavia, essa limitação da discricionariedade também não pode significar que os parâmetros já adotados em outros acordos sejam barreiras intransponíveis para avanços ou para ajustes que se revelarem necessários. O que se quer dizer é apenas que tratamentos *desiguais* devem exigir um reforço do respectivo ônus argumentativo.

3 ASPECTOS RELEVANTES E CONTROVERTIDOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Como aventado já na introdução, não se tem o propósito ou a pretensão de esgotar todos os aspectos relevantes e controvertidos sobre o novel acordo de não persecução civil. Não haveria aqui espaço para tanto. Por decorrência, os itens que se seguem serão dedicados às indagações sobre os possíveis momentos de celebração de um ANPC e sobre a (im)prescindibilidade da colaboração para fins de obtenção de provas.

3.1 Os possíveis momentos de celebração do acordo

Na Lei 8.429/1992, a redação original do seu artigo 17, §1º, expressamente vedava a transação, o acordo ou a conciliação no campo da improbidade administrativa, realidade que, como visto, foi profundamente modificada com as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019.

No entanto, os dispositivos do projeto aprovado pelo Poder Legislativo, que permitiam *explicitamente* a consensualidade na fase pré-processual (ou seja, ainda durante o trâmite de um inquérito civil público, instaurado pelo Ministério Público, ou durante um procedimento administrativo, iniciado pelo ente lesado para a averiguação de atos de improbidade), vieram a ser vetados pela Presidência da República. Com isso, foram mantidos no texto apenas o citado §1º e o § 10-A do artigo 17 da LIA:

> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
>
> § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.
>
> (...)
>
> § 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

De outro vértice, foi também objeto de veto o então artigo 17-A, que era assim redigido:

> Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:
>
> (...)
>
> § 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.
>
> § 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

43 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 110.

> § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.

O que se indaga no presente tópico é se, em face da legislação vigente (§ 1º e § 10-A do artigo 17), o ANPC pode ser admitido tanto na fase denominada de pré-processual quanto na fase processual. Ademais, se admitido o ANPC durante o curso de uma ação de improbidade, há então que se questionar até que instante procedimental o acordo poderia ser realizado.

De fato, e em face do citado § 10-A do artigo 17, poder-se-ia entender que somente há a permissão legal do ANPC para a fase processual[44] – e apenas até o momento da contestação. Mas, sob outra perspectiva, seria possível sustentar o contrário, isto é, que as próprias razões do veto presidencial (ao § 2º do artigo 17-A) impediriam o acordo na fase processual. Cite-se, pois, a justificativa do veto:

> A propositura legislativa, *ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade*, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação. (grifo nosso)

Como pondera Renata Lane, ao concordar com a motivação do veto presidencial, o acordo de não persecução cível supõe o não ajuizamento da ação justamente para evitar a judicialização. Acrescenta a autora que o Estado estaria dispondo da ação de improbidade administrativa para acordar com o interessado uma resposta ao ato ímprobo, com o intuito de encerrar o conflito de forma célere, sem a necessidade de ajuizar a demanda judicial para a imposição das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992.[45]

Nada obstante esses argumentos (sintetizados na afronta aos objetivos de celeridade e de desjudicialização ou mesmo na violação à vedação do comportamento contraditório por parte daquele que se negou ao acordo numa fase anterior), não se pode pretender fazer prevalecer as razões do veto sobre a lei que restou, ao final, publicada. E, inegavelmente, o § 10-A do artigo 17 da LIA trata especificamente do ANPC a ser celebrado em fase processual.

Assim, e em face da normativa em vigor, não há como negar que o ANPC possa ser pactuado após o ajuizamento da ação civil de improbidade.

Mas deve ainda ser registrado o respeitável entendimento de que, sendo admitido o ANPC na fase judicial, a própria lei teria estabelecido um limite para a sua celebração: somente até a contestação.

44 "De fato, como o Chefe do Poder Executivo nacional não sancionou integralmente o projeto em relação à LIA, o ajuste durante a instrução do inquérito civil ou mesmo de procedimento de investigação da Administração Pública foi implicitamente vedado". (SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020). Por igual: "Numa interpretação literal, o cabimento se daria apenas no curso da ação, porém faria muito mais sentido que o instituto fosse utilizado, justamente, antes da demanda". (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei n° 8.429/1992 pela Lei n° 13.964/2019. **Revista Interdisciplinar de Direito**. Curso de Direito do Centro Universitário de Valença. v. 18, n. 1, p. 145-162, jan./jun. 2020. Disponível em: http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845. Acesso em: 11 set. 2021)

45 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 179-180.

Igor Pereira Pinheiro e Mauro Messias igualmente defendem essa barreira temporal objetiva – o fim do prazo da contestação, devendo, no caso, o juiz designar a audiência de conciliação do artigo 334 do CPC –, até mesmo para evitar chicana processual ou atitudes meramente protelatórias, especialmente considerando que o bem jurídico tutelado (direito difuso e fundamental à probidade administrativa) não pode estar submetido ao talante processual do réu. Afirmam os autores:

> Deixar a máquina judicial conduzir um feito até o liminar de seu limite final como forma de estratégia, para, próximo do fim e diante de um cenário de possível condenação ou mesmo de improcedência recursal, permitir o acordo vai de encontro à finalidade concebida para a criação do instituto e depõe contra a boa-fé processual.46

No mesmo sentido, Wallace Paiva Martins Junior compreende existir, sob o prisma do direito em vigor, marcos temporais bem definidos, uma vez que o artigo 17-A da Lei 8.429/1192 foi vetado e o § 10-A estabelece uma oportunidade adicional apenas até a contestação no processo judicial.[47]

Também Renata Lane, a considerar a regra estabelecida no § 10-A do artigo 17 da LIA, afirma que não se trata apenas de uma regra processual de interrupção do prazo para contestação, mas, sim, de uma norma que limitaria o momento de celebração do ajuste. A autora observa, no entanto, que esse limite se refere às ações de improbidade administrativa ajuizadas após a Lei 13.964/2019, uma vez que, para as ações que já estavam em curso, seria possível a celebração do ANPC após a contestação, eis que se trata de "norma mais benéfica ao réu, sendo possível retroagir".[48]

Diga-se que há também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça decisão colegiada nesse mesmo sentido:

> (...)
> 3. O pedido de sobrestamento decorrente da possibilidade de acordo advinda com a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), no âmbito da ação de improbidade, deve ocorrer até a apresentação da contestação, evidenciando o esvaziamento da pretensão formulada pelo recorrente, à vista da atual fase processual.
> 4. Agravo interno e pedido de sobrestamento não conhecidos.[49]

Por igual, vale citar o seguinte trecho de decisão monocrática do Ministro Mauro Campbell Marques:

> (...)
> Observa-se, portanto, que a previsão legal limita a formalização do acordo de não persecução cível ao prazo para contestação - § 10-A do art. 17 da Lei 8.429/92 - de modo que não é legalmente pos-

46 PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021. p. 188-189.

47 O próprio autor, contudo, não ignora a possibilidade de divergência de entendimentos, sopesando-se, de um lado, a limitação legal e, de outro, a funcionalidade do instituto. Por essa razão, destaca ele a necessidade de cautela para evitar o arrefecimento da repressão à improbidade, de modo que, por exemplo, o acordo não se torne uma via de "revisão indireta da condenação judicial à míngua de qualquer proveito ao interesse público". (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Acordo de não persecução cível. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). Acordos de não persecução penal e cível. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 339-340)

48 LANE, Renata. Acordos na improbidade administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 195-197. No mesmo sentido: PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução consensual na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 70.

49 STJ, 1ª turma, AgInt no REsp 1.659.082/PB, DJe 18.12.2020.

> sível o acolhimento do requerimento ora apresentado por réu da ação de improbidade.
>
> Não obstante, nota-se que o Ministério Público do Estado de São Paulo, legitimado no caso concreto, afirmou expressamente a ausência de interesse na celebração de acordo, pois os fatos imputados são gravíssimos, o processo está em fase avançada e as sanções já foram definidas - a efetivação do acordo desatende o interesse público e não se mostra o meio mais vantajoso neste momento (fl. 701 e-STJ). Diante o exposto, diante do impedimento legal à composição neste momento processual, julgo prejudicado o pedido.[50]

Cabe também registrar a existência, na doutrina, de posição no sentido de que o ANPC poderia ser utilizado mesmo *após* a contestação, porém somente antes da sentença, a qual não poderia ser modificada por meio de um negócio jurídico. Assim, por exemplo, Calil Simão defende que tais ajustes somente podem ser celebrados até a sentença, uma vez os acordos não teriam sido instituídos para modificar provimentos condenatórios nem para permitir que o magistrado altere substancialmente a sua sentença com base num negócio jurídico superveniente.[51]

Mas há ainda posição no sentido de que o acordo de não persecução cível deve ter por limite somente o momento do trânsito em julgado da sentença de mérito, a qual apenas poderia ser modificada pela ação rescisória, prevista no artigo 966 do CPC.

De todo o modo, acredita-se que limitar o acordo ao momento de apresentação da defesa não corresponde à melhor interpretação.

Conforme expressa o artigo 3º do Código de Processo Civil, a solução consensual dos conflitos deverá ser estimulada no curso de *todo* o processo judicial, não havendo na contestação nenhum limite temporal para a consensualidade. Ademais, o artigo 4º da lei processual estabelece que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída* a atividade satisfativa. Não se pode também deixar de mencionar que o artigo 139, V, do CPC, determina incumbir ao juiz promover, *a qualquer tempo*, a autocomposição.

Sobre o tema, Fábio Medina Osório informa que, entre as modificações promovidas pelo Poder Legislativo na proposta original, está a inserção do § 10-A no artigo 17, para permitir a suspensão do prazo de contestação nas ações por improbidade administrativa durante as tratativas de um acordo, o que, no entanto, *não* pode significar um impedimento para que o ajuste ocorra em fase posterior à defesa.[52]

Veja-se que, por ocasião do julgamento do Acordo no AREsp 1.467.807/GO, o STJ chegou a homologar acordo de não persecução cível firmado já em fase de recurso especial:

> Trata-se de pedido de homologação de acordo celebrado entre as partes, com extinção do processo, nos termos do artigo 487, inciso III, alínea "b", do Código de Processo Civil (fls. 1052-1053, e-STJ). Conforme estabelece o art. 487, III, "b", do CPC/2015, a homologação da autocomposição das partes acerca do objeto litigioso resulta na resolução do mérito.
>
> Diante do exposto, julgo prejudicado o agravo interno das fls. 940-987, e-STJ, por perda de objeto, ho-

50 STJ, PET no AREsp 1.611.266/SP, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 23.10.2020.

51 SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa*: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 418.

52 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https: //migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 7 set. 2021.

> mologo o acordo noticiado às fls. 1.052-1.061, e-STJ, e extingo o processo com resolução do mérito.
> Após o trânsito em julgado, encaminhem-se os autos à origem. Publique-se.
> Intimem-se.
> Brasília (DF), 19 de maio de 2020.
> MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator[53]

No entanto, é fato que, neste caso, o MPF, na condição de *custos legis*, interpôs agravo interno contra a decisão homologatória do acordo firmado entre um Promotor de Justiça de primeiro grau e os réus, já condenados nas etapas jurisdicionais precedentes. Em razão desse recurso do MPF, o Ministro relator tornou sem efeito a homologação do ajuste e submeteu a questão ao colegiado (AgInt no Acordo no AREsp 1.467.807/GO, *ainda pendente de julgamento*):

> (...)
> O Ministério Público do Estado de Goiás e os réus requereram nestes autos a homologação de acordo em Ação de Improbidade Administrativa, por meio do qual se transacionou sobre as sanções impostas pelas instâncias ordinárias, mantendo o impedimento de contratar com o Poder Público e a imposição de multa, mas excluindo a suspensão de direitos políticos.
> (...)
> Embora tenha homologado o acordo (fl. 1.063, e-STJ), reputo relevantes os argumentos expendidos pelo agravante.
> A possibilidade de acordo em Ação de Improbidade é tema ainda não discutido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
> Torna-se, assim, imperioso que haja pronunciamento colegiado, especialmente no caso dos autos, em que a avença está sendo proposta após dupla condenação nas instâncias ordinárias e decisão monocrática de não conhecimento do apelo na instância superior.
> Ante o exposto, com fulcro no art. 1.021, § 2º, do CPC, c/c o art. 259 do RISTJ, reconsidero a decisão agravada, para tornar sem efeito a homologação feita à fl. 1.063, e-STJ.
> Após a comunicação das partes, voltem-me os autos conclusos.
> Publique-se.
> Intimem-se.
> Brasília, 15 de outubro de 2020.
> MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator[54]

Num outro caso, referente aos autos da ação civil pública 1004266-29.2016.8.26.0462, o Ministério Público do Estado de São Paulo (2ª Promotoria de Justiça de Poá/SP) celebrou um ANPC com um dos réus (uma empresa dedicada à locação de equipamentos médico-hospitalares) mesmo após a sentença condenatória de primeiro grau.

Nesse acordo, homologado pelo próprio juiz antes do julgamento dos embargos de declaração apresentados em face da aludida sentença, restou justificada a excepcional situação da saúde pública nacional (em razão da pandemia COVID-19) para afastar a sanção judicial de proibição de contratar com o Poder Público.[55] A ação de improbidade administrativa foi então extinta em da face empresa, que, além de reconhecer ter contratado com o ente municipal sem a devida licitação, assumiu as obrigações de ressarcir o erário e de adimplir o pagamento de multa civil por meio da entrega de dois ventiladores pulmonares. O

53 STJ, Acordo no AREsp 1.467.807-GO, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 02.06.2020.

54 STJ, AgInt no Acordo no AREsp 1.467.807-GO, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 12.11.2020.

55 SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 416.

feito prosseguiu em face do corréu que não participou do ajuste (prefeito municipal) e a sua condenação veio a ser mantida pelo TJ/SP.

Vale anotar que a Nota Técnica nº 02/2020-PGJ/CAOPP do Ministério Público do Estado de São Paulo bem demonstra que a predefinição de uma preclusão temporal para o ANPC, seja na fase da contestação, seja em outro momento, poderá ser prejudicial à tutela da probidade administrativa. Basta imaginar, diz a normativa, uma hipótese em que o réu, embora recalcitrante em celebrar o ANPC, decide fazê-lo só após a sentença, mas mediante o compromisso de identificar todos os demais responsáveis pelo ilícito, bem como de colaborar para a efetiva recuperação dos valores subtraídos do erário.

Não celebrar o acordo representaria aqui, isso sim, abrir mão de uma proteção mais ampla e eficiente ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

Enfim, mais importante do que prefixar abstratamente momentos para a celebração do acordo, será reconhecer e demonstrar que o ajuste celebrado vai ao encontro do melhor caminho para a defesa da probidade administrativa.

Calha observar que há na doutrina inclusive quem entenda pela possibilidade de acordos na fase de cumprimento da sentença:

> Por fim, é importante destacar que, em fase de execução, o acordo somente será possível caso ainda não tenha havido a identificação dos demais agentes infratores ou ainda não tenha sido reunidas provas suficientes contra os mesmos, devendo os benefícios se darem na medida da contribuição e, levando em conta, sobretudo, que não se poderá, nesse momento processual, conceder os benefícios na mesma proporção em que poderiam ser concedidos na fase de investigação, sob pena de banalizar o instrumento.[56]

Há que se concordar, todavia, que admitir o ANPC após a contestação demandará sempre uma especial motivação, na medida em que, conforme o avanço das fases processuais, deverá ter lugar uma maior exigência para a celebração do ajuste, com a consequente diminuição dos benefícios que podem ser concedidos ao demandado. Em outros termos, e sempre ressalvadas as peculiaridades do caso concreto, não se pode, em regra, conceder as mesmas vantagens àquele que firmou o acordo antes do ajuizamento da ação e àquele que somente se dispôs a pactuar, por exemplo, após o encerramento de uma complexa fase instrutória ou já após uma condenação em primeiro grau. Como bem expõe Renata Lane:

> Ocorre que, ao permitir a celebração do acordo de não persecução cível em duas oportunidades, a negociação entre as partes deveria sofrer um influxo do princípio da proporcionalidade com relação às obrigações a serem assumidas pelo interessado: antes do ajuizamento da ação, as obrigações acertadas deveriam ser menos rigorosas que as obrigações acordadas em uma segunda oportunidade. Isto é, ajuizada a ação de improbidade administrativa, tal fato deveria ser considerado na proporcionalidade da sanção a ser acordada entre as partes por meio do instrumento de não persecução cível.[57]

56 BEDÊ JUNIOR, Américo; BREDA, Lara Carvalho. O acordo de leniência e a derrogação tácita da vedação para realização de acordo no âmbito da improbidade administrativa. Revista de Processo. vol. 314. ano 46. p. 249-282. São Paulo: Ed. RT, abr. 2021.

57 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 184-185. Essa mesma lógica pode ser destacada da opinião de Thiago Marrara, quando, embora tratando do acordo de leniência, sugere que para o acordo prévio seria ideal que se garantisse um benefício maior, já que o infrator admite algo até então ignorado pelo Estado. (MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). Lei Anticorrupção comentada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 223)

Obviamente, essa distinção entre as fases pré-processual e processual de celebração do ANPC, como um critério de dosimetria da sanção a ser pactuada, não pode excluir outras ponderações, como a conduta do agente, o proveito patrimonial obtido, a consumação ou não da infração, a extensão do dano, a situação econômica do infrator etc., conforme orienta o próprio artigo 12 da LIA e, por analogia, também o artigo 7º da Lei 12.846/2013.

Já sobre a possibilidade de o ANPC ser celebrado na fase pré-processual, e embora o § 10-A do artigo 17 da LIA trate unicamente do ANPC judicial, não há como questionar que a previsão genérica do § 1º do citado artigo 17 autoriza a realização do acordo antes da propositura da demanda.

Por esse lado, Fábio Medina Osório admite a ampla possibilidade de que um acordo de não persecução cível seja pactuado nos autos de um inquérito civil ou em procedimento administrativo instaurado pelo ente lesado.[58] Pontuam também Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques que, mediante uma interpretação sistemática, nada impede a formalização do acordo na fase pré-processual, pois se trata de instrumento que visa a evitar, como o próprio *nomen juris* sugere, a persecução, que, no caso, é o processo da ação de improbidade administrativa. Sobre a incoerência que resultaria de qualquer interpretação diversa, assim acrescentam os autores:

> Se não forem aceitos tais ajustes durante a investigação, haverá grave discrepância entre os instrumentos penais e civis, percebida, empiricamente, com facilidade. Com efeito, se um agente público cometer, por exemplo, crime de peculato, poderá subscrever um Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), pois preenchidos os requisitos previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal (com redação pela Lei 13.964/2019) e do art. 18 da Resolução CNMP 181/2017. Caso cumpra as condições ajustadas com o *Parquet*, o agente sequer será processado. No entanto, a sua situação durante a investigação por ato de improbidade administrativa não será a mesma: inexistindo a possibilidade de firmar acordo extrajudicial, por causa da aplicação pura e simples do novo texto da LIA, poderá ser processado e condenado por ter admitido o ato ilícito.[59]

Fernando da Fonseca Gajardoni igualmente expressa que as partes podem celebrar ajustes antes, com base no artigo 17, § 1º, da LIA, ou durante o curso da ação civil de improbidade (artigo 17, § 10-A).[60]

Mas há que se reconhecer que é na pactuação pré-processual que o ajuste tende a contemplar uma mais rápida obtenção de elementos de provas e recuperação de ativos desviados do erário, bem como melhor contribuir com a celeridade da solução do conflito.[61] O objetivo da consensualidade, nessa ótica, revela-se mais coerente com a própria fase pré-processual.

Deveras, há inclusive quem entendia que a então redação original – e proibitiva – do artigo 17,

58 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https: //migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 7 set. 2021. Defende também a possibilidade de celebração do ANPC na fase extrajudicial: SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 437.

59 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

60 GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 460-461.

61 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

§ 1º, da LIA sequer vedava a celebração de acordo na fase pré-processual, mas somente na fase processual, justamente porque o ajuizamento da ação já pressupunha elementos suficientes de autoria e materialidade, o que subtrairia o interesse na celebração do ajuste.[62]

Por fim, vale registrar que nada impede que o ANPC tenha por objeto fatos anteriores à atual redação do artigo 17, § 1º, da LIA, eis que, sob o prisma do direito punitivo, a lei poderá retroagir para beneficiar o réu. Ademais, e se a própria justificação do acordo pressupõe também benefícios ao interesse público, não há razão para negar a possibilidade de aplicação retroativa da lei.[63]

3.2 A colaboração para a obtenção de provas

Reserva-se o presente tópico para analisar se a pactuação do ANPC deve necessariamente estar atrelada à finalidade de obtenção de provas, a exemplo dos acordos de leniência (Lei 12.846/2013) e de colaboração premiada (Lei 12.850/2013).

Ao retratar a omissão da Lei 8.429/1992 quanto às condições para a celebração de um ANPC, Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques afirmam, por exemplo, que nada impede seja celebrado o ajuste utilizando-se, por analogia, do disposto na Lei Anticorrupção, a qual autoriza o acordo de leniência desde que o responsável pelo ato ilícito colabore na identificação dos demais envolvidos, quando couber, e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem os atos sob apuração. Por isso, concluem os autores que "podem ser considerados como requisitos do ANPC aqueles previstos no § 1º do art. 16 da Lei 12.846/2013".[64]

Embora a apresentação de provas deva ser considerada um importante elemento de justificação do acordo – e também um não menos importante critério para a isenção ou redução das sanções –, não se pode ignorar, todavia, a possibilidade de o ANPC restar celebrado mesmo sem essa colaboração probatória.[65]

Na doutrina, Renata Lane expressa que seria equivocado exigir a obrigatoriedade da colaboração do agente ímprobo, que aceitará a aplicação imediata das sanções propostas pelo ente legitimado, ainda que a improbidade administrativa tenha sido praticada em concurso de pessoas, pois não se pode confundir o ANPC com o acordo de leniência.[66] É também nesse sentido a orientação de Landolfo Andrade, para quem o acordo de não persecução cível, assim como o ANPP, dispensam a colaboração probatória.[67]

62 SANTOS, Kleber Bispo dos. Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 157-158. No mesmo sentido: LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FERREIRA, Jussara Borges. Mediação, conciliação e acordos nos atos de improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 182.

63 Nesse sentido, Calil Simão fala que o ANPC deve constituir um "benefício bifronte". (SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 420).

64 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

65 Nesse sentido, Calil Simão expressa que o ANPC se diferencia do acordo de leniência por "não reclamar que o agente colabore com as investigações" e "não constituir um instrumento de investigação ou de auxílio a ela". (SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 417)

66 Contudo, a autora admite que, havendo colaboração, tal situação poderá ser considerada na dosimetria da sanção, muito embora, considera ela, "o ANPC não seja um instrumento essencialmente colaborativo". (LANE, Renata. Acordos na improbidade administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 198-199)

67 ANDRADE, Landolfo. Autocomposição na esfera da Improbidade Administrativa. Disponível em: https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/565364345/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa. Acesso em: 12 set. 2021.

E certamente assim ocorrerá quando o ato de improbidade administrativa, por exemplo, puder ser considerado de menor extensão e tiver sido praticado por um único agente, ou seja, pelo próprio celebrante. Do contrário, ter-se-ia que admitir, *impropriamente*, que somente os investigados por fatos de maior complexidade e em concurso com outros agentes – como sói ocorrer nos casos mais graves e reprováveis – poderiam se beneficiar do acordo.

O acordo de não persecução cível, portanto, poderá restar justificado sem que haja necessariamente a inclusão de cláusulas de colaboração para a obtenção de provas respeitantes aos fatos investigados ou a eventuais outros agentes.

Noutras palavras, e embora seja possível – e muitas vezes será até mesmo imprescindível – que o acordo seja celebrado visando à aquisição de provas sobre os fatos em apuração ou sobre a participação de outros envolvidos, nada impede que o ANPC, a depender da situação concreta (ou seja, a depender da realidade fática, das vantagens de uma solução célere do conflito em face da estimativa de demora do trâmite processual, do cumprimento efetivo da sanção ajustada, do rápido ressarcimento do dano, da cessão da prática da improbidade etc.), seja celebrado sem cláusulas de colaboração probatória.

Nesse sentido, Sofia Cavalcanti Campelo afirma que, no acordo celebrado como forma de solucionar o conflito, não há a exigência de colaboração com as investigações. Assim, "sendo esta a opção legislativa, pode-se, por exemplo, optar por abrandar as sanções da LIA pela simples disposição do réu de não contestar a ação e de reparar os danos".[68]

Tal conclusão, todavia, não significa admitir que o celebrante esteja autorizado a esconder a realidade ou esteja autorizado a se omitir em revelar o que sabe sobre os atos objeto da investigação, especialmente quando se tratar de atos de improbidade praticados em concurso de pessoas ou em continuidade delitiva. E é para evitar esse reprovável comportamento que o acordo necessariamente deverá prever, como consequência da eventual exposição dos fatos em desacordo com a verdade, a perda dos benefícios pactuados.

Enfim, e a despeito da inexistência da colaboração probatória, poderá ser suficiente para permitir e justificar a celebração do ANPC – com a consequente fixação consensual de sanções – o escopo, o caro escopo de se conferir uma resposta efetiva e célere aos atos que ofendam a probidade administrativa, o que muitas vezes somente será possível quando se evita uma morosa, custosa e incerta lide judicial.

No entanto, e a depender da complexidade das circunstâncias fáticas, o incentivo à colaboração probatória deve ser uma preocupação do ente legitimado, seja para, dentro de seu espaço de discricionariedade, negar o acordo, seja para permitir a concessão de maiores vantagens àquele que efetivamente contribuir para a identificação da real extensão objetiva e subjetiva do ilícito.

CONCLUSÃO

1. A modificação promovida na LIA pela Lei 13.964/2019 insere-se num contexto normativo de expansão da consensualidade no domínio do Direito Administrativo Sancionador. Iniciadas com a previsão da figura do compromisso de ajustamento de conduta no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, as

68 CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em ação de improbidade administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 1011. ano 109. p. 23-50. jan. 2020.

inovações tiverem continuidade com as Leis 10.149/2000, 12.529/2011, 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), 13.140/2015 (Lei da Mediação), com o próprio Código de Processo Civil, pródigo ao estimular a solução consensual de conflitos, e com a Lei 13.655/2018, em razão das alterações promovidas na LINDB.

2. Pode-se dizer que a busca pela alternativa da pactuação espelhou a insuficiência do modelo tradicional de sancionamento, que passou a demandar a experimentação de novas técnicas para um combate mais efetivo da prática de atos ilícitos e para uma solução mais célere e econômica dos conflitos dela decorrentes. Seja pela ineficiência desse modelo tradicional (e unilateral), seja em razão da sofisticação e complexidade de determinadas organizações dedicadas à ilicitude, negociar passou a ser a única forma de identificar a extensão de certas práticas ilícitas, de punir e de ressarcir danos.

3. De outro lado, a ideia de que a consensualidade era incompatível com a tutela da probidade administrativa foi sendo desafiada pela adoção de métodos consensuais no próprio campo do Direito Penal.

4. Não é sem razão, portanto, que o artigo 17, §1º, da LIA, com a redação conferida pela Lei 13.964/2019, passou a admitir o acordo de não persecução cível (ANPC).

5. Busca a consensualidade, ademais, aumentar o grau de cumprimento das sanções e diminuir a inegável sensação de impunidade, em contraponto aos infindáveis trâmites processuais comumente verificados nas ações civis de improbidade administrativa.

6. Mas a consensualidade ainda impacta e transporta desafios. Impacta porque representa a superação da ideia da impossibilidade de negociação com o Poder Público ou de que a sanção deve ser sempre imposta de forma unilateral e como uma resposta automática a qualquer infração. E traz desafios porque exige um novo padrão de atuação do ente legitimado, ao qual fica autorizado acordar a substituição, atenuação ou mesmo a remissão de certas penalidades. Desse modo, haverá aqui sempre um difícil equilíbrio: as vantagens representadas pelo acordo não podem ir ao ponto de fazer com que o ilícito tenha valido a pena, mas há que se evitar que o instituto fique desprovido de atratividade.

7. Não se pode nem se deve buscar descontruir a ideia de interesse público para se admitir a consensualidade. Muito pelo contrário! A consensualidade pressupõe justamente a compreensão de que a via concertada não seria uma forma de dispor do interesse público, mas, sim, um meio de atingi-lo, com efetividade, economia de tempo e de custos e com uma maior adequação da solução negociada em face das especificidades da situação concreta.

8. Bem por isso, a opção pela consensualidade deve exigir a devida justificação da autoridade competente, justificação que deverá, concretamente, explicitar que os ganhos advindos com a transação superam os resultados que se poderia esperar de uma atuação sancionatória tradicional.

9. Quanto à sua natureza jurídica, cabe registrar que o acordo não se confunde com o negócio jurídico processual atípico que veio a ser previsto no CPC, na medida em que, inegavelmente, as consequências de um eventual perdão, redução ou substituição de qualquer das sanções previstas na lei são de natureza *material*.

10. Há certo consenso de que o ANPC não representa um direito subjetivo do investigado ou demandado. Contudo, a discricionariedade administrativa não pode ir ao ponto de permitir que situações

idênticas sejam tratadas de forma absolutamente diferentes, sob pena de afronta aos deveres de coerência e de isonomia. Mas essa redução da discricionariedade também não pode significar que os parâmetros já adotados em outros acordos sejam barreiras intransponíveis para avanços ou para ajustes que se revelarem necessários, de modo que eventuais tratamentos desiguais para situações semelhantes devem sempre exigir um reforço do ônus argumentativo.

11. Muitas das dúvidas e questões que assombram o ANPC decorrem, em verdade, da ausência de uma disciplina legal de seus requisitos. É que, como resultado do veto presidencial ao artigo 17-A da Lei 8.429/1992, pode-se dizer que a LIA expressamente autoriza os acordos de não persecução cível, mas não disciplina os seus requisitos e condições.

12. No presente artigo, foram, ao final, abordadas as questões sobre os possíveis momentos de celebração do ANPC e sobre a necessidade de colaboração probatória.

13. Especificamente no que respeita à indagação sobre os possíveis momentos de celebração, pode-se concluir que o acordo poderá ser celebrado tanto na fase pré-processual quanto na fase processual. Mas, inegavelmente, a negociação efetivada em momentos posteriores à contestação deverá sempre demandar uma especial motivação.

14. Por fim, e a despeito da inexistência da colaboração probatória pelo réu ou investigado, poderá ser suficiente para permitir e justificar a celebração do ANPC o escopo de se conferir uma resposta efetiva e célere aos atos que ofendam a probidade administrativa, o que muitas vezes somente será possível quando se evita uma morosa, custosa e incerta lide judicial. No entanto, e a depender da complexidade das circunstâncias fáticas, poderá o ente legitimado, dentro de seu espaço de discricionariedade, negar o acordo ou mesmo permitir a concessão de maiores vantagens àquele que efetivamente contribuir para a identificação da real extensão objetiva e subjetiva do ilícito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. Autocomposição na esfera da Improbidade Administrativa. Disponível em: https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/565364345/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa. Acesso em: 12 jul. 2021.

BEDÊ JUNIOR, Américo; BREDA, Lara Carvalho. O acordo de leniência e a derrogação tácita da vedação para realização de acordo no âmbito da improbidade administrativa. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 46, nº 314, p. 249-282, abr. 2021.

BRANDÃO, Nuno; CANOTILHO, J.J Gomes. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: RT, jul. 2017.

CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em ação de improbidade administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 1011. ano 109. p. 23-50. jan. 2020.

CANETTI, Rafaela Coutinho. Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu trans-

plante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. Revista dos Tribunais. vol. 994/2018. p. 49-69. ago./2018.

FUNARI, Marcos Roberto; SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Composição civil em improbidade administrativa. Revista de Processo. vol. 291. p. 287-307. Maio 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

LANE, Renata. Acordos na improbidade administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Acordo de não persecução cível. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). Acordos de não persecução penal e cível. Salvador: JusPodivm, 2021.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 7 set. 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 261, p. 467-497, nov. 2016.

PELEGRINI, Marcia. A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). Direito Administrativo

Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução consensual na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei n° 8.429/1992 pela Lei n° 13.964/2019. Revista Interdisciplinar de Direito. Curso de Direito do Centro Universitário de Valença. v. 18, n. 1, p. 145-162, jan./jun. 2020. Disponível em: http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845. Acesso em: 11 jul. 2021.

ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira. Disponível em: http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/221/137. Acesso em: 10 set. 2021.

RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada como espécie do gênero negócio jurídico processual e as inovações do Pacote Anticrime. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (organizadores). Pacote Anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021.

VORONOFF, Alice et al. Improbidade administrativa e consensualidade. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/improbidade-administrativa-e-consensualidade-08112019. Acesso em: 17 set. 2021.

VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZOCKUN, Maurício; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. Programas de leniência e integridade como nonos instrumentos no Direito Administrativo Sancionador hodierno. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Direito Administrativo Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POSSIBILIDADES E DESAFIOS APÓS A LEI Nº. 13.129/2015

Larissa Alderete Betio de Oliveira[1]

RESUMO

A arbitragem é um método heterocompositivo de solução de conflitos no qual as partes submetem o litígio a uma terceira parte imparcial. Trata-se de um método alternativo de solução de demandas, mais célere e menos burocrático que o judiciário. Por certo período debateu-se na doutrina e jurisprudência a respeito da possibilidade de a Administração Pública dirimir seus conflitos através de métodos alternativos, porquanto o Direito Público pauta-se essencialmente no princípio da indisponibilidade do interesse público. Contudo, essa questão foi pacificada após a mudança legislativa na Lei nº. 9.307/96, que passou a prever expressamente a arbitragem nas relações da Administração Pública. O presente trabalho aborda o aparente conflito da arbitragem com os princípios constitucionais que regem a Administração, bem como as especificidades para a aplicação da arbitragem pelos órgãos da Administração Pública direta e indireta, como forma efetiva de se garantir a satisfação do interesse público e o acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Administração Pública; Indisponibilidade do Interesse Público; Lei nº. 9.307/96.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Acesso à justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos. 2. Breve análise da Lei de Arbitragem vigente no Brasil. 2.1. Conceito e natureza jurídica. 2.2 A arbitrabilidade objetiva e subjetiva. 2.3. A cláusula compromissória e o compromisso arbitral. 3. Os desafios da arbitragem na Administração Pública. 3.1. A arbitragem e os princípios constitucionais da Administração Pública. 3.2. Especificidades da aplicação da arbitragem pela Administração Pública. Conclusão. Referência Bibliográfica.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é garantia mínima à dignidade humana e deve ser assegurado pelo Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal brasileira elenca este direito como garantia fundamental, o que significa dizer "essenciais para que o ser humano seja tratado com dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana" (PORTELA, 2012, 769).

1 Graduada em direito pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, pós-graduada em direito público pela EDAMP, mediadora de conflitos, colaboradora na plataforma online de solução de conflitos Leegol do ReclameAqui e assessora jurídica na Procuradoria-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul.

Formas alternativas de solução de litígios têm apontado um caminho mais célere, menos custoso e mais eficiente para garantir o acesso à justiça, e podem ser o recurso para desafogar os órgãos jurisdicionais.

Muito se discutiu na doutrina a respeito da possibilidade de que demandas envolvendo a Administração Pública fossem solucionadas por métodos alternativos, dentre eles, a arbitragem.

Contudo, a Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/96) trouxe consideráveis transformações para este contexto no ambiente brasileiro, em especial após a mudança legislativa trazida pela Lei nº. 13.129 de 2015, quando a Lei nº. 9.307/96 passou a prever expressamente a possibilidade de se levar conflitos do ente público para a solução arbitral.

Tratando dessas novas disposições minuciosamente, percebemos que para lidar com a arbitragem nas relações da Administração Púbica deparamo-nos com o conflito entre o citado instituto e o os princípios da administração previstos na Constituição Federal, pois, consoante sabido, o Direito Administrativo pauta-se na supremacia e indisponibilidade do interesse público, e por outro lado a arbitragem reflete o princípio da autonomia da vontade privada, e se estabelece pela vontade das partes.

Este artigo trabalha a alternativa de tratar as relações das quais a Administração Pública é parte no âmbito do sistema arbitral, como forma efetiva de se garantir a satisfação do interesse público e a efetividade da justiça.

Para tanto, dispõe de comentários à Lei de Arbitragem com o intuito de expor os conceitos básicos de arbitragem, sua natureza jurídica, características, e sob quais condições este instituto pode ser admitido no âmbito brasileiro.

Em seguida há uma síntese do aparente conflito entre princípios constitucionais da Administração Pública e a arbitragem, bem como a análise das especificidades que a arbitragem exige para sua aplicação pelos órgãos da administração direta ou indireta.

Utilizamos como metodologia a pesquisa bibliográfica para fundamentação do presente trabalho científico, através de obras doutrinárias, da Constituição Federal, códigos Civil, Processual Civil, Lei de arbitragem, revistas, e redes eletrônicas.

1. ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Em 2004, a Emenda Constitucional nº. 45 acresceu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, e passou a assegurar expressamente a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação no âmbito judicial e administrativo.

Contudo, conforme aponta Andréia Gomes (2018, p. 78), não é esta a realidade no Estado Brasileiro, no qual se observa tanto o sistema judiciário como o administrativo operando com ineficiência e burocracia "dificultando a solução de conflitos e maculando a efetividade dos direitos fundamentais".

O autor Vitor Barboza Lenza (1999, p. 15) elenca alguns problemas que dificultam o acesso ao judiciário. Dentre eles, a onerosidade da justiça, uma vez que para o acesso judicial depende-se de boa disponibilidade financeira, seja com relação à taxa judiciária, ou ao pagamento dos honorários de peritos

judiciais e seus assistentes; bem como a crise do sistema judiciário, evidente pela morosidade na entrega da jurisdição, causada pelo excesso de formalidades técnicas, número reduzido de juízes e varas, bem como o grande contingente de processos pendentes.

Estas questões dificultam não só o acesso ao Poder Judiciário como também uma resposta efetiva ao direito violado. Segundo Pedro A. Batista Martins (1999, p. 06) este ambiente propiciou a evolução de outras vias de solução de controvérsias como a mediação, a conciliação e a arbitragem, métodos menos formais, mais céleres e menos custosos em comparação ao processo judicial.

A arbitragem é o mecanismo que mais se assemelha ao processo judicial, porém é um meio privado de solução de litígios, no qual um terceiro imparcial eleito pelas partes impõe sua decisão que tem força de sentença judicial. Diferente da mediação e da conciliação que são formas autocompositivas, nas quais há apenas sugestões não vinculantes para a resolução da demanda, cabendo às partes acordarem a melhor solução (CARMONA, 2009, p. 32).

Francisco José Cahali (2014, p. 25) aponta que estas formas são denominadas métodos alternativos de solução de conflitos, e tem origem na expressão em inglês *Alterantive Dispute Resolution (ADR),* também chamados de meios *adequados*, pois o objetivo destes institutos é uma solução apropriada tanto para a crise do judiciário quanto para as partes. Esta é uma questão enfrentada pelo mundo todo, e não só pelo Brasil ou por países subdesenvolvidos. A França, Alemanha, Bélgica e Estados Unidos já difundiram os chamados *ADR's* e tem obtido resultados positivos.

Trata-se de uma questão sociocultural, que depende especialmente da mudança de pensamento coletiva, para a compreensão de que, embora sejam meios privados, não vieram para substituir o Poder Judiciário delegado ao Estado, mas para auxiliá-lo a alcançar uma "*justiça de resultados*" (FIGUEIRA JUNIOR, 1997, p. 57).

Para Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2005, p. 48):

> Acreditamos que a convenção de arbitragem não tem o condão de extinguir a jurisdição ordinária, mas tão somente de afastá-la temporariamente e exclusivamente no que tange ao conhecimento e julgamento do objeto da referida convenção de arbitragem.

Logo, pode-se inferir que a arbitragem, assim como os outros meios adequados de solução de conflitos, apresenta-se como uma possibilidade de resolver o litígio, desvinculada da jurisdição, porém tão eficiente e satisfatória às partes quanto à demanda judicial; e não pretende substituí-la, mas auxiliá-la, concorrendo para a garantia da justiça efetiva.

O Brasil tem caminhado no sentido do reconhecimento destes métodos, a exemplo da Resolução do CNJ 125/2010, uma política de iniciativa de Kazuo Watanabe, com o objetivo de difundir os meios alternativos para a solução de conflitos e proporcionar ao cidadão a possibilidade de escolher qual o meio mais adequado para sua demanda, o chamado Tribunal Multiportas (CAHALI, 2014, p. 58).

Ademais, as previsões trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, definindo os papéis do conciliador e mediador, e incentivando a utilização desses institutos, bem como a inovação legislativa à Lei de Arbitragem também são indicativos dessa mudança.

Sendo assim, deduzimos que a arbitragem surgiu como uma possibilidade de asseverar o direito fundamental que é o acesso à justiça, entendendo-se por justiça conferir o direito a quem tem razão em tempo razoável e conforme os princípios constitucionais e processuais.

É uma alternativa que tem se mostrado eficiente, e pode ser utilizada aliada ao Poder Judiciário, contando com a participação de entidades públicas, privadas, educacionais, com o propósito de buscar a pacificação social, e a efetividade da justiça.

2. BREVE ANÁLISE DA LEI DE ARBITRAGEM VIGENTE NO BRASIL

2.1. Conceito e natureza jurídica

A arbitragem, no conceito de Carlos Alberto Carmona (2009, p. 15) é:

> [...] uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.

É um mecanismo heterocompositivo de solução de conflitos, pois a solução do litígio é imposta por um terceiro imparcial escolhido pelas partes, este método é anterior a jurisdição pública, é praticamente a origem primitiva do judiciário (FIUZA, 1995, p. 63).

A decisão arbitral é uma decisão privada, contudo tem eficácia equivalente à sentença judicial (COSTA, 2014, p. 10).

O instituto da arbitragem sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, desde o período colonial, nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas (RIBEIRO, 2006, p. 25). No decorrer da história esta questão foi aprimorada até chegar à arbitragem tal como conhecemos.

Nilton César Antunes da Costa (2006, p. 50) aponta obstáculos impostos pelo Código de Processo Civil de 1973, que dificultavam a aplicabilidade da arbitragem, dentre eles a exigência de homologação judicial do laudo arbitral. Ou seja, embora a arbitragem se apresentasse como um instituto célere e menos custoso que a demanda judicial, essas vantagens desapareciam com o procedimento homologatório.

Esta, dentre outras dificuldades, levou o governo federal a buscar um modelo legislativo moderno, tendo em vista o atraso de nossa legislação em comparação aos demais países. Foram três anteprojetos até que a Lei de Arbitragem nº. 9.307/96 fosse elaborada. O objetivo do legislador era tornar a arbitragem utilizável, visto que poderia ser uma forma de reduzir a demanda de processos judiciais (RIBEIRO 2006, p. 30).

O grande passo para o rompimento com as tradições e a efetiva consolidação do instituto da arbitragem no Brasil se deu com a chamada Operação Arbiter. Os estudiosos de arbitragem perceberam que a transformação deveria partir da sociedade, e não somente da legislação. Desta forma, reuniram-se em comissão, no final de 1991, para estudar os anteprojetos elaborados e debater possíveis alterações e melhorias (CARMONA, 2009, p. 11).

Na conclusão do trabalho a Comissão redigiu um novo anteprojeto, que foi apresentado em

1992 pelo Senador Marco Maciel (CARMONA, 2009, p. 12), e aprovado pelo Congresso Nacional em 1996, dando origem a atual Lei de Arbitragem vigente no Brasil, a Lei nº. 9.307/96.

Para bem compreender a conceituação de arbitragem, é importante discorrer também acerca de sua natureza jurídica, na qual se encontra a essência deste instituto.

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2006, p. 36) observa que existem duas correntes doutrinárias. A primeira entende que a arbitragem tem natureza contratual, enquanto a outra aponta a arbitragem como "*verdadeira jurisdição".*

Nilton César Antunes da Costa (2006, p. 45) observa que há quem entenda que a arbitragem tem caráter eclético, tem origem contratual e função jurisdicional. E leciona que:

> A averiguação da natureza jurídica da arbitragem tem plena relevância em nosso sistema, pois é ela que vai definir o contorno da obrigatoriedade da sentença arbitral perante a jurisdição estatal e, ainda, delimitar o grau e intensidade de intervenção desta naquela.

A corrente contratualista ou privatista entende desta forma, pois a arbitragem é constituída a partir da convenção das partes, caracterizada pela livre manifestação do interesse de ambas. Para este entendimento o arbitro não tem poder de execução e por isso não há natureza jurisdicional em suas decisões (COSTA, 2006 p. 46).

O elemento essencial da arbitragem é a vontade, e sua origem é o contrato. As partes estabelecem que determinado litígio, presente ou futuro, será solucionado por um terceiro, ou por uma instituição indicada por eles (MORAES, 2011, P. 117)

Já a corrente publicista ou jurisdicionalista reconhece que os poderes do árbitro não decorrem somente da convenção entre as partes, mas derivam da lei (RIBEIRO, 2006, p.36). Bem como compreende o laudo arbitral como verdadeira sentença, caracterizando a arbitragem como ato jurisdicional.

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2006, p. 39) ressalta:

> O arbitro possui todos os poderes indispensáveis para conhecer o litígio e resolvê-lo. Como o juiz togado, ele conhece, analisa e valora as questões de fato e de direito deduzidas pelas partes, a fim de formar o seu convencimento, externado através da sentença arbitral, que deve atender aos mesmos requisitos formais da sentença proferida pelo juiz togado, inclusive no que tange à motivação, consoante disciplinado no art. 93, inc. IX, da Constituição da República.

Este é o entendimento mais aceito no Brasil, uma vez que nosso ordenamento jurídico deixou clara a abolição da necessidade de homologação do laudo arbitral, produzindo este, efeitos de sentença arbitral (CARMONA, 2009, p. 28).

Para Ribeiro (2006, p. 45):

> A tese jurisdicionalista da arbitragem representa uma resposta social e jurídica ao movimento de atualização de conceitos e institutos jurídicos, visando primordialmente a pacificação social e a correta aplicação e conhecimento do direito. Ademais, representa uma resposta os jurisdicionados que anseiam por medidas rápidas, eficientes e seguras para a satisfação de suas pretensões.

O arbitro recebe a investidura de "dizer o direito" que é própria do Poder Judiciário, mas não é

indelegável, conforme ressalta Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2006, p. 37).

É importante frisar, conforme pondera Nilton César Antunes da Costa (2006, p. 55), que a característica jurisdicional não implica na inconstitucionalidade da lei de arbitragem que a concedeu. "A constitucionalidade da arbitragem decorre da ideia básica da desmistificação do monopólio da justiça em mãos do Estado-Juiz, haja vista que a atividade jurisdicional não é de sua exclusividade (...)". Não há incompatibilidade com o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, o princípio do juiz natural, do devido processo legal, dentre outros.

Esta polêmica já fora superada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a "*inexistência de qualquer inconstitucionalidade na Lei 9.307/96*" em sede de controle difuso e incidental no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7 (CARMONA, 2009, p. 02).

Ante o exposto, resta-nos afirmar que a arbitragem é método alternativo de solução de conflitos, de caráter privado, natureza jurídica jurisdicional e constitucionalmente reconhecida.

2.2. A arbitrabilidade objetiva e subjetiva

Nas disposições gerais da Lei de Arbitragem o artigo 1º prevê que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Logo no primeiro artigo, a lei faz duas exigências para o instituto da arbitragem: que as partes sejam capazes, e que a demanda corresponda a direitos patrimoniais disponíveis.

A doutrina divide esses requisitos em "*arbitrabilidade subjetiva*" – quanto ao sujeito capaz, e "*arbitrabilidade objetiva*" – quanto ao objeto, ou seja, quais litígios podem ser submetidos à arbitragem (ROCHA, 2016, p. 03-08).

A capacidade a que a lei se refere trata da capacidade de fato ou de exercício, que corresponde à aptidão para exercer os atos da vida civil, a depender da maioridade ou emancipação, e a sanidade mental, conforme leciona Maria Helena Diniz (2012, p. 168). Se a parte pode contratar, pode arbitrar a respeito, o que indica a característica da liberdade, ou autonomia desta.

No âmbito do Direito Administrativo, a arbitrabilidade subjetiva aborda a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público submeterem suas demandas à arbitragem.

O outro requisito legal – arbitrabilidade objetiva - dispõe que é necessário que a demanda diga respeito a direito patrimonial disponível. Nas palavras de Carmona (2009, p. 38):

> Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere,* dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Isso quer dizer que as matérias que o Estado resguarda como interesses fundamentais da coletividade – interesses indisponíveis – não poderão ser objeto de arbitragem; como, por exemplo, os direitos de família, direitos de personalidade, direitos de sucessões, dentre outros.

Ainda sim, não se exclui do âmbito da arbitragem litígios que atingem o direito de família, o direito do trabalho, as relações de consumo, ou o direito administrativo, se as partes puderem dispor acerca do *bem* objeto da controvérsia. Sendo o bem apropriável ou alienável, se ele pode receber um valor pecuniário, é possível arbitrar a despeito dele (PARIZZATO, 1997, p. 16).

A arbitrabilidade objetiva para a Administração Pública é questão em debate pela doutrina, uma vez que se pressupõe que o bem público é indisponível. Por outro lado, o autor Caio Cesar Vieira Rocha (2015, p. 08) leciona que:

> Ao fazer alusão expressa a conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, a Lei acosta-se a entendimento doutrinário de que existiriam duas categorias de interesses públicos. O interesse público primário, "destinado a satisfazer aos interesses finalísticos do próprio Estado, que são sempre indisponíveis; os secundários, de natureza instrumental, destinados a permitir a satisfação dos primeiros, que formam relações patrimoniais e são, por isso, disponíveis na forma da lei". Já os direitos patrimoniais disponíveis, mencionados na norma, são aqueles que podem ser livremente negociados pelo Estado. Não se incluem aqui, assim, outros direitos, considerados indisponíveis. Por exemplo, não poderá o Estado submeter questão de direito penal à arbitragem, ou questão tributária, já que delas não pode dispor; mas pode, por outro lado, submeter uma discussão acerca da realização de uma obra ou da condução de uma concessão.

Significa reconhecer que a Administração Pública tutela direitos indisponíveis de interesse público que devem, de fato, ser resguardados; contudo existe uma categoria de interesse público que formam relações patrimoniais, e estas são disponíveis porque podem ser negociáveis pelo Estado, com a ressalva de que dispor dos bens públicos deve buscar o fim primeiro de satisfazer o interesse público, tal como ocorre nas concessões de serviço público, permissões, e contratos de licitação.

Nesse sentido, salienta o autor Erico Ferrari Nogueira (2015, p. 136), que no âmbito do Direito Administrativo, "não se transige o direito público indisponível, mas apenas as suas consequências patrimoniais".

Conforme pondera Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2006, p. 133) o conceito de disponibilidade complementa o conceito de caráter patrimonial; e ambas as características definem a *arbitrabilidade objetiva* da demanda.

A Lei nº. 13.129 de 26.05.2015 alterou a Lei de Arbitragem, introduzindo ao primeiro artigo o parágrafo primeiro, autorizando expressamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública, colocando fim à controvérsia a respeito desta possibilidade.

Antes disso, algumas leis já previam o uso dos métodos alternativos de resolução de disputas envolvendo a Administração, tais como o artigo 23-A da Lei n.º 8.987/1995 (Lei de Regime de Concessão e Prestação de Serviços Púbicos); artigo 11, inciso III, da Lei n.º 11.079/2004 (Lei de Licitações do âmbito das Parcerias Público-Privadas), além de outras normas.

Por sua vez, o parágrafo segundo, também acrescido pela Lei n.º 13.129/2015 dispõe que "a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações".

Tal dispositivo resolve outra questão, indicando qual a autoridade competente para firmar a

convenção de arbitragem, reputando à mesma que é competente para realizar acordos e transações, que varia de pessoa jurídica para pessoa jurídica (ROCHA, 2015, p. 09).

Seguindo a análise da Lei de Arbitragem, de acordo com o artigo 2º, as partes poderão escolher o procedimento pelo qual a demanda será resolvida. A arbitragem não está sujeita somente ao ordenamento jurídico à escolha das partes, podendo esta se dar por equidade.

Equidade significa a não subordinação às normas de direito positivo, valorando o que for justo e razoável, sob a ótica da boa-fé (PARIZZATO, 1997, p. 18).

O parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei em comento dispõe ainda que as partes podem convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública.

Nas palavras de Irineu Strenger (1998, p. 25) "é praticamente a permissão ao direito alternativo", pois abrange amplas possibilidades de interpretação. Identifica-se o princípio da *autonomia da vontade privada*, caracterizado pelo livre arbítrio dado as partes para selecionar o modo pelo qual solucionará a demanda arbitral.

Contudo, existem freios para esta liberdade conforme finaliza o artigo 2º, §1º, os bons costumes e a ordem pública. Os bons costumes remetem à moral, à dignidade e o decoro social (CARMONA, 2009, p. 68).

Já a ordem pública, segundo Irineu Stenger (1998, p. 23) "entende-se por um conjunto de princípios conhecidos na ordenação jurídica, que, considerados fundamentais, impõem-se imperativamente, excluindo qualquer validade a relações jurídicas volitivas que lhe sejam contrárias".

São valores cujo Estado elegeu essenciais e incorporou ao ordenamento jurídico com o objetivo de proteção e por isso são limitadoras da amplitude do poder dos árbitros.

Salienta-se que, em relação à Arbitragem envolvendo a Administração Pública, a Lei n.º 13.129/2015, acresceu ao artigo 2º, o parágrafo terceiro, dispondo que nesses casos a arbitragem será *sempre* de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Isto se deve porque a Administração Pública é regida pelas normas de direito público, cuja atuação pauta-se em princípios como a supremacia e indisponibilidade do interesse público, portanto, sua disposição deve ser sempre cautelosa, conforme exporemos adiante.

2.3. A cláusula compromissória e o compromisso arbitral

A lei de arbitragem dispõe também a respeito da convenção de arbitragem - gênero, que se manifesta através da cláusula compromissória, e do compromisso arbitral - espécies. São duas formas das quais as partes podem se utilizar para a solução de conflitos (artigo 3º da lei 9.307/96).

Conforme observa Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2006, p. 46) a convenção de arbitragem é um negócio jurídico plurilateral, constituído pela concordância das duas partes no mesmo sentido. O autor ainda ressalta que a convenção de arbitragem não pode ser genérica, "as partes não podem acordar submeter à arbitragem todas as suas controvérsias de maneira geral e indeterminada".

A cláusula compromissória remete ao litígio futuro (COSTA, 2006, p. 81). As partes convencionam por escrito que havendo litígio relativo àquela questão, hão de se submeter à arbitragem para solucionar o conflito, é o que prevê o artigo 4º, § 1º da Lei de Arbitragem.

Joel Dias Figueira Junior (1997, p. 116) afirma que a cláusula compromissória é um instituto autônomo e independente do contrato principal. Significa dizer que a nulidade do contrato principal não acarreta necessariamente a invalidade da cláusula compromissória.

Por sua vez, o compromisso arbitral é "um acordo de vontades, no qual as partes submetem um litígio atual e concreto ao juízo arbitral" (RIBEIRO, 2006, p. 49). Logo, compromisso arbitral e cláusula compromissória são conceitos distintos, sendo este, cláusula contratual que dispõe sobre a possibilidade de solucionar um litígio futuro por meio da arbitragem; e aquele um acordo para solucionar a lide atual. O compromisso pode ser judicial ou extrajudicial (artigo 9º da Lei nº. 9.307/96).

O compromisso arbitral judicial ocorre diante do juiz, quando as partes já têm uma relação jurídica contratual com a cláusula compromissória, e uma das partes se recusa a assumir o compromisso. Conforme prevê o artigo 7º da lei de arbitragem "a parte interessada pode requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso". Podendo também partir de um acordo lavrado nos autos, no qual as partes acordam em solucionar a demanda pela arbitragem. Neste caso o processo será extinto sem resolução de mérito, conforme disposto no artigo 485, inciso VII do vigente Código de Processo Civil (FIGUEIRA JUNIOR, 1997, p. 121).

A arbitragem extrajudicial se dá "quando as partes sem qualquer interferência externa estabelecem acordo, podendo ser escrito particular, assinado pelas partes e duas testemunhas, ou por instrumento público" (RIBEIRO, 2006, p. 50).

Tal instituto, conforme mencionado, não inclui a participação do Poder Judiciário e depende da decisão de um terceiro imparcial, esta figura é o árbitro, podendo ser uma ou mais pessoas, indicadas pelas partes, sempre em número ímpar (art. 13, §1º da Lei n.º 9.307/96).

Assim, perduram duas formas de procedimento arbitral no Brasil, a arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucional, conforme expressa o artigo 21, *caput*, da Lei de Arbitragem:

> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se ainda às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

A arbitragem institucional remete a um órgão arbitral institucional ou entidade especializada do qual ambas as partes concordam em se submeter, estando sujeitas as regras procedimentais órgão eleito.

Por sua vez, conforme leciona Carlos Alberto Carmona (2009, p. 290) a arbitragem *ad hoc* trata da arbitragem através de um compromisso arbitral, quando as partes elegem um juiz arbitral independente para solucionar o conflito.

O artigo 13 da Lei nº. 9.307/96 expõe que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Esta capacidade é a mesma exigida para as partes, a capacidade de direito. Belizário

Antonio de Lacerda (1998, p. 67) acrescenta que esta capacidade é a capacidade de ser juiz de fato. Isto é, além da capacidade de direito, a ausência de qualquer impedimento ou suspeição que o impeça de julgar a demanda arbitral. Segundo o autor, os mesmos impedimentos que estão sujeitos o juiz no processo judicial também alcançam o árbitro, estão previstos no artigo 14 da Lei de Arbitragem.

Os árbitros no exercício de suas funções ficam equiparados aos funcionários públicos (artigo 17, Lei n.º 9.307), em razão disso, estão sujeitos às mesmas sanções previstas na legislação penal para o servidor público.

Conforme artigo 24 da referida lei, "a decisão dos árbitros será expressa em documento escrito". Este documento escrito é a sentença arbitral. No caso de existir mais de um árbitro, a decisão será tomada pela maioria, segundo orientação do § 1º deste mesmo artigo.

O mais importante artigo da lei é o artigo 31, o qual prevê "a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo". Esta questão facilitou o desenvolvimento do instituto da arbitragem uma vez que o procedimento para homologação era demorado e desmotivador para quem se valia da via arbitral.

Carlos Alberto Carmona aponta (2009, p. 270) que "a decisão tomada pelos árbitros não fica sujeita a recurso, a não ser que as partes na convenção de arbitragem estabeleçam uma modalidade interna de revisão do laudo". E acrescenta que seria nula qualquer cláusula que submeta a revisão pelo Poder Judiciário. Isto porque a arbitragem é um instituto privado, dotado de autonomia e reconhecido legalmente, as partes celebram por espontânea vontade em busca da celeridade e economia.

No entanto a parte que se sentir lesada poderá recorrer ao Poder Judiciário para anulação da decisão arbitral, por meio de impugnação, dentro do prazo de 90 dias, a contar da notificação da sentença às partes. Essa alternativa é uma substituição ao procedimento homologatório, porém mais moderno e ágil, "de modo a tornar a solução arbitral de controvérsias mais atraente para os litigantes" e ainda proteger as partes (CARMONA, 2009, p. 390).

As causas de nulidade da arbitragem estão dispostas no artigo 32 da Lei n.º 9.307/96, se o compromisso for nulo, se emanou de quem não podia ser árbitro, se proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, dentre outras.

Deste modo, pode-se notar que a Lei nº. 9.307/96 é bastante atenciosa com o instituto da arbitragem e buscou ser clara e objetiva. Logo, não se pode negar que o Brasil tem se destacado em relação a esse modelo de solução de conflitos; porém, ainda pode aprimorá-lo, especialmente quanto à utilização da arbitragem em outros tipos de demanda, como questões trabalhistas, nas relações de consumo, e questões que envolvem a Administração Pública, tema deste trabalho.

3 . OS DESAFIOS DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. A arbitragem e os princípios constitucionais da Administração Pública

Questão ainda em debate na doutrina diz respeito à possibilidade de solucionar demandas da

Administração Pública por via alternativa, que não a judicial.

A principal discussão quanto à viabilidade jurídica da arbitragem para as demandas da Administração, deve-se porque tal instituto, conforme já exposto, se restringe a resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. De outro vértice, o Direito Administrativo é norteado por princípios que se fundamentam na supremacia do interesse público, cuja observância é obrigatória, e envolve bens que podem vir a ser indisponíveis (PEREIRA, GIOVANNI, 2017, p. 1153).

O autor Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 62) elenca que os obstáculos tradicionais à arbitragem nas relações da Administração Pública são os princípios constitucionais que regem o Direito Administrativo, previstos no artigo 37, *caput*, da Magna Carta, em especial: 1) o princípio da legalidade; 2) a indisponibilidade do interesse público e 3) o princípio da publicidade, que iria de encontro com a confidencialidade, característica a arbitragem

Nessa linha, conforme observa Erico Ferrari Nogueira (2010, p. 129) "toda a atuação da Administração revela manifestação de interesse público não disponível, o que inviabilizaria a adoção arbitragem em litígios travados entre o ente público e os particulares".

Contudo, a evolução legislativa aponta crescente aceitação desse instituto, evidências de que o Direito Administrativo Brasileiro mostra-se favorável aos métodos consensuais de solução de litígios.

Em ordem cronológica o Enrico Ferrari Nogueira (2010, p. 130) elenca a evolução legislativa envolvendo soluções alternativas às demandas da Administração Pública, veja-se:

> Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações):
>
> *Art. 93. O contrato de concessão indicará:*
>
> *XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.*
>
> Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP):
>
> *Art. 43 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:*
>
> *X- as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;*
>
> Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes:
>
> *Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:*
>
> *XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive conciliação e arbitragem;*
>
> Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública:
>
> *Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:*
>
> *III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.*

> Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, com redação dada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005:
>
> *Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.*

Inovações mais recentes estão no Código de Processo Civil em vigência, que estabeleceu mediação e conciliação como importantes instrumentos para solução de litígios, bem como as Leis n. 13.129/2015 e n. 13.140/2015 que tratam da arbitragem e mediação envolvendo a Administração Pública.

Consoante sabido, segundo o princípio da legalidade no direito público, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza. Contudo, para Rafael Carvalho Rezende Oliveira, (2015, p. 63) "não é possível conceber a atividade administrativa como mera executora mecânica da lei, sob pena de se tornar desnecessária a atividade regulamentar". A aplicação da lei depende de um processo interpretativo, pois não há, no ordenamento jurídico, norma exaustiva o bastante que dispense a interpretação dos operadores do direito. Contudo, o que pode variar é a liberdade e extensão conferida pela lei.

Além disso, o movimento Pós-positivista trouxe a concepção de que a atuação administrativa deve ser conduzida não só pelo cumprimento restrito da lei, como também pelo respeito aos princípios constitucionais (OLIVEIRA, 2015, p. 63).

Conclui o autor (OLIVEIRA, 2015, p. 62-65) que, mesmo antes das mudanças trazidas pela lei 13.129/2015, a previsão genérica da utilização da arbitragem por pessoas capazes contida no artigo primeiro da Lei de Arbitragem já trazia a possibilidade de adoção do instituto pela Administração; com a mudança legislativa, a permissão legal é categórica, conferindo segurança jurídica à questão.

Quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público, a principal discussão fundamenta-se no ideal de que todo direito do qual a Administração seja titular seria indisponível e por isso, insuscetível de se discutir em procedimento arbitral (PEREIRA, GIOVANNI, 2017, p. 1153).

De outro vértice, pondera Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 65) que a interpretação da norma pelo agente público envolve, em certa medida, a disposição de interesses públicos, isso porque eventualmente surgem conflitos entre interesses que a administração precisa decidir.

Outrossim, é inerente à contratação pública que a Administração tenha certa margem de liberdade para definir, dentre outras disposições, a melhor forma de solução das controvérsias decorrentes do contrato. Assim, ainda que o conflito se submeta à decisão do árbitro, terceiro imparcial, a arbitragem pauta-se na base consensual; o que significa dizer que, se a Administração pode celebrar acordos e contratos, que naturalmente envolvem interesses públicos, pode também levar estas questões à solução arbitral (OLIVEIRA, 2015, p. 66-67)

Nessa linha, as autoras Ana Lúcia Pretto Pereira e Ana Elisa Pretto Pereira Giovanni (2017, p. 1154) defendem que a arbitragem privilegia o interesse público, especialmente em razão da celeridade do procedimento e redução dos custos totais dos contratos, associados às perdas decorrentes de eventual litigância em juízo.

Para elas (PEREIRA, e GIOVANNI, 2017, p. 1155):

> [...] utilizar o termo interesse público de uma forma genérica como fator impeditivo para a realização de métodos autocompositivos de resolução de conflitos acaba por prejudicar a melhoria do funcionamento da própria máquina estatal. Já não mais é compatível com a atual estrutura social, econômica e jurídica do Estado Brasileiro essa noção genérica de interesse público, pois incapaz de regular com efetividade as atividades estatais, embora sirva como condicionante de suas ações.

Assim, não se trata de renúncia a direito, mas apenas a opção por via diversa do Poder Judiciário, que deve ser feita respeitando os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, bem como os interesses públicos envolvidos.

Andréia Gomes (2018, p. 84-85) relembrando os conceitos de *atos de império* e *atos de gestão*, argumenta que a arbitragem é cabível quando a Administração Pública trata de atos de gestão, que são atos de natureza privada, no âmbito comercial e desprovidos de prerrogativas do direito público. Diferente dos atos de império, que se relacionam com matérias inerentes ao Estado, correspondendo a interesses indisponíveis, quando o Estado age como representante da coletividade.

Nesse sentido, contratos administrativos, cujo objeto é a prestação de serviço, tal como pode ser delegado para o particular, pode ser passível de arbitragem. De modo geral, tudo o que estiver relacionado à exploração econômica do serviço público, pode ser levado à arbitragem, desde que seja da vontade das partes.

Ressalta-se que não há necessidade de exclusão do controle jurisdicional, isso porque a própria Lei de Arbitragem não veda o acesso ao judiciário, mas somente oferta outra porta, pautada na celeridade e economia processual. Ademais, conforme já exposto, em caso de nulidade no processo de arbitragem, as partes são livres para buscar o judiciário (artigos 20, §1º, 32 e 33 da Lei de Arbitragem).

Outra questão debatida pela doutrina diz respeito ao conflito da arbitragem, que se submete à confidencialidade, com o princípio constitucional que exige publicidade dos atos administrativos.

De outra forma, esclarece o autor Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 66-67) que a confidencialidade não é característica obrigatória, e sendo a arbitragem consensual, as partes podem acordar a respeito de como se dará o procedimento. Ademais, o princípio constitucional da publicidade não impede o sigilo de documentos em casos excepcionais, a exemplo dos processos judiciais submetidos ao segredo de Justiça, ou documentos respaldados pelo sigilo de jurisdição.

Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona (2016, p. 20) aponta que seria inclusive inviável que se adotasse a publicidade total e absoluta para os atos da arbitragem; o adequado é franquear ao público os atos mais relevantes, bem como, que as partes – a entidade pública e a privada – estabeleçam previamente os atos e documentos que deverão ser públicos.

Em consonância com a Lei n.º 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação, o sigilo é permitido para os casos em que as informações possam colocar em risco segurança da sociedade ou do Estado (artigo 23), ou que envolvam informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (artigo 31).

3.2. Especificidades da aplicação arbitragem pela Administração Pública

Analisados os limites objetivos e subjetivos da arbitragem, bem como o aparente conflito com os princípios constitucionais da Administração Pública, cabe-nos abordar algumas especificidades da aplicação desse instituto pelos órgãos da administração pública direta e indireta.

A Lei nº. 13.129/2015 foi genérica ao dispor que a Administração Pública pode utilizar-se da convenção de arbitragem para dirimir conflitos. Significa dizer que a Administração pode valer-se tanto da cláusula compromissória – convenção das partes através de cláusula contratual, na qual se comprometem a submeter um possível litígio à arbitragem – ou do compromisso arbitral – acordo entre as partes em submeter o conflito já iminente à arbitragem, podendo ser judicial ou extrajudicial (OLIVEIRA, 2015, p. 71).

Importante salientar que a cláusula compromissória se divide em dois tipos, a cláusula compromissória cheia, que já prevê todo o procedimento da arbitragem, desde regras, local, divisão de despesas; ou vazia, que prefere estabelecer o procedimento no futuro, após o surgimento do litígio (RUIZ, NUNES e KAVVAZANI, 2017, p. 37).

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2015, p. 73) pondera que embora a administração possa fazer uso da cláusula e do compromisso arbitral, é interessante que nos contratos de licitação, por exemplo, a cláusula arbitral seja cheia, para trazer celeridade ao procedimento e a facilidade de definição da forma de solução de demandas antes mesmo da existência da controvérsia.

Nesse contexto, infere-se que a Administração Pública pode inclusive optar previamente por uma Câmara de Arbitragem de preferência, no caso de estar presente em eventual contrato a cláusula compromissória cheia, ou posteriormente, por via extrajudicial, celebrar uma convenção arbitral com a outra parte, quando a cláusula compromissória for vazia, ou quando a convenção arbitral for, até então inexistente, nos moldes do que prevê o artigo 6º da Lei nº. 9.307/96 (RUIZ, NUNES e KAVVAZANI, 2017, p. 39).

Conforme observa Ricardo Yamamoto (2018, p. 61), a Lei de Arbitragem e a sua lei de reforma não trouxeram nenhum dispositivo específico acerca dos procedimentos, requisitos ou critérios para a escolha da instituição, câmara de arbitragem ou árbitros que julgarão os casos envolvendo a Administração Pública. Diante disso, questiona-se sobre a necessidade ou não de realização de procedimento licitatório para escolha e contratação dos serviços arbitrais.

Para os autores Ruiz, Nunes e Kavvazani (2017, p. 40) a licitação é desnecessária, tendo em vista os princípios da celeridade e economia. Além disso, os autores apontam a questão da confiança no árbitro, explicando que, limitados ao procedimento de licitação, a escolha de um árbitro de confiança pelas partes ficaria prejudicada.

No mesmo sentido, Ricardo Yamamoto (2018, p. 74) esclarece que, tratando-se de contratação que se justifica pela notória especialização dos serviços técnicos, a Administração Pública direta ou indireta poderá contratar mediante *inexigibilidade* de licitação, nos termos do artigo 25, inciso II, §1º da Lei n. 8.666/93[2]. E destaca que para isso, deve haver comprovação da especialização e reputação da câmara de

2 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
[...] II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

arbitragem e dos árbitros a serem contratados.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 75) aponta que, além da inexigibilidade de licitação, a arbitragem que envolve a Administração Pública deve ser submetida a um colégio arbitral, formado por no mínimo três árbitros, para melhor qualificar a decisão.

Importante salientar que algumas leis específicas estaduais já abordam a viabilidade de efetuar o cadastro prévio de algumas câmaras de arbitragem ou árbitros que demonstrem cumprir os requisitos legais de notória especialização e experiência anterior, que após pré-selecionadas, ficariam a disposição dos órgãos da Administração Pública para redação das cláusulas compromissórias, ou quando surgissem eventuais controvérsias (YAMAMOTO 2018, p. 75).

A falta de tradição no uso da arbitragem acaba por conduzir o ente da Administração Pública aos órgãos já institucionalizados, ou seja, câmaras de arbitragem já sedimentadas no país, em razão estrutura e amparo que podem ser fornecidas. Contudo, nada impede que as partes escolham livremente o árbitro. Nesse caso, recomenda-se a utilização da cláusula compromissória cheia bem redigida, constando os árbitros ou entidade arbitral escolhida (CARMONA, 2015 p. 09).

Também não se vê impedimento na possibilidade das partes elencarem uma câmara internacional, desde que o árbitro conheça bem o direito brasileiro. Isso se deve porque, conforme mencionado, a arbitragem envolvendo a Administração Pública será sempre de direito (CARMONA, 2015, p. 12).

Outro problema que merece atenção envolve as custas, despesas, honorários dos árbitros e a antecipação destes valores ao órgão arbitral.

A legislação mais recente envolvendo a arbitragem nas relações da administração sugerem a antecipação de todas as custas do procedimento pelo ente privado, ainda que a iniciativa seja do Poder Público, a exemplo da Lei nº. 13.448/2017[3], em seu artigo 31, §2º. A justificativa é a limitação orçamentária e as exigências burocráticas ao ente público para adiantar tais valores (YAMAMOTO, 2018, p. 80).

Ocorre que esta pode não ser a melhor solução. O ente privado nem sempre terá uma situação econômica estável, ou condições de adiantar elevado valor para custear o litígio. Além disso, em caso de o ente privado estar em recuperação judicial – muito comum nos casos de concessionárias -, não poderá despender um valor. Sem contar que a antecipação das custas pode criar um ambiente de desigualdade entre as partes (YAMAMOTO, 2018, p. 81).

Para Carlos Alberto Carmona (2015, p. 15) o ideal seria que a parte privada antecipasse as custas quando fosse ela quem iniciasse o procedimento arbitral, ressalvado o direito de, ao final, a parte vencida arcar com os ônus sucumbenciais. Quando o ente estatal iniciar o procedimento, este adiantaria as verbas de custeio na proporção determinada pelos árbitros. Para o autor, se o Estado pretende fazer o uso da arbitragem, deve destinar parte do orçamento para o seu custeio, encontrando mecanismos apropriados dentro das regras do Direito Administrativo.

Quanto às verbas honorárias, é certo que há controvérsia entre o Estado e o ente privado quanto à necessidade de sua fixação. Para evitar eventuais surpresas, Carlos Alberto Carmona (2015, p. 17) sugere

3 Lei que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

a fixação de um limite máximo de verba honorária, ou a vinculação de tal valor a certa porcentagem do valor da causa, concluindo que afastar a possibilidade de se fixar verbas honorárias pode desencorajar o uso da arbitragem pela parte privada.

Estas são algumas das questões a serem dirimidas antes de se levar à arbitragem os eventuais conflitos da Administração Pública. A chave para as melhores soluções é harmonizar os interesses públicos e privados, e afastar proibições e limitações que tendem a distanciar o país da modernidade. A autora Andréia Gomes (2018, p. 87) afirma que se trata de instituto muito utilizado por várias nações, que estão redefinindo o papel do Estado e da Administração Pública.

A arbitragem garante celeridade e economia se pensarmos nos custos e morosidade do judiciário para solucionar demandas. O caminho é a preparação dos órgãos públicos e dedicação dos operadores do direito, para utilizarmos de maneira eficiente esse instituto tão poderoso.

CONCLUSÃO

A arbitragem tem se mostrado um meio eficiente para solução de demandas com celeridade, economia e qualidade. As recentes alterações legislativas nacionais trouxeram amparo à sua aplicação pela Administração Pública, mas muita cautela ainda se exige para aplicação desse instituto.

Isso se deve não só pela indisponibilidade e supremacia do interesse público, que pautarão toda a conduta do ente público, mas especialmente em razão da necessidade de organizar o procedimento para que a arbitragem se dê de forma justa, igualitária e menos burocrática.

Ainda que a arbitragem cuide de demandas que envolvem direitos disponíveis, o conflito desta com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública são apenas aparentes, porquanto a arbitragem trata, inclusive, de se garantir o interesse público, já que buscará soluções para as demandas do Estado de forma a bem satisfazer tanto o interesse do particular, quando do ente público.

Não se pode afastá-la da Administração Pública, sob o risco de frearmos a evolução, que busca alternativas para o amplo acesso e a eficácia da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/03/2020.

BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de licitações e Contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 14/04/2020.

BRASIL. Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 20/03/2020.

BRASIL. Lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso a Informações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 03/04/2020.

BRASIL. Lei n. 13.129 de 26 de maio de 2015. Lei que alterou, dentre outras, a Lei da Arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1. Acesso em 21/03/2020.

BRASIL. Lei 13.448 de 05 de junho de 2017. Lei que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm. Acesso em 14/04/2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem:** mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010 . 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo:** um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública, **Revista Brasileira de Arbitragem,** ano XIII, n. 51, p. 08-21 jul.-ago.-set., 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2250894/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf. Acesso em 13/04/2020.

COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. In: MENDES, Gilmar Ferreira; et. al. **Estudos Atuais de Direito Público.** Campo Grande: Instituto Ícones de Ensino Jurídico, 2008.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Cláusula Compromissória e Compromisso (Arbitrais) no Contrato de Adesão.** Campo Grande: UFMS, 2014.

COSTA, Nilton César Antunes da; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Decisões e sentenças arbitrais**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Andréia. Arbitragem na administração pública e o seu potencial para revigorar a relação do Estado com a sociedade. Lei nº. 9.037/96. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, a. 3, v. 1, n. 1, p. 75-108, jan./jul., 2018. Disponível em: http://redap.com.br/index.php/redap/article/view/104/90. Acesso em 06/04/2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Contratos e atos unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

LACERDA. Belizario Antônio de. **Comentários à lei de arbitragem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LENZA, Vitor Barboza. **Cortes Arbitrais.** 2 ed. rev. ampl. atual. Goiânia: AB, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização na Administração Pública. **Revista virtual da Advocacia Geral da União**, ano VIII, n. 21, p. 125-141, Jul./Set., 2009. Disponível em: www.academia.edu.documents/54313891/A_Arbitragem_E_Sua_Utilizacao_Na_Administracao_Publica_.pdf. Acesso em 27/03/2020.

PARIZZATO, João Roberto. **Arbitragem:** comentários à lei 9.307 de 23.09.1996 Revogação dos artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil. Leme : Led editora de direito, 1997.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto, GIOVANNI, Ana Elisa Pretto Pereira. Arbitragem na administração pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2 p. 1146-1161, 2017. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/23491. Acesso em 02/04/2020.

PORTELA, Paulo Henrique Golçalves. **Direito internacional público e privado incluindo noções de direito comunitário.** 4 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm. 2012.

RIBEIRO. Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas relações de consumo.** Curitiba: Juruá, 2006.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: Nova disciplina normativa após a lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 49/2016, p. 103-126, Abr./Jun., 2016. Disponível em: www.academia.edu.documents/58280473/ARBITRAGEM_E_ADMINISTRACAO_PUBLICA_NOVA_DISCIPLINA_NORMATIVA_APOS_A_LEI_13.1292015.pdf. Acesso em 02/04/2020.

RUIZ, Ivan Aparecido. NUNES, Taís Zanini De Sá Duarte. CAVVAZANI Alexandre Zaporoszenko. Arbitragem e Administração Pública Brasileira: Breves Considerações e Perspectivas Analíticas **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 33, p 28-46, set/dez. 2017. Disponível em: http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/REVISTA-DE-DIREITO--N.-33.pdf#page=28. Acesso em 13/04/2020.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem.** São Paulo: LTR, 1998.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira, ANDRETTA, Rita Maria de Faria Correa, **A nova lei de arbitragem**: comentários à lei 9307 de 23.09.96, Porto Alegre: Síntese, 1997.

YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública:** Uma análise de cláusulas compromissórias em contratos administrativos. São Paulo, 2018. 202 f. Dissertação de Mestrado, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25820/Disserta%C3%A7ao_Mestrado_versao_definitiva_para_deposito.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em 15/04/2020.

A DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO AGENTE PÚBLICO EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS COMO MEDIDA DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Mateus Simioni de Bittencourt1

Arthur Sombra Sales Campos2

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado apresenta diversos temas com divergências na jurisprudência e na doutrina. Um deles é a denunciação da lide ao agente público em ações indenizatórias. Pretende-se analisar variadas correntes doutrinárias – no âmbito do direito processual, do direito civil e do direito administrativo – sobre a possibilidade ou não de o Estado denunciar a lide ao agente público. Como se verá, sustenta-se, em maioria, de forma contrária a denunciação, sob o fundamento de que, como a responsabilidade civil do Estado é objetiva e a do agente subjetiva, estar-se-ia inserindo novo fundamento no processo, capaz de causar demora injustificável na prestação jurisdicional. Dessa forma, visa-se trazer ao debate a conveniência e oportunidade da denunciação da lide, repensando seu cabimento. Nesse sentido, pretende-se tentar demonstrar que a denunciação deve ser admitida nos casos em que se alegar a ocorrência de um ato ilícito concreto praticado por um agente público, identificado ou identificável de plano, quando, em regra, não apresenta demora injustificável ao processo. Por fim, busca-se mostrar que o instituto processual é medida de efetivação da tutela jurisdicional, atendendo aos interesses público, coletivo e, não raras vezes, do próprio servidor.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado, tema em que o direito civil e o administrativo se encontram, possui questões que ensejam grandes debates na doutrina e na jurisprudência. Pode-se citar a responsabilidade por atos omissivos, por atos dos Poderes Legislativo e Judiciário, o dever do Estado de indenizar por atos lícitos e a legitimidade do agente público para responder diretamente por seus atos. É ao lado desta última que se encontra o objeto do presente trabalho: a possibilidade de o Estado promover a denunciação da lide aos seus agentes em demandas indenizatórias.

Inicialmente, pode-se destacar que a existência dessas controvérsias, em grande parte, decorre da ausência de legislação específica que discipline a responsabilidade civil do Estado. Assim, o que se tem é a aplicação de disposições esparsas de algumas legislações diferentes, com a aplicação direta do § 6º do Art.

1 Graduando em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Grupo de Estudos em Processo Civil (GEPROC) da UFPR. Estagiário da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná (PGE/PR).

2 Mestrando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Procurador do Estado do Paraná.

37 da Constituição Federal. Assim, diversas questões acabam por não ter uma resolução expressa, mas sim dependem de construção jurisprudencial e doutrinária (NETTO, FARIAS e ROSENVALD, 2019, p. 1187).

Cabe destacar que existiram tentativas – até agora não sucedidas – de disciplinar a responsabilidade estatal por lei ordinária, como foi o caso do Projeto de Lei 5.480 de 2009, da Câmara de Deputados, decorrente de anteprojeto elaborado por comissão de juristas instituída pela Advocacia-Geral da União em conjunto com o Ministério da Justiça, arquivado ao fim da legislatura respectiva.

E a questão aqui posta também se insere nesse âmbito das controvérsias decorrentes da ausência de regulamentação legal. Desde antes da vigência da atual Constituição, já se via a construção jurisprudencial e doutrinária da denominada tese da *dupla garantia*. Segundo essa teoria, o art. 37, §6° da Constituição estabeleceria uma garantia ao particular, que pode postular ressarcimento dos danos que tiver sofrido independentemente da comprovação de dolo ou culpa de um servidor causador do dano, mas também uma garantia ao agente público, que somente responderia por seus atos perante a pessoa jurídica de direito público que esteja vinculado, em ação regressiva.

Do mesmo modo, igualmente desde antes de 1988, a denunciação da lide ao agente estatal era questão que envolvia grandes debates. Assim, o presente trabalho tem como intuito demonstrar que, a despeito dos argumentos elencados contra a denunciação da lide pelo Estado, esta é medida que pode assegurar de grande efetividade da prestação jurisdicional, sendo que, em determinados casos, se mostra benéfica a todos os envolvidos: os particulares que reclamam os danos sofridos, a Administração Pública e inclusive os agentes públicos.

Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, porque parte do estudo de doutrinas e da aplicação destas pelos tribunais sobre a denunciação da lide no direito brasileiro, bem como seu cabimento em casos de responsabilidade civil do Estado.

Assim, serão analisados os principais argumentos comumente utilizados por aqueles que se opõem à denunciação da lide pelo Estado contra o agente público. Tais fundamentos podem ser sintetizados na alegada inconveniência de, na mesma demanda, tratar duas responsabilidades diferentes, a objetiva do Estado e subjetiva do seu agente, capaz de ofender a celeridade processual.

Também será analisada a afirmação de que a denunciação à lide seria *facultativa*, visto que, se indeferida ou mesmo não promovida, o direito de regresso estaria assegurado e poderia ser exercido posteriormente em demanda própria, não havendo prejuízo ao ente público com a proibição da denunciação.

Assim, sem a pretensão de exaurir o tema, visa-se trazer ao debate a conveniência e oportunidade da denunciação da lide, seja no âmbito da Advocacia Pública com sua promoção, seja no âmbito judicial com a necessária superação de argumentos puramente retóricos e não aplicáveis à prática jurisdicional.

1. A TEORIA DA DUPLA GARANTIA.

Na Constituição Federal atualmente vigente, a responsabilidade civil do Estado encontra-se disciplinada no parágrafo 6º do artigo 37:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos res-

> ponderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De tal norma, extraem-se diversas consequências jurídicas. Denota-se a previsão de que a responsabilidade do Estado será *objetiva*, fundada na teoria do *risco administrativo*, rechaçando a teoria do risco integral. Nesse sentido, percebe-se também a consagração da denominada teoria da *imputação volitiva*[3], como se vê na expressão "nessa qualidade". Por outro lado, do enunciado normativo extrai-se que, em relação ao agente público[4], a responsabilidade será *subjetiva*, na medida em que depende da configuração de culpa ou dolo (MAZZA, 2021, p. 227).

Finalmente, doutrina e jurisprudência formularam a partir desse dispositivo legal a chamada *tese da dupla garantia*. Nesse sentido, o STF, no julgamento do RE 327904, entendeu que o § 6º do Art. 37 da Constituição consagra duas garantias:

> *uma, em favor do particular*, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. *Outra garantia*, no entanto, *em prol do servidor estatal*, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.

Assim, a teoria leva a conclusão de que o agente público não ostenta *legitimidade passiva* para responder por seus atos diretamente em ação proposta pelo indivíduo que sofreu o dano.

Nesse sentido, o STF renovou o entendimento ao apreciar o tema 940 da repercussão geral (RE 1027633) e fixar a tese de que o particular[5] deve ajuizar ação necessariamente "contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato".

Todavia, embora eventualmente utilizada para afastar a denunciação da lide, é certo que a segunda garantia em nada impede que o agente responda perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular, em lide secundária. Na realidade, deve-se notar que o voto do relator, no julgamento da repercussão geral – unanimemente acompanhado pelos demais, havendo divergência tão somente com relação a redação da tese fixada – expressamente consignou que a dupla garantia não impede a denunciação à lide, tendo em vista que "o deferimento da referida intervenção não modificará a posição do autor da demanda".

2. A DENUNCIAÇÃO DA LIDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Uma das hipóteses admitidas no ordenamento jurídico brasileiro de intervenção de terceiros no direito brasileiro é a denunciação da lide[6]. No direito comparado, encontram-se duas modalidades de

3 "A expressão 'nessa qualidade' exige que o comportamento lesivo tenha sido realizado com o status de agente público para que se cogite do dever de indenizar, promovendo-se, então, a imputação da conduta à pessoa jurídica governamental." (MAZZA, 2021, p. 107).

4 Entende-se agente público como "toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta." (DI PIETRO, 2021, p. 697)

5 Vale destacar que o mesmo entendimento se aplica para quando agentes públicos sofrem danos causados por outros agentes públicos. Inclusive, o caso paradigma do tema 940 era um servidor que alegava ter sofrido perseguição política do prefeito municipal, quando se reconheceu a ilegitimidade passiva deste último.

6 Embora eventualmente utilizada como "denunciação à lide do agente público", tem-se que a forma gramaticalmente correta do instituto processual é denunciação da lide ao agente público (COSTA, 2004).

intervenção de terceiros semelhantes à denúncia da lide. Uma, que remonta dos sistemas romano e francês, o terceiro é convocado a participar do processo, sem, todavia, tratar-se desde já do exercício de direito de regresso. Outra, distinta, é a do sistema jurídico alemão, em que o terceiro é chamado desde logo a responder por eventuais prejuízos da parte e a substitui (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 361).

O sistema brasileiro, contudo, adotou uma modalidade original que, embora aderindo as figuras do direito comparado, possui outro desenho. Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, a sentença do processo em que admitida a denunciação da lide será *formalmente una e materialmente dupla*, na medida em que serão resolvidas duas relações jurídicas distintas, isto é, uma entre os dois sujeitos que inicialmente compunham a relação processual e outra entre o denunciante e o denunciado[7].

Tal distinção é fundamental para se denotar como a segunda garantia acima tratada – aquela que acarreta na ilegitimidade passiva do agente público – não afeta a possibilidade de admissibilidade da denunciação da lide. É que o agente não estará respondendo em face do particular, mas sim, na mesma relação *formalmente una*, em face da pessoa jurídica de direito público. Daí a *dupla materialidade* da relação processual.

Pois bem, o Código de Processo Civil de 2015 prevê duas possibilidades de denunciação da lide: a de garantia da evicção (art. 125, I), que tem como objetivo que o terceiro garanta ao denunciante o exercício dos direitos que lhes são garantidos pela evicção (arts. 447 a 457 do Código Civil); e a de direito regressivo de indenização (art. 125, II), no caso daquele que estiver obrigado a indenizar regressivamente o denunciante, seja por previsão legal ou de vontade das partes.

Parte da doutrina administrativista[8] argumenta de forma contrária à admissibilidade da denunciação da lide do servidor público diante da ausência de lei ou contrato que assim determine o direito de regresso. Embora tal posicionamento derive da ausência de uma adequada regulamentação legal do tema, como já exposto anteriormente, não parece o entendimento mais adequado, visto que: (i) a previsão constitucional detém inequívoca aplicabilidade imediata e não depende de lei, embora esta viesse em boa hora; (ii) costuma haver previsão legal nos regimes disciplinares dos servidores públicos[9]; e (iii) haverá previsão legal ou pactuação das partes nos casos de agentes que não sejam servidores públicos[10]. Ora, *se há direito de regresso é porque decorre de previsão legal ou de vontade das partes*.

Por fim, o CPC/2015, ao contrário da previsão no revogado CPC de 1973[11], disciplinou a denunciação como modalidade facultativa de intervenção de terceiros, consagrando no nível legal o que já era pacífico na doutrina e jurisprudência. Isto é, o direito de regresso não será afetado se não for promovida a denúncia (§1º do art. 125 do CPC).

7 Nesse sentido: STJ, REsp 613190.

8 Nesse sentido defende Edmir Netto de Araújo (2018, p. 894).

9 No caso dos servidores públicos federais, a previsão legal encontra-se no artigo 122 da Lei 8.112/1990, especialmente no seu parágrafo segundo que, como se verá adiante, também é utilizado para tentar afastar a possibilidade da denúncia da lide.

10 Nesse sentido pode-se citar o CPC, no caso de membros do Poder Judiciário, que deverão ressarcir as pessoas jurídicas de direito público no caso de dolo ou frande (art. 143, I, CPC).

11 Todavia, entendia-se que a previsão do CPC/73 de obrigatoriedade decorria do direito material e não da lei processual (STJ, AgRg no Ag 1384117).

3. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE A (IN)ADMISSIBILIDADE DA DENUNCIAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO.

Delimitada a denunciação da lide no direito brasileiro, cabe analisar as questões polêmicas que envolvem sua utilização para que o Estado exerça seu direito de regresso em face de seu agente público na mesma relação processual em que responde *objetivamente* ao particular. Nesse sentido, parece haver diversas correntes doutrinárias sobre o tema, que é concretamente abordado em obras de responsabilidade civil, de direito administrativo e até de direito processual civil, como passa-se a sintetizar.

No âmbito do direito civil, Flávio Tartuce utiliza-se dos três principais argumentos doutrinários para sustentar a "desnecessidade ou mesmo impossibilidade dessa intervenção de terceiro", pois a denunciação: (i) insere novo fundamento subjetivo na relação processual; (ii) vai contra o acesso à justiça promovido pela responsabilidade objetiva, com dilação probatória mais demorada; e (iii) não é obrigatória para garantir o direito de regresso (2021, p. 1001).

Na obra de Caio Marques Pereira atualizada por Gustavo Tepedino, afirma-se que a denúncia da lide não deve ser aceita sob o mesmo argumento do acesso à justiça, mas agora com o prisma dos princípios constitucionais da ampla defesa e devido processo legal (2021, P. 175). Tepedino, em sua obra própria também sustenta que, para promover a denunciação do agente, o Estado teria que "assumir a culpa do agente, quase que reconhecendo o pedido", o que também não seria vantajoso (2008, p. 213-215).

Por último, Carlos Roberto Gonçalves passa por diversos argumentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema e – após sustentar que a jurisprudência permite a denunciação, "sem estar obrigado, para tanto, a confessar a ação" –, conclui que predomina o entendimento de que a intervenção, embora aceita, não deve ser admitida pois dificulta o andamento do processo (2020, p. 214).

No âmbito do direito processual, sustentando provavelmente a posição mais favorável à denunciação da lide que há, Humberto Theodoro Jr. afasta a argumentação sobre a inserção de discussão sobre responsabilidade subjetiva em processo que se discute responsabilidade objetiva pois, "em todos os casos de denunciação da lide, há sempre uma diversidade de natureza jurídica entre o vínculo disputado entre as partes e aquele outro disputado entre o denunciante e o denunciado". Assim, entende que a denúncia da lide ao agente público realmente não é obrigatória, mas quando exercitada pelo Estado, deve ser aceita (2021, p. 362).

Ainda sob a ótica processual, Leonardo Carneiro da Cunha afirma que deve ser admitida a denunciação da lide quando a inicial "atribuir ao agente público a prática de ilegalidade ou abuso de poder que demonstraria, ao menos em tese, uma culpa ou um dolo". Isso porque, nesses casos "os elementos – utilizados para a denunciação – foram, todos eles, trazidos pelo próprio demandante em sua petição inicial" (CUNHA, 2021, p. 169). Exatamente esta é a posição sustentada por Cassio Scarpinella Bueno (2003, p. 222).

Partindo para o Direito Administrativo, parte dos autores, quiçá a maioria – por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello – sustenta que a denunciação à lide não deve ser aceita em nenhuma hipótese, sob o argumento de se inserir fundamento novo na discussão processual, qual seja a responsabilidade subjetiva (MELLO, 2008, p. 1019).[12]

12 No mesmo sentido defendem Aldemir Berwig (2019, p. 435), Diogo Moreira Neto (2014, p. 650), Lúcia Valle Figueiredo, (2004, p. 277) e Weida Zancaner (2008, 64-65).

Há, do outro lado, posição intermediária, defendida principalmente por Yussef Cahali (2007, p. 160) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Tais autores defendem tese muito parecida com a de Leonardo da Cunha e Cássio Scarpinella Bueno, sustentando a existência de duas hipóteses distintas. Na primeira, o pedido do particular se fundamenta na responsabilidade objetiva do Estado – na culpa anônima no serviço ou nos riscos decorrentes deste – mas não aponta nenhum ato de agente público. Neste caso, não seria admitida a intervenção do terceiro, "porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não arguida pelo autor". (DI PIETRO, 2021, p. 846).

Na segunda, o pedido do particular se fundamenta, agora, em ato doloso ou culposo de agente público, de modo que a denúncia deste "em nada contraria a Constituição; antes, pelo contrário, visa disciplinar o direito de regresso assegurado ao responsável direto pelo pagamento da indenização". A notória administrativista vai além e defende inclusive a legitimidade passiva do agente estatal, em litisconsórcio facultativo com a pessoa jurídica de direito público. Todavia, a autora ressalva que, no âmbito federal, a denunciação – tal como o litisconsórcio[13] – não é admitida, diante da previsão do artigo 122, §2º, da Lei 8.112/90 (DI PIETRO, 846, 2021).

Há, também, análises exaustivas sobre o tema específico da denunciação da lide ao servidor público. Reforçando a posições já vistas, Rodrigo Garcia da Fonseca defende que causaria demora injustificada ao processo com a inserção de novo fundamento e não pode ser aceita quando o Estado não confessar a prática do ato culposo (1998, p.130).

Em posição intermediária, Juliana Lemos de Oliveira Sombra, após analisar grande parte das questões que serão aqui abordadas, argumenta que, quando haver probabilidade de instrução processual e alegação de omissão estatal ou de ato culposo de agente público, a denunciação seria cabível, pois não se estaria inserindo fundamento novo e tampouco causar-se-ia demora injustificável ao processo (2014, p. 47). De outro lado, em posição dita minoritária pela própria autora, Alessandra de Souza Araujo defende que a denunciação da lide deve ser aceita apenas nos casos em que não houver oposição pelo autor da ação indenizatória (2004, p. 214).

Por fim, no âmbito administrativista, há um último entendimento – por todos, Fabrício Bolzan de Almeida – de que a denúncia simplesmente não é obrigatória e cabe ao magistrado que conduz o processo avaliar se o ingresso do agente público causará prejuízo a prestação jurisdicional (2020, p. 519). Retornando aos autores processualistas, essa é a mesma tese defendida por Fredie Didier Jr, afirmando que cabe ao magistrado verificar se a denunciação da lide não irá comprometer a duração razoável do processo (2019, p. 592). Embora ao longo dos anos tenham havidos decisões dos tribunais superiores nos mais diversos sentidos, esta parece ser a posição do STJ[14].

Portanto, é possível sintetizar os entendimentos expostos em algumas posições, que variam de acordo com o grau de admissibilidade da denunciação do agente público: (i) posição totalmente contrária, argumentando-se (i.a) na inserção de nova discussão sobre elementos subjetivos da responsabilidade civil;

13 Aqui, sem adentrar com exaustão no tema, pois foge do objeto da análise e porque o STF já fixou tese contrária (tema 940), nos parece que, se a Constituição realmente possibilita o litisconsórcio facultativo, como afirma Di Pietro, não poderia a lei ordinária limitá-lo, muito menos tão somente com relação aos servidores da União, sob pena de inconstitucionalidade da referida norma.

14 Nesse sentido pode-se citar o entendimento adotado pelo no julgamento do AgRg no AREsp 139358: "nas demandas em que se discute a responsabilidade civil do Estado, a denunciação da lide ao agente causador do suposto dano é facultativa, cabendo ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à economia e celeridade processuais".

(i.b) na ofensa a celeridade processual e ao acesso à justiça, como própria consequência do argumento anterior e (i.c) a necessidade do Estado reconhecer a procedência dos pedidos – para não se falar na incorreta utilização do conceito de confissão por ente público; (ii) posição parcialmente favorável, nos casos que o pedido de indenização se fundamentar em ato culposo ou doloso de agente público, que, todavia, (ii.a) não admite a denunciação com relação aos servidores da União, por restrição legal; (iii) posição que entende que cabe ao juiz da causa ponderar se a intervenção causará prejuízo a celeridade processual; por fim, (iv) posição totalmente favorável, que entende que, uma vez exercida a denunciação à lide, esta deverá ser aceita.

4. ADMISSIBILIDADE DA DENUNCIAÇÃO À LIDE SEMPRE QUE SE APONTAR ATO ILÍCITO CONCRETO DE AGENTE PÚBLICO.

Cabe, agora, tentar mostrar o acerto ou desacerto de cada um dos argumentos acima resumidos. O argumento mais comum contra a denunciação, aquele segundo o qual há inserção de um fundamento novo na discussão processual (i.a), a responsabilidade civil subjetiva do agente, não parece acertado, ou pelo menos não em todas as situações. Como bem ressaltado por Barbosa Moreira, "tal argumento prova demais, porque com a denunciação, em qualquer caso, se introduz novo *thema decidendum*". (1987, p. 159-163)[15] Ademais, como já mencionado e bem colocado por Theodoro Jr., a denunciação à lide sempre apresenta novos elementos para o processo pois se trata, em última análise, de uma *nova ação incidentalmente proposta* pelo denunciante, secundária e conexa à ação principal (2021, p. 362).

Nesse mesmo sentido, Didier Jr. afirma que a denunciação da lide "é uma demanda; por meio dela, exercita-se o direito de ação" (2019, 576). Essa assertiva, de que a denunciação da lide ao agente público representa verdadeiro exercício do direito de ação pelo Estado, já desbanca o argumento de que a Lei que instituiu o regime de servidores públicos da União impossibilitaria a denúncia da lide a estes (ii.a)[16]. De fato, o §2º do art. 122 da Lei 8.112/90 prevê que "tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva".

Nesse aspecto, o entendimento processual adequado do instituto da denunciação da lide é de que o denunciante está incidentalmente exercendo seu direito de ação, de modo que, quando o Estado promove a denunciação da lide ao agente público está, em última análise, *promovendo a própria ação de regresso*, sendo que certamente o servidor estará apenas respondendo em face da Administração. Assim, o exercício do direito de ação de regresso através da denunciação da lide em nada ofende a previsão do regime de servidores da União, o que somente aconteceria caso este condicionasse a prévia condenação do ente público para que se acione o servidor.

Igualmente não merece prosperar, sob a ótica processual, o argumento de que o Estado teria que "confessar", ou melhor colocando, reconhecer a procedência dos pedidos deduzidos pelo particular para poder denunciar a lide ao agente público.

Em primeiro lugar destaca-se que, diante do incontestável interesse público, não se admite a

15 Trata-se de trecho de voto proferido na Apelação Cível nº 8995, do TJRJ, DJ 17/10/1979, citado no Acórdão do RE 1027633 (STF).

16 É desnecessário para a presente análise, mas tal interpretação da Lei 8.112/90 apenas demonstra mais um aspecto do problema mencionado na introdução, visto que, na ausência de legislação específica, a doutrina se remete ao regime de servidores públicos para encontrar alguma previsão legal.

confissão tácita em juízo pela advocacia pública, mas apenas o explícito reconhecimento da procedência dos pedidos e tão somente quando amparado em autorização da autoridade legalmente competente para tal[17].

Em segundo lugar, cabe destacar que é da natureza da denunciação da lide ser o exercício de uma pretensão *eventual*[18]. O réu denunciante não está obrigado a reconhecer a procedência do pedido para que exerça seu direito de regresso, porque este direito regressivo é apenas eventual. Na realidade, essa argumentação ignora que ao réu é dado valer-se do princípio da eventualidade para lançar mão de todas as defesas de que disponha, mesmo que possa existir uma aparente contradição entre elas. E isso se dá em razão da regra da concentração da defesa. Assim, por exemplo, não se exige que o réu de ação que discuta acidente automobilístico precise reconhecer a procedência do pedido para denunciar a lide ao seguro que eventualmente tenha contratado para seu automóvel.

Do mesmo modo, não parece acertado o posicionamento que condiciona o cabimento da denunciação da lide à concordância do particular lesado com esta. Isso porque, embora sendo certo que quando houver a concordância do particular a intervenção deve ser aceita – já que o sujeito que seria prejudicado com eventual demora processual está concordando com tal risco – haverá casos em que não há qualquer prejuízo significativo ao particular e este simplesmente se opor à denunciação sem motivo válido, o que não pode ser suficiente para impedi-la.

Há também a posição predominante na jurisprudência que, sob o argumento de que a denunciação não é obrigatória, defende caber ao juiz verificar se é adequada no caso concreto. Com a devida vênia, trata-se na verdade de uma não-posição, demonstrando que os tribunais superiores *deixam de decidir* a matéria, unicamente de direito, e apenas afirmam que a rejeição da denúncia não causa nulidade por ausência de prejuízo. Ademais, sob o pretexto de deixar a avaliação ao juízo que melhor conhece das peculiaridades do caso concreto, na realidade esse entendimento pode deixar a decisão ao arbítrio do julgador, na medida em que não fornece parâmetros concretos e verificáveis para a fundamentação da sua decisão.

Ademais, essa não-posição pode acarretar com que os juízos de origem apliquem, de forma indiscriminada e não fundamentada no caso concreto, o entendimento de que haverá ofensa a celeridade processual com a inserção de novo fundamento no caso (i.b). E a falta de parâmetros jurisprudenciais e legais para orientar o julgador acaba fomentando esse tipo de decisão.

Feitas todas essas considerações, vale dizer que, *ao menos em tese*, a melhor linha argumentativa contrária à denunciação da lide é aquela que sustenta que a inserção de fundamento novo na demanda acaba por ofender o direito do particular que demanda o Estado de ver sua lide resolvida em tempo razoável. De fato, *em abstrato*, quando a denunciação à lide for apresentar demora injustificável a prestação jurisdicional, realmente parece correto que seja indeferida, para resguardar o acesso à justiça e a celeridade processual.

Contudo, *em concreto*, pode não se verificar a alegada demora causada pela denunciação da lide. Com efeito, ações de responsabilidade civil, envolverão, em regra, instrução processual consistente na oitiva de testemunhas ou produção de prova pericial, com realização de audiência de instrução, em especial

17 No Estado do Paraná, a título de exemplo, a matéria é disciplinada no Art. 4º do Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado, anexo do Decreto 2.709/2019. Quando o valor envolvido superar 150 salários-mínimos, a autorização necessitará, ao final, de aprovação do Procurador-Geral do Estado e do próprio Governador, demonstrando a cautela com o interesse público.

18 Sobre o tema, Barbosa Moreira explica que "É como se o denunciante formulasse este pedido: "Se eu, afinal, acabar vencido, peço desde já que o denunciado seja condenado a pagar-me a indenização a que eu porventura tenha direito." (1974, p. 88). Na mesma linha defende Didier Jr., ressaltando o caráter de *demanda eventual* da denunciação. (2019, 578)

quando se alega a prática de um ato ilícito por agente estatal.

Assim, em situações como esta, a denunciação da lide não trará acréscimo de tempo significativo ao processo. De fato, se normalmente já haveria a colheita de prova oral, para comprovação das alegações feitas pelo particular, poderá haver arrolamento de outras testemunhas pelo Estado ou pelo denunciado, o que não tende a alongar demasiadamente o feito. Do mesmo modo, se o feito exigir a produção de perícia, no máximo o particular poderá apresentar outros quesitos, o que não torna o trabalho do *expert* significativamente mais demorado.

Poderia surgir, aqui, outro argumento: a alegação de que a responsabilidade objetiva levaria ao julgamento antecipado do processo (nos termos do art. 355 do CPC), haja vista que não haveria necessidade de prova de culpa ou dolo. Assim, estaria demonstrado que a necessidade de instrução probatória trazida pela denunciação da lide iria apresentar demora processual.

Acerca desse argumento, é relevante dizer que, na prática, são exceção, e não regra, demandas de responsabilidade civil do Estado que admitam julgamento antecipado. Todavia, mesmo nesses casos onde a denunciação acarretaria uma atividade instrutória que não ocorreria poder-se-ia privilegiar a efetividade e economia processual com a denunciação da lide sem impor prejuízos à razoável duração do processo.

Nesse sentido, basta imaginar que, comportando a lide principal o julgamento antecipado do mérito, bastaria ao julgador se valer da técnica do julgamento antecipado parcial de mérito (nos termos do art. 356 do CPC), resolvendo-se o mérito da lide primária. Assim, o particular que ajuizou a demanda teria sua pretensão prontamente resolvida, ao passo em que a posterior instrução probatória estaria destinada apenas a esclarecer fatos que restaram controvertidos e necessitam de elucidação para resolução do mérito da lide secundária.

Portanto, parece que os melhores entendimentos sobre o tema são aqueles que admitem a denunciação da lide ao agente quando esta se fundar em ato ilícito praticado por esse (iii) e que, mesmo não sendo obrigatória, uma vez sendo aquela proposta, deverá ser aceita pelo juízo (iv), ao menos se não existir fundadas razões para crer que haverá, *no caso concreto*, demora injustificável que não poderá ser sanada com outro instituto capaz de promover a adequada celeridade processual[19].

Todavia, para melhor precisão, nos parece que o adequado não é que se exija haver alegação de ato culposo ou doloso na petição inicial, mas sim a alegação de ato comissivo concreto de agente público, desacompanhada de alegação de que o dano sofrido foi anormal, em detrimento do particular para benefício da coletividade, capaz de justificar a responsabilidade civil por ato lícito.

De fato, sabe-se que a ilicitude não é determinante na configuração da responsabilidade civil do Estado, mas, ao mesmo tempo, o Estado não se responsabiliza por todos os atos lícitos que pratica, sob pena de ter que indenizar toda e qualquer pessoa que sofrer um dano na sociedade.

Nesse sentido, a doutrina delimitará que o adequado é que o Estado apenas responda em casos de atos *antijurídicos*, nos quais estariam incluídos os atos lícitos que causem, conforme lição de Di Pietro, "dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante

19 Vale registrar que os tribunais já vêm permitindo a denunciação da lide ao servidor público quando não se verifica, em concreto, demora à prestação jurisdicional, como medida de efetividade, celeridade e economia processual. Nesse sentido já decidiu o TJMG (Agravo de Instrumento 10290090767218001) e o TRF-5 (Apelação 317572).

os encargos sociais". Assim, para que se configure o dever do Estado em indenizar o particular, deve-se demonstrar a existência de ato antijurídico que, "para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico." (DI PIETRO, 2021, p. 834).

Portanto, quando o pedido deduzido na petição inicial pleitear a condenação do Estado pela prática de ato ilícito concreto de um agente público identificado (ou prontamente identificável pelo Estado), deve-se admitir a denunciação da lide. Isso porque, mesmo que o particular não alegue ser o ato culposo ou doloso – pois não lhe é necessário alegar –, pode o Estado afirmar que, na *eventualidade* de comprovada a prática do ato (ônus probatório do particular), este é, *em tese*, culposo ou doloso. Em outras palavras, caso o ente público réu considere que, se forem provadas as alegações do autor, ele terá sofrido danos em razão de um ato culposo ou doloso de agente público identificado, seria admissível a denunciação da lide.

Por outro lado, caso o particular pleiteie a condenação do Estado por ter sofrido um dano anormal e específico, em detrimento da coletividade, *decorrente de um ato lícito* do Estado, certamente não será admitida a denunciação da lide. De fato, mesmo que o Estado entenda que o ato é, na verdade, ilícito e culposo, nesta situação o ato do agente público sequer seria analisado na lide primária, porque é realmente desimportante para o deslinde da causa.

Ademais, também se mostra indevida a denunciação da lide quando se alegar, na exordial, a responsabilidade do Estado por uma omissão genérica, quando eventual ato praticado por agente público igualmente será irrelevante no processo. De fato, muito embora não se negue que será discutida responsabilidade subjetiva, é certo que esta não se fundamenta no ato individual omissivo de um agente público, porque "[s]ão causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu" (DI PIETRO, 2021, p. 837), sendo fundamento totalmente inovador eventual conduta de servidor público.

Também deve-se admitir a denunciação da lide em casos que se aplique a responsabilidade subjetiva do Estado por atos de seus agentes, como ocorre em casos de erro médico ou de atos típicos do Poder Judiciário[20], pois nesses casos naturalmente terá que ser apurada culpa ou dolo.

Por fim, nos casos em que o próprio autor inclui no polo passivo o agente público além do Estado, também deve ser admitida a denunciação. Registre-se que, nesse caso, aplicando-se o entendimento do tema 940 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, deverá ser reconhecida a ilegitimidade passiva do servidor. Mas, ainda assim, não haverá necessidade de debate sobre o cabimento de denunciação da lide ao agente público. Isso porque o particular já assumiu o risco de eventual demora processual ao propor a demanda também contra agente público cuja responsabilização depende da comprovação de culpa ou dolo. O mesmo se verifica quando o particular concordar com a denunciação da lide, quando estará assumindo o risco de eventual demora.

5. DENUNCIAÇÃO DA LIDE QUE SE MOSTRA ADEQUADA DIANTE DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Demonstrado o cabimento da denunciação da lide ao agente público – que é o grande embate

20 Sobre os casos em que se alega erro médico, vide o posicionamento do STJ no REsp 1664908. Sobre atos típicos do Judiciário, confira-se a posição do STF no AgReg. ARE 770931.

doutrinário – cabe ressaltar diversos aspectos que fazem deste instituto medida fundamental para a adequada tutela dos interesses público e coletivo, se mostrando medida capaz de promover efetividade à prestação jurisdicional no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

Ao longo das constantes reformas legislativas da legislação processual, o que se viu foi um processo que cada vez mais se afasta de algo conceitual e formal "para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera." (BEDAQUE, 2005. p. 13).

Assim, a função jurisdicional não deve mais ser vista simplesmente como a atuação da vontade da lei, pacificação de conflitos ou a tutela de direitos subjetivos; pelo contrário, deve ser entendida como a necessidade de se conferir adequada tutela jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 143). Nesse sentido, merece destaque o entendimento de Antônio de Passo Cabral sobre o tema:

> o processo deve ser orientado para a tutela dos direitos, e deve ser adequado para desempenhar este escopo no interesse dos litigantes, que exercitam seus direitos perante o judiciário. Assim, deve-se fundar o escopo do processo de proteção dos direitos individuais nos próprios direitos subjetivos, e não em algo como a 'aplicação da lei'. (2015, p. 104)

Ademais, não há dúvidas que o direito do réu também deve ser tutelado, justamente o que acontece, por exemplo, quando a sentença reconhece a improcedência do pleito do autor, como já defendia Chiovenda (1969, p. 28).

Nesse aspecto é que se insere a denunciação da lide, modalidade de intervenção de terceiros que, como já visto, permite que a *jurisdição solucione, em ato materialmente uno, dois conflitos*.

Normalmente, isso já seria suficiente para demonstrar como se mostra medida de grande efetividade processual[21]. Porém, no caso da denunciação da lide ao agente público, diversos aspectos demonstram ainda mais tal caráter de efetividade.

Um destes aspectos é em favor do próprio agente público. O STF, ao consagrar a teoria da dupla garantia, assentou que o texto constitucional conferia uma garantia ao servidor em só responder perante a pessoa jurídica de direito público. Todavia, na prática, responder em ação de regresso posterior à condenação do Estado não se mostra tão vantajoso, quando envolver um ato em tese culposo. É que já haverá diversos elementos probatórios, produzidos sem a presença do agente público – que, por vezes, são admitidos como prova emprestada pelos tribunais[22]–, bem como uma sentença que, indiretamente, estará reconhecendo a prática de um ato culposo ou doloso. Assim, a defesa do agente público na ação regressiva já estará dificultada.

Ademais, levando-se em consideração o interesse público e coletivo, de toda a sociedade, a denunciação também se mostra efetiva na medida que permite a real concretização do carácter pedagógico e até punitivo, utilizados como fundamentação para fixação de altos valores indenizatórios em desfavor dos entes públicos. Com efeito, somente haverá algum efeito pedagógico e punitivo sobre a Administração caso a indenização seja cobrada, a tempo, do servidor público, o que não acontece com as ações de regresso

21 Nesse sentido: "O fundamento da denunciação da lide é a eficiência, evitando-se que a parte, após o término da demanda originária, na qual resulte derrotada, tenha que ingressar com uma demanda regressiva contra o sujeito que está obrigado a lhe ressarcir regressivamente. Atende-se, assim, ao princípio da eficiência no processo." (CUNHA, 2021, p. 165)

22 Assim já decidiu o TJPR (Apelação 15622172), o TJMG (Apelação 10713130059627001) e o TJRS (Apelação 70058940305).

que, quando propostas, o são anos depois da prática do ato[23]. Assim, diante do decurso do tempo, não há nenhum efeito pedagógico ou punitivo nas indenizações fixadas, visto que, quando o servidor é acionado para ressarcir o Estado, já está aposentado ou não mais labora no exercício das mesmas funções, não havendo nenhum efeito pedagógico na condenação.

Há, por fim, a adequada tutela do interesse público na medida em que o Estado não pode ser entendido como segurador universal. Deve, sim, indenizar os que sofram danos por atos ilícitos de seus agentes; porém o direito de regresso deve ser entendido como "o *poder-dever* que tem o Estado de exigir do funcionário público, causador de dano ao particular, a repetição da quantia que a Fazenda Pública *teve de adiantar à vítima* de ação ou omissão (…)" (CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 340).

Dessa forma, não há dúvidas de que a ação de regresso proposta após a condenação do Estado não se presta a esse papel, visto que, diante do grande decurso do tempo, o funcionário terá se aposentado, ou por vezes até falecido, sendo muito baixa a chance de ressarcimento aos cofres públicos.

Portanto, nos casos que admitida, a denunciação da lide deve ser vista como medida de efetivação da prestação jurisdicional, seja pela ótica do funcionário público, do Estado ou da sociedade.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, pode-se chegar a algumas conclusões sobre o tema. A primeira é que a ilegitimidade passiva do agente público para responder por seus atos em demanda ajuizado por, nos termos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, não impede a denunciação da lide. Afinal, no direito brasileiro essa modalidade de intervenção de terceiros implica exercício de uma demanda regressiva *do Estado contra o agente público*, e não diretamente do particular contra a pessoa do agente público. Assim, do direito de ação exercido através da denunciação, surgirá uma ação conexa e secundária à principal, sendo que ambas serão resolvidas por uma sentença formalmente una, mas materialmente dupla.

Com relação ao cabimento da denunciação da lide, verifica-se que esta deve ser admitida sempre que a demanda se fundamentar em um ato ilícito concreto praticado por um agente público identificado (ou identificável pelo Estado). A denunciação não deveria ser admitida apenas quando a causa de pedir do autor se fundar em responsabilidade por omissão genérica ou quando o pedido se fundar na responsabilização do Estado por ato lícito (nos casos em que esta é admitida).

Ademais, também deverá ser aceita quando a ação envolver a responsabilidade subjetiva do Estado por atos de seus agentes (a exemplo do erro médico e do ato jurisdicional típico), bem como quando o próprio particular concordar com a intervenção do servidor ou mesmo tiver proposto a demanda em face do agente (caso em que, ainda que reconhecida a ilegitimidade passiva do agente na lide primária, deve-se admitir a propositura da demanda regressiva do Estado em denunciação).

Por fim, pode-se concluir que a denunciação da lide ao agente público, nestes casos, é medida de efetivação da tutela jurisdicional, atendendo aos interesses público, coletivo e, não raras vezes, do pró-

23 Há diversos fatores que causam tal demora, como todo o trâmite da ação movida pelo particular e os largos prazos prescricionais quinquenais que têm o particular e o servidor, além de existir razoável entendimento, já superado (cf. STJ, REsp 1931452), de que o termo inicial para o exercício do direito de regresso seria o efetivo pagamento do precatório, o que, como notório, pode demorar mais de década.

prio servidor, que poderá ativamente influir na produção probatória da ação onde se alega a culpa ou dolo em um ato seu.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Manual de direito administrativo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ARAUJO, Alessandra de Souza. **A Denunciação da Lide nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado. Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**: tentativa de compatibilização. Tese de concurso de Professor Titular - Curso de Direito, Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2005.

BERWIG, Aldemir. **Direito administrativo**. Ijuí: Unijuí, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.480 de 2009.** Dispõe sobre responsabilidade civil do Estado. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=667069&filename=PL+5480/2009. Acesso em 11 set. 2021.

BRASIL. ***Constituição Federal de 1988.*** Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União. 12 dez. 1990.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. 13 mar. 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1384117/SP, 3ª Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 17 de maio de 2011. Diário de Justiça da União. 30 mai. 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 139358/MT, 1ª Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, 26 de novembro de 2013. Diário de Justiça Eletrônico. 04 dez. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 613190/SP, 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 06 de março de 2007. Diário de Justiça da União. 02 abr. 2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1664908/MT, 3ª Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de outubro de 2017. Diário de Justiça Eletrônico. 30 out. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1931452/DF, 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 22 de junho 2021. Diário de Justiça Eletrônico. 29 jun. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 770931/MT, 1ª Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 de agosto de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. 13 out. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 1027633/SP (Tema 940/RG), Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 de agosto de 2019. Diário de Justiça Eletrônico. 06 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 327904/SP, 1ª Turma. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. Diário de Justiça Eletrônico. 08 set. 2006.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região.** Apelação Cível nº 317572, 3ª Turma. Relator: Desembargador Federal Leonardo Resende Martins. Recife, PE, 20 de agosto de 2009. Diário de Justiça Eletrônico. 18 set. 2009.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais.** Entre publicismo e privatismo. Tese de livre docência - Curso de Direito, Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 7-B-b.

COSTA, José Maria da. **Denúncia da lide.** Migalhas, 07 jul. 2004. Gramatigalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/gramatigalhas/5342/denuncia-da-lide. Acesso em 11 set. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar.** São Paulo: Saraiva, 1980.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FONSECA, Rodrigo Garcia. **A responsabilidade civil do Estado e a denunciação da lide ao funcionário. Revista de informação legislativa, Senado Federal, Brasília, v. 35, n. 140, 1998.**

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10713130059627001, 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas. Belo Horizonte, MG, 21 de junho de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. 01 jul. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 10290090767218001, 8ª Câmara Cível. Relator: Juiz Convocado Fábio Torres de Sousa. Belo Horizonte, MG, 12 de julho de 2019. Diário de Justiça Eletrônico. 25 jul. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito Aplicado – Acórdãos e Votos**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NETTO, Felipe Peixoto Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PARANÁ. **Decreto 2.709, de 10 de setembro de 2019.** Aprova o Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado – PGE. Diário Oficial do Estado do Paraná. 10 set. 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 1562217-2, 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão. Curitiba, PR, 27 de outubro de 2016. Diário da Justiça. 24 nov. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Atualizado por: Gustavo Tepedino.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.** Apelação Cível nº 8.995, 5ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Barbosa Moreira. Diário de Justiça. Rio de Janeiro, 17 out. 1979.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70058940305, 20ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Carlos Cini Marchionatti. Porto Alegre, RS, 19 de novembro de 2014. Diário de Justiça. 01 dez. 2014.

SOMBRA, Juliana Lemos de Oliveira. A Legitimidade do Agente Público no Polo Passivo da Ação Judicial de Responsabilidade Civil do Estado. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado.** 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ZANCANER, Weida. **Responsabilidade extracontratual da administração pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981; 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

A OBSERVÂNCIA DE TESES FIRMADAS EM REPERCUSSÃO GERAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nathália dos Santos Paes de Barros[1]

RESUMO

O foco do estudo é investigar qual a influência da tese de repercussão geral fixada pelo STF para o Poder Executivo, no âmbito extraprocessual, quando da edição de seus atos, ou seja, se seria ou não obrigado a seguir a tese de repercussão geral fora do contexto de um processo judicial. Para tanto, este breve estudo traça um perfil do instituto da repercussão geral e se vale da interpretação comparativa com outros tipos de precedentes do Judiciário, sobretudo quanto a seus efeitos à Administração Pública, bem como a observância pelos entes públicos ao princípio da legalidade. A pretensão é singelamente verificar se o Administrador estaria imediatamente vinculado a seguir uma tese de repercussão geral em decorrência da edição desta pelo STF.

INTRODUÇÃO

O instituto da repercussão geral teve por uma de suas finalidades a diminuição do número de litígios judiciais mediante a uniformização da solução jurídica dada pelo Poder Judiciário, conferindo também segurança jurídica. Porém, poderia se falar em precedente obrigatório em face do Poder Executivo no tocante à expedição de seus atos, ou seja, fora de um processo judicial?

A indagação é pertinente porque a previsão legal existente no CPC – Código de Processo Civil se volta especificamente aos órgãos do Judiciário. Assim e considerando a Separação dos Poderes, quais as balizas para o Judiciário criar normas de observância geral e obrigatória com efeitos para todos, inclusive ao Poder Público, os entes da Federação?

O presente tem o foco singelo de investigar a obrigatoriedade de observância pela Administração Pública, assim entendido o Poder Executivo, de seguir o entendimento contido em teses proferidas em regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal – STF, órgão do Poder Judiciário.

A presente discussão é voltada especialmente para os casos em que uma tese fixada em regime de repercussão geral é contrária ao que dispõe a legislação local (v.g., estadual), sem que, no entanto, tal lei tenha sido especificamente objeto de análise pelo STF – Supremo Tribunal Federal.

1 Procuradora do Estado de MS desde 2005, atualmente Procuradora-Chefe da Procuradoria de Pessoal desde 2019, pós-graduada em Processo Civil pela PUC/SP em convênio com a OAB/MS, pós-graduada em Direito Tributário pela UNISUL/ESUD e pós-graduada em Processo Civil pela INPG/UCDB.

No âmbito federal[2], é mais corriqueiro que a própria lei federal esteja sob exame no paradigma de repetitivo, o que favorece a obediência no âmbito administrativo do que for decidido em regime repetitivo. No entanto, o mesmo fenômeno tem menor probabilidade de ocorrer em relação ao direito local daquele específico ente da Federação.

É o caso de uma lei estadual que, contendo previsão com teor similar ao de uma lei federal, vem a contrariar tese de repercussão geral que analisou apenas a lei federal, com tese contrária ao teor de ambas as normas.

O que se pretende debater é o caso em que a Administração Pública se vê, na expedição de um ato administrativo, diante do conflito entre aplicar ou não a norma estadual quando esta está em desacordo com a tese de repercussão geral, mas sem ter tido sua inconstitucionalidade analisada no julgamento paradigma.

A repercussão geral tem como seu centro gravitacional ser um desfecho para uma *quaestio*, ou seja, uma solução final para um problema. Portanto, a primeira intuição que se tem é que a repercussão geral remataria *todos* os casos concretos, até então sem um norte consistente, de forma direta.

No entanto, no afã de solucionar de forma rápida e una os conflitos, não se pode deixar de lado as balizas estipuladas pelo ordenamento jurídico para a aplicação das normas criadas pelo Judiciário; afinal, a separação entre os Poderes tem a qualidade de cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, da CF).

Este breve estudo visa a discutir o efeito vinculativo de tais precedentes para o administrador, ou seja, levando em conta o sujeito, com o olhar voltado para a hipótese acima retratada, de lei estadual contrária a tese de repercussão geral que examinou a constitucionalidade de norma federal de igual teor.

Para tanto, será averiguado o fundamento jurídico por trás do efeito vinculante da tese de repercussão geral, bem como a obediência ao princípio da legalidade e a separação dos poderes.

1. DESENVOLVIMENTO

No caso hipotético usado como parâmetro apenas para fins ilustrativos, imagine-se que tenha sido fixada tese de repercussão geral no sentido de que determinada previsão legal federal não se coaduna com os ditames da Constituição Federal.

Poder-se-ia importar tal raciocínio, de forma imediata pelo administrador, de modo que este deixe de aplicar uma norma estadual com previsão similar em decorrência direta da repercussão geral, mas editada na competência do Estado membro?

O que se busca discutir aqui não é se o administrador poderia deixar de aplicar norma por entendê-la inconstitucional, celeuma doutrinária[3], que também seria pertinente para solucionar o caso concreto. O que se quer investigar restringe-se aos limites da eficácia vinculante de precedente de repercussão

2 "Registre-se que a decisão do STJ e do STF na sistemática de julgamento dos recursos repetitivos vincula também a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), em decorrência dos Pareceres PGFN/CDA 2025, de 2011, e PGFN/CRJ/CDA 396, de 2013, assinados pelo Ministro de Estado da Fazenda e, posteriormente, por força da nova redação conferida ao art. 19, IV e V, da Lei 10.522/2002. Em outras palavras, uma vez vencida a tese fazendária no STJ ou STF, tanto a PGFN deixa de contestar e recorrer, como a RFB abstém-se de lançar." CAMPOS, Rogério et al. Novo Código de Processo Civil Comentado na Prática da Fazenda Nacional - Ed. 2017. Revista dos Tribunais.

3 VITÓRIA, Flavio Machado. *Reconhecimento de inconstitucionalidade de lei por ato administrativo.*

geral no âmbito extraprocessual, usando-se apenas como ponto de partida a situação de uma norma local com previsão similar à federal (competência concorrente decorrente do art. 24, XII da CF).

Por primeiro, imprescindível se conhecer a origem jurídica da repercussão geral para se compreender seu âmbito de incidência.

O julgamento em sede de repercussão geral faz parte do controle *difuso* de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal e ocorre no julgamento da espécie recursal denominada recurso extraordinário (art. 102, III, CF). Diz-se difuso para se diferenciar da categoria de controle *concentrado* de constitucionalidade (ações Diretas de Inconstitucionalidade-ADINs, Ações Declaratórias de Constitucionalidade-ADCs).

Uma das principais diferenças entre os dois tipos de controle de constitucionalidade[4] se dá quanto ao âmbito subjetivo de abrangência do julgamento. Enquanto o concentrado impõe eficácia *erga omnes*, ou seja, para todos, do que nele for decidido, o mesmo não se pode dizer do controle difuso, que somente tem efeito *inter partes*, exceto no que concerne aos precedentes obrigatórios, no que se inclui a tese de repercussão geral. Assim, com tais precedentes qualificados, o controle difuso se aproxima do concentrado no aspecto da abrangência.

Portanto, há uma tendência que vem se construindo – anterior ao Código de Processo Civil – de se *objetivar* o recurso extraordinário, aproximando-o, no que concerne aos seus efeitos, do controle *concentrado* de constitucionalidade, de modo que as decisões nele proferidas também se revestissem de um caráter mais genérico e normativo.

Com relação ao aludido fenômeno da objetivação do recurso extraordinário à luz do advento do sistema de precedentes do CPC, vale transcrever as palavras de Didier:

> A consagração de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil (aparentemente inquestionável ao menos após o CPC/2015, tal como examinado no v. 2 deste Curso) alterou o modo como se deve encarar o controle difuso de constitucionalidade das leis e, por consequência, a função do recurso extraordinário.
>
> (...) Chamava-se essa transformação do recurso extraordinário do recurso extraordinário de "objetivação" do recurso extraordinário. Mas não há mais necessidade disso. O recurso extraordinário é apenas mais uma peça no complexo sistema de formação de precedentes obrigatórios do Direito brasileiro e é isso o que deve ser destacado.

Portanto, sedimentou-se com o CPC o sistema de precedentes obrigatórios, fenômeno visto em vários de seus dispositivos, como o art. 926[5], tornando obsoleta a questão da objetivação do recurso extraordinário.

Como está tratada a força obrigatória conferida a tais julgamentos no Código? A previsão do CPC diz respeito, ao menos em sua literalidade, tão somente aos órgãos do Poder Judiciário, não fazendo a lei processual menção aos demais Poderes ou sujeitos, salvo raras exceções. Nesse aspecto o CPC passou a prever alguns precedentes com cunho de observância obrigatória:

4 NUNES JÚNIOR, F. M. A., *Curso de Direito Constitucional* - Ed. 2018, Revista dos Tribunais.

5 "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
>
> § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Nota-se que não está previsto como precedente obrigatório **o acórdão proferido em repercussão geral.** Quanto a tal omissão, há na doutrina[67] apontamentos de que, embora o art. 927 não faça menção expressa como uma das espécies de decisões a que os juízes e tribunais observarão, deve-se entender que o que for fixado em tal regime tem força vinculante na mesma medida, dentro da categoria "recursos repetitivos". Nesse sentido, MEDINA traz:

> Além das hipóteses mencionadas, há que se considerar, ainda, a de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, mesmo que tal julgamento se realize ***fora*** do regime de recursos repetitivos. A situação não é prevista no art. 927 do CPC/2015. O art. 1.030, I, ***a*** e II do CPC/2015 (na redação da Lei 13.256/2016), no entanto, dispõe sobre a negativa de seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal proferido no regime de repercussão geral, e, também, sobre o juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir de entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado em regime de repercussão geral. Assim, a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ***também deve ser observada pelos juízes***, a despeito de a hipótese não encontrar-se prevista no art. 927 do CPC/2015. O art. 988, § 5.º, II (também na redação da Lei 13.256/2016), por sua vez, dispõe que cabe reclamação contra decisão que desrespeitar acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, circunstância que impõe que se reconheça a força vinculante de tal precedente.

Observa-se, pois, que se entende a tese de repercussão geral como precedente vinculante, em decorrência não apenas da previsão do art. 927 do CPC, mas sobretudo em decorrência de outras previsões legais do mesmo código; como a de negativa de seguimento a recurso em contrariedade a tal tese, a possibilidade de retratação, pelo julgador, do acórdão prolatado em sentido oposto à tese, o cabimento da reclamação contra a decisão que não observa o precedente. Todos esses indicativos fazem com que se possa afirmar que a tese de repercussão geral tem efeito vinculante.

De tal contexto, pode-se concluir, até aqui, que a decisão proferida em repercussão geral vincula seus efeitos ao menos aos órgãos do Poder Judiciário, que, no exercício da competência jurisdicional, deverão obrigatoriamente seguir o entendimento nele firmado.

6 MEDINA, José Miguel Garcia: 2017, Novo Código de Processo Civil Comentado - Edição 2017 - Editor: Revista dos Tribunais.

7 "Embora o § 4º do art. 927 fale de "tese adotada em julgamento de casos repetitivos", deixando de se referir aos precedentes firmados em repercussão geral e aos precedentes estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça em casos "não repetitivos", isso obviamente deve ser visto como mero esquecimento, na medida em que é absurdo atribuir autoridade a decisões que não refletem a essência das funções das Supremas Cortes, esquecendo-se daquelas que realmente a representam. Ora, se o Supremo Tribunal Federal só pode julgar casos repetitivos quando há repercussão geral, é evidente que o que importa são os precedentes firmados em repercussão geral, motivo pelo qual não tem qualquer importância a circunstância de a repercussão geral estar relacionada com casos repetitivos e não com casos que não se reproduzem em massa." MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios* - Ed. 2016, Revista dos Tribunais.

Se, para o Judiciário, a força vinculante do acórdão proferido em repercussão geral está assentada, a situação não pode ser a mesma no caso da Administração Pública, assim considerada o Poder Executivo, por meio de seus atos administrativos; pelo menos não em decorrência direta das previsões acima, que se dirigem especificamente ao Judiciário.

É inequívoco que há força vinculante dos precedentes de repercussão geral em face do Poder Executivo quando o próprio ente é parte de um processo; mas isso se dá não pelo fato de se tratar do Poder Público. É meramente a decorrência da eficácia *inter partes* verificada em qualquer processo judicial.

Quer-se averiguar se haveria cabimento de se falar em precedente obrigatório de repercussão geral a vincular os atos administrativos, fora do contexto acima em que o ente é parte em um processo.

Pode parecer um contrassenso que o Executivo proceda em sua atividade sem observar uma tese que já é obrigatória no âmbito do Judiciário. Mais ainda em se considerando que este poder exerce o controle sobre a legalidade dos atos administrativos, desde que provocado.

Note-se que a discussão já foi levada ao Judiciário quanto ao Poder Legislativo. Discutiu-se se é ou não possível, a tal poder, editar lei contrária ao que foi decidido pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade -ADIN abaixo mencionada, a Corte Suprema posicionou-se pela não vinculação de decisões proferidas em controle abstrato pelo Legislativo, que pode criar uma previsão legal no mesmo sentido da norma declarada inválida pelo Supremo em ADIN:

> STF, ADI 5.105: […]. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. […] (STF, ADI 5.105, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015).[8]

O questionamento que ora se propõe, como já apontado, não inclui a hipótese de aplicação de uma previsão legal já especificamente rechaçada pela via da repercussão geral.

Coloca-se aqui o caso de uma hipotética norma local, que, dentro da competência legislativa constitucional, contenha previsão idêntica ou similar a uma previsão da legislação federal já objeto de análise pela via do controle difuso em sede de repercussão geral.

A norma estadual, porém, não fora declarada inconstitucional, pois não foi objeto do julgamento. Assim como podem existir normas de idêntico teor de outros Estados da federação que igualmente não foram objeto de escrutínio.

Para a própria segurança das instituições, a Administração Pública somente pode fazer o que está previsto em lei, ao contrário do particular, cuja conduta está jungida pela lei apenas no que esta não proibir. Trata-se do tão conhecido princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF).

Sobre o princípio, lição clássica de Hely Lopes Meirelles*: Na Administração Pública não há*

8 MEDINA, José Miguel Garcia: 2019, *Constituição Federal Comentada* - Ed. 2019, Revista dos Tribunais, Constituição Federal

liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Verifica-se, pois, que, em havendo legislação estadual que contenha previsão divergente do entendimento fixado em repercussão geral, não está autorizada a inobservância de uma lei, emanada pelo Legislativo, pela Administração Pública. Esta está jungida ao princípio da legalidade, esculpido no *caput* do art. 37 da CF.

Nada impede, todavia, que a Administração, mediante autorização legal, crie mecanismos para que se deixe de alegar uma lei estadual toda vez que houver a repercussão geral em sentido contrário, como autorização para não contestar ou recorrer[9]. Contudo, ressalte-se que tal previsão legal só pode ter incidência em relação à atuação dos advogados públicos em processos judiciais, mas não na atuação administrativa.

Para efeito de comparação e distinção, é importante verificar se existem previsões de outras categorias de atos judiciais que produzem efeito vinculante à Administração Pública. E a resposta é afirmativa, há tais casos.

É o caso das decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade-ADINs e ações declaratórias de constitucionalidade-ADCs, sobre as quais a CF é clara ao prever efeito vinculante especificamente à Administração Pública nas três esferas:

> Art. 102. (...)
> (...)
> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Igualmente é o que ocorre no caso de *súmulas vinculantes*, como prevê expressamente a Constituição Federal, em artigo acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Verifica-se também a previsão expressa de aplicação pela Administração Pública do acórdão de repercussão geral que tratar especificamente sobre serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, de que se ocupa o Código de Processo Civil/2015, *verbis*:

> Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

9 "A PGFN, por opção própria, desde a edição do Parecer PGFN/CRJ 492/2010, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, da Portaria PGFN 294/2010 e, posteriormente, com as alterações no art. 19 da Lei 10.522/2002, não contesta nem recorre de decisões exaradas em observância aos julgamentos pela sistemática dos recursos repetitivos, bem como não recorre das decisões que aplicam a jurisprudência pacífica do STJ e do STF, mesmo não formada sob a referida sistemática" CAMPOS, Rogério et al. Novo Código de Processo Civil Comentado na Prática da Fazenda Nacional - Ed. 2017. Revista dos Tribunais.

> (...)
> IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Portanto, vê-se a previsão de força vinculante à Administração Pública no caso de decisões proferidas em ADINS e ADCs (art. 102, §2º, da CF), de súmulas vinculantes (art. 103-A da CF, incluído pela EC 45/04), bem como de acórdãos em sede de repercussão geral sobre serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização (art. 1.040, IV, do CPC).

Afora os casos de permissão, concessão e autorização de serviço público, a ausência de previsão expressa de efeitos vinculantes à Administração Pública no caso de acórdãos em sede de repercussão geral ganha contornos mais expressivos, portanto, quando se compara a previsão aos três casos acima.

Por cotejo, aparentemente, o legislador, genericamente tomado, preocupou-se em prever expressamente efeitos vinculantes ao Executivo em certos institutos, o que leva à conclusão, por distinção, de que, se tivesse a intenção de conferir tal efeito no caso do acórdão da repercussão geral, o faria constar.

Cuida-se de interpretação sistemática, tratada por Maximiliano[10], que descreve o processo:

> (...) consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.
>
> (...) Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram, verifica-se o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é mais bem-compreendido.

Mesmo diante de tal omissão, cabe perquirir, pelo sistema constitucional vigente, se poderia haver algum efeito vinculante das decisões proferidas em sede de repercussão geral em face do Executivo quando este não é parte no processo do recurso extraordinário ou em outro processo judicial no qual caiba a aplicação da tese.

Cumpre lembrar que o objeto do recurso extraordinário, tal como fixado na Constituição Federal (art. 102, III e alíneas), é o resguardo da Lei Maior de 1988, inclusive no que concerne ao controle de constitucionalidade das normas estaduais e federais frente à CF/88.

No que diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade, não há previsão de efeitos *erga omnes* quanto à declaração de (in)constitucionalidade de normas, ainda que esta seja proferida pela cúpula do Poder Judiciário e Guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal.

Tanto é que o constituinte federal fez questão de prever um mecanismo de fazer valer a decisão do Poder Judiciário nesse caso, de forma segura e por meio do equilíbrio entre os poderes; trata-se da previsão de competência privativa do Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei

10 MAXIMILIANO, Carlos: 2011, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, p. 104.

declarada pelo STF como inconstitucional, por decisão definitiva (art. 52, X, da CF). Segundo Medina[11], ao comentar o dispositivo:

> Sob este prisma, o texto declarado inconstitucional pelo STF (no julgamento de um recurso extraordinário, p.ex.) necessitaria da suspensão determinada pelo Senado Federal. Assim, a decisão teria eficácia ex tunc em relação às partes originárias da relação processual e eficácia ex nunc em relação aos demais cidadãos, a partir da suspensão do texto pelo Senado Federal.

Bem verdade que tal previsão vem sendo mitigada, como traz o autor:

> (...) "A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes". Diante disso, afirma-se que, "se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão do Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica" (Gilmar Ferreira Mendes, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, cit., p. 267). Tende-se, assim, a dispensar a manifestação do Senado também no caso de controle difuso de constitucionalidade.

De todo modo, a partir da EC 45/2004, com mais assento, o STF não necessita mais aguardar a resolução do Senado para cessar a incidência da norma declarada inconstitucional: pode editar ato específico e formal, a súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da CF/88, conforme já citado. Bem da verdade, há ainda mais uma condição para a edição de tal ato:

> a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Para o mesmo autor:

> O art. 103-A da Constituição Federal (inserido pela EC 45/2004) dispõe que compete ao STF o poder de editar súmulas vinculantes em matéria constitucional. (...) A orientação contida no enunciado da súmula vinculante deverá ser observada pelos demais juízes e tribunais (assim como pelos agentes da Administração).

Como se verifica, o legislador criou uma série de exigências e foi bastante preciso quando quis obrigar o Executivo a obedecer a um comando oriundo do Judiciário, o que se coaduna com o princípio da separação dos Poderes, encartado no art. 2º da CF/88.

Pelo que se observa, o Administrador, jungido que está pelo princípio da legalidade, não pode ser compelido a exarar seus atos em contrariedade ao que prevê uma lei estadual em decorrência da *ratio decidendi* de uma tese de repercussão geral.

Tal entendimento, porém, não escusa a necessária atuação do administrador voltada tomar medidas para deixar de aplicar uma norma que lhe pareça contrária à Constituição Federal, como propor

11 MEDINA, José Miguel Garcia: 2019, *Constituição Federal Comentada* - Ed. 2019, Revista dos Tribunais, Constituição Federal.

ADIN para que a lei seja extirpada do ordenamento ou se valer de outros mecanismos para fundamentar o afastamento da norma que considera inconstitucional, com todos os riscos que isso oferece ao administrador.

Mas o que se percebe é que a não aplicação da norma estadual, contrária à tese de repercussão geral, não pode decorrer meramente de um suposto poder vinculante da *ratio decidendi* do precedente, principalmente em razão do princípio da legalidade.

CONCLUSÃO

Apesar do caráter vinculante do acórdão proferido em regime de repercussão geral pelo STF, tal obrigatoriedade somente pode ser imputada imediatamente ao Poder Judiciário, por serem as previsões do ordenamento dirigidas especificamente a tal Poder. Ao Executivo, inclusive em respeito à Separação dos Poderes (art. 2º da CF), é necessário que a tese tenha sido submetida ao devido processo legal, ou seja, que haja um processo judicial em relação àquele sujeito.

Por consequência, não é juridicamente correto se considerar automaticamente inválida uma norma estadual em razão de tese de repercussão geral que contrarie tal texto legal. A exceção se verifica, é claro, quando a norma estadual é discutida no processo judicial concreto, em que foi firmada a tese de repercussão geral, ou em algum processo judicial em que a Administração seja parte, pois neste caso haverá declaração de inconstitucionalidade daquela norma específica, mesmo no controle difuso, como vê a doutrina, com efeitos da decisão às partes.

Não há obrigatoriedade, voltada a outros poderes, que não o Judiciário, quanto às teses de repercussão geral, de forma imediata, como regra geral. Isso significa que, como a Administração somente pode agir dentro do que a lei prevê, em havendo conflito entre uma previsão legal e uma tese de repercussão geral, o administrador deverá se pautar pela primeira, até que se declare aquela norma em especial como inconstitucional, podendo tal declaração se dar ou não em sede de repercussão geral.

Isso não significa, todavia, que o Administrador deve deixar de lançar mão de mecanismos para deixar de aplicar normas contrárias à *ratio decidendi* de teses de repercussão geral nos casos em que atua, adentrando-se aí em tema diverso, mais atinente aos poderes do administrador para afastar a aplicação de uma norma tida por ele como inconstitucional[12].

12 Discussão que pôde ser vista, v.g., na ADI 221-ADI 221 MC, Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 29/03/1990, Publicação: 22/10/1993, Ementa AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISORIA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR. - POR SER A MEDIDA PROVISORIA ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI, NÃO E ADMISSIVEL SEJA RETIRADA DO CONGRESSO NACIONAL A QUE FOI REMETIDA PARA O EFEITO DE SER, OU NÃO, CONVERTIDA EM LEI. - EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, NÃO SE ADMITE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POR LEI OU POR ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POSTERIORES. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU DOS ATOS NORMATIVOS E DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIARIO. OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, POR SUA CHEFIA - E ISSO MESMO TEM SIDO QUESTIONADO COM O ALARGAMENTO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -, PODEM TÃO-SÓ DETERMINAR AOS SEUS ÓRGÃOS SUBORDINADOS QUE DEIXEM DE APLICAR ADMINISTRATIVAMENTE AS LEIS OU ATOS COM FORÇA DE LEI QUE CONSIDEREM INCONSTITUCIONAIS. - A MEDIDA PROVISORIA N. 175, POREM, PODE SER INTERPRETADA (INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO) COMO AB-ROGATÓRIA DAS MEDIDAS PROVISORIAS N.S. 153 E 156. SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISORIAS DO DIREITO BRASILEIRO. - REJEIÇÃO, EM FACE DESSE SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO, DA PRELIMINAR DE QUE A PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTA PREJUDICADA, POIS AS MEDIDAS PROVISORIAS N.S. 153 E 156, NESTE MOMENTO, SÓ ESTAO SUSPENSAS PELA AB-ROGAÇÃO SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA, AB-ROGAÇÃO QUE SÓ SE TORNARA DEFINITIVA SE A MEDIDA PROVISORIA N. 175 VIER A SER CONVERTIDA EM LEI. E ESSA SUSPENSÃO, PORTANTO, NÃO IMPEDE QUE AS MEDIDAS PROVISORIAS SUSPENSAS SE REVIGOREM, NO CASO DE NÃO CONVERSAO DA AB-ROGANTE. - O QUE ESTA PREJUDICADO, NESTE MOMENTO EM

Contudo, na atuação administrativa, não se pode olvidar do princípio da legalidade, que deve reger tal atuar, não havendo, no ordenamento constitucional ou processual, previsão que obrigue, ou mesmo autorize, o administrador a seguir teses de repercussão geral, genericamente consideradas, de forma direta, sobretudo porque a força vinculante do precedente é voltada aos órgãos do Judiciário, que somente têm atuação no âmbito de um processo judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. 2017 Ação Rescisória e Precedentes - Ed. 2021. RT, Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/259456795/v1 acesso em 20 nov. 2021.

CAMPOS, Rogério et al. *Novo Código de Processo Civil Comentado na Prática da Fazenda Nacional* - Ed. 2017. Revista dos Tribunais. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/122740076/v1/document/126861013_SS.II_S.II_C.VI_TIT.II_L.III_PT.ES/anchor/a-A.1040 Acesso em 20 nov. 2021.

DIDIER JÚNIOR, F., CUNHA, L.C.. *Curso de Direito Processual Civil.* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

MARINONI, L.G., *Precedentes Obrigatórios* - Ed. 2016, Revista dos Tribunais. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75380394/v5/document/116216546/anchor/a-116216546 Acesso em: 20 nov. 2021

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

MEDINA, J.M. G.: 2019, *Constituição Federal Comentada* - Ed. 2019, Revista dos Tribunais. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/93667770/v4/page/RL-1.22 Acesso em: 20 nov. 2021.

MEDINA, J. M.G., *Novo Código de Processo Civil Comentado.* com Remissões e Notas Comparativas ao CPC/1973. 3. Ed.São Paulo : Editora dos Tribunais, 2015.

MEDINA, J. M.G., *Novo Código de Processo Civil Comentado.* com Remissões e Notas Comparativas ao CPC/1973. 2. Ed. em e-book baseada na 4. Ed. Impressa : Editora dos Tribunais, 2017. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/71725524/v5/document/123903351_C.I_TIT.I_L.III_PT.ES/anchor/a-A.927 Acesso: 20 nov. 2021.

MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000. v. 5.

NUNES JÚNIOR, F. M. A., *Curso de Direito Constitucional* - Ed. 2018, Revista dos Tribunais. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2/docu-

QUE A AB-ROGAÇÃO ESTA EM VIGOR, E O PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR, CERTO COMO E QUE ESSA CONCESSÃO SÓ TEM EFICACIA DE SUSPENDER "EX NUNC" A LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO. E, EVIDENTEMENTE, NÃO HÁ QUE SE EXAMINAR, NESTE INSTANTE, A SUSPENSÃO DO QUE JA ESTA SUSPENSO PELA AB-ROGAÇÃO DECORRENTE DE OUTRA MEDIDA PROVISORIA EM VIGOR. PEDIDO DE LIMINAR JULGADO PREJUDICADO "SI ET IN QUANTUM". INCLUSAO: 03.11.93, (MV). ALTERAÇÃO: 10.11.93, (MV). Alteração: 06/09/2011, (LCG).

ment/149113112/anchor/a-149113112 Acesso em 20 nov. 2021.

VITÓRIA, Flavio Machado. *Reconhecimento de inconstitucionalidade de lei por ato administrativo.* 2014. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/reconhecimento-de-inconstitucionalidade-de-lei-por-ato-administrativo/ Acesso em: 21 nov. 2021.

WAMBIER, T. A .A., WAMBIER, L. A. A., *Temas Essenciais do Novo CPC.* Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. De acordo com a Lei 13.256/2016. 1 ed. Em e-book baseada na 1 ed. Impressa. Revista dos Tribunais. 2016. 41. Recurso Especial e Extraordinário - Alterações Comuns a Ambos. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/112230608/v1/document/112837874/anchor/a-112837874. Acesso em: ago. de 2016.

DA HIPÓTESE DE NÃO OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTE OBRIGATÓRIO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM JULGAMENTOS DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO REPETITIVOS, POR PARTE DOS JUÍZES E TRIBUNAIS, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO: APLICAÇÃO DIRETA DO ART. 1.041, E ART. 1.030, V, C, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Pablo Henrique Garcete Schrader[1]

RESUMO

O objetivo deste trabalho é abordar tema alusivo à atuação dos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais, em sede de juízo de retratação, no que concerne à manutenção ou não do acórdão recorrido, com o julgamento proferido em recurso repetitivo ou em repercussão geral, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do disposto no art. 1.041, do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, analisar-se-á a questão dos precedentes vinculantes e persuasivos, diante do novo diploma processual civil, além da observância obrigatória, por parte dos juízes e Tribunais estaduais e federais, dos acórdãos prolatados sob a sistemática do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Também, será procedido exame doutrinário e jurisprudencial acerca da sobredita questão, inclusive no que toca (i) à utilização de reclamação (art. 988, §5º, II, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei n.º 13.256, de 4 de fevereiro de 2016), (ii) à interposição de outro recurso especial ou extraordinário e (iii) ao simples envio dos recursos extremos interpostos anteriormente, para o fim de que a matéria seja decidida, de forma definitiva, pelas Cortes Superiores, sobretudo porque os recursos extraordi-

ABSTRACT

The objetive of this paper is to adress a theme referring to the performance of the State Courts of the Justice and Federal Regional Courtis, in the seat of retraction, with regard to the maintenance or not of the judgment under appeal, with the judgment rendered in repetitive appeal or in general repercussion, respectively, by the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court, in light of the provisions of art .1.041 of the 2015 Code of Civil Procedure. To this end, the issue of binding and persuasive precedents will be analyzed, in light of the new civil procedural law, in addition to the mandatory observance by judges and state and federal courts of judgments issued under the system of extraordinary and repetitive special. Also, a doctrinal and jurisprudential examination will be carried out on the aforementioned issue, including with regard to (i) the use of a complaint (art. 988, §5, II, of the Civil Procedure Code, included by Law No. 13,256, of 4 February 2016), (ii) the filing of another special or extraordinary appeal and (iii) the simple sending of the extreme appeals previously filed, so that the matter can be decided, definitively, by the Superior Courts, mainly because the extraordinary and special repetitive remedies were passed on by them as

1 Bacharel em Direito pela União da Associação Educacional Sul-Mato-Grossense Faculdades Integradas de Campo Grande (FIC-UNAES). Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB/ESMAGIS (lato sensu). Pós-graduado (especialista) em Advocacia Pública pelo Instituto Para o Desenvolvimento Democrático – IDDE. Pós-graduado (lato sensu) e especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Unigran Capital. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE-MS).

nário e especial repetitivos foram por estas prolatados como precedentes, a teor do disposto no art. 927, III, do referido códex. Por derradeiro, será sugerida solução visando equacionar tais julgamentos, diante de uma interpretação lógico-sistemática do moderno processo civil introduzido pelo novo Código de Processo Civil, por meio das Leis n.ºs 13.105, de 16 de março de 2015 e 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

precedents, in accordance with the provisions of art. 927, III, of said codex. Finally, a solution will be suggested aiming to settle such judgments, in view of a logical-systematic interpretation of the modern civil procedure introduced by the new Civil Procedure Code, through Laws No. 13,105, of March 16, 2015 and 13,256, of 4 February 2016.

PALAVRAS-CHAVE: Recursos especial e extraordinário repetitivos. Precedentes. Juízo de retratação. Manutenção do acórdão divergente. Envio dos apelos extremos aos Tribunais Superiores.

KEYWORDS: Repetitive special and extraordinary features. Precedent. Judgment of retraction. Maintenance of the divergent judgment. Sending extreme appeals to the Superior Courts.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do retorno do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais aos tribunais inferiores e da disposição no novo Código de Processo Civil do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos e do seu processamento. 2. Dos precedentes no Novo Código de Processo Civil de 2015. 3. Da observância obrigatória, por parte dos juízes e tribunais estaduais e federais, dos acórdãos prolatados em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. 4. Da medida processual/judicial cabível ante a hipótese de os tribunais inferiores divergirem do entendimento firmado pelos Tribunais Superiores sob a sistemática de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivo ou, diante do não exercício do juízo de retratação. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à atuação dos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais, em sede de juízo de retratação, no que concerne à manutenção ou não do acórdão recorrido, com o julgamento proferido em recurso repetitivo ou em repercussão geral, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do disposto no art. 1.041, do Código de Processo Civil de 2015.

Para tanto, analisar-se-á a questão dos precedentes vinculantes e persuasivos, diante do novo diploma processual civil, além da observância obrigatória, por parte dos juízes e Tribunais estaduais e federais, dos acórdãos prolatados sob a sistemática do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Outrossim, será procedido exame doutrinário e jurisprudencial acerca da sobredita questão, inclusive no que toca (i) à utilização de reclamação (art. 988, §5º, II, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei n.º 13.256, de 4 de fevereiro de 2016), (ii) à interposição de outro recurso especial ou extraordi-

nário e (iii) ao simples envio dos recursos extremos interpostos anteriormente, para o fim de que a matéria seja decidida, de forma definitiva, pelas Cortes Superiores, sobretudo porque os recursos extraordinário e especial repetitivos foram por estas prolatados como precedentes, a teor do disposto no art. 927, III, do referido códex.

Por derradeiro, será sugerida solução visando equacionar tais julgamentos, diante de uma interpretação lógico-sistemática do moderno processo civil introduzido pelo novo Código de Processo Civil, por meio das Leis n.ºs 13.105, de 16 de março de 2015 e 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

1. DO RETORNO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS AOS TRIBUNAIS INFERIORES E DA DISPOSIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS E DO SEU PROCESSAMENTO

O recente Código de Processo Civil, instituído pela Lei n.º 13.150, de 16 de março de 2015, no Livro III, trata dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. E, em seu Título II, dispõe sobre os recursos, desde o art. 994 até o art. 1.044.

Outrossim, no Capítulo VI, versa sobre o manejo dos recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça (vide artigos 1.027 a 1.044). Na Seção II, dispõe acerca dos recursos extraordinário e especial (artigos 1.029 a 1.041). Por fim, na Subseção II, tem-se o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, consoante se colhe dos artigos 1.036 a 1.041.

Nesse sentido, a fim de manter-se a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência dos tribunais, a teor do disposto no art. 926[2], do Código de Processo Civil de 2015, o *novel* diploma processual civil trouxe, em seu artigo 927, inciso III, o seguinte mandamento:

> Art. 927. *Os juízes e os tribunais observarão:*
>
> [...]
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em *julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*;

Também, o art. 928, II, do Código de Processo Civil, considera como julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Assim, analisando-se os preceitos legais acima ventilados – cujo procedimento encontra-se previsto nos artigos 1.036 e ss. do CPC/2015 -, havendo multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais que digam respeito a idênticas questões de direito, serão selecionados dois ou mais recursos representativos da controvérsia, suspendendo-se a tramitação dos demais, a fim de que seja decidida a questão e fixada *tese* pelo Tribunal Superior (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso), cuja tese deverá ser observada em relação aos recursos cuja tramitação ficou suspensa (cf. art. 1.037 do CPC/2015), e, no sistema do CPC/2015, em relação a causas supervenientes em que aparecer a mesma questão jurídica (cf., p. ex., arts. 12, §2º, II, 311, II, 332, II, 927, III, e §§ 2º a 4º, 932, IV, *b*, V, *b* etc.).

2 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Neste comenos, acerca de tal aspecto, cita-se lúcida passagem de José Miguel Garcia Medina[3]:

> No procedimento previsto nos arts. 1.036 e ss. do CPC/2015, não se trata apenas de técnica a ser empregada com o intuito de dar cabo de grande quantidade de recursos que versem sobre o mesmo tema de direito, mas que, tal como o incidente de resolução de demandas (*rectius*: questões) repetitivas, deve ser entendido como mecanismo que propicia a previsibilidade, mitigando a instabilidade jurídica.
>
> Os "julgamentos de casos repetitivos" (recursos extraordinário e especial repetitivos e incidentes de resolução de demandas repetitivas, cf. art. 928 do CPC/2015), juntamente com o incidente de assunção de competência (que tem cabimento quando não houve "repetição em múltiplos processos", embora exista "relevante questão de direito, com grande repercussão social", cf. art. 947 do CPC/2015), "fecham" o sistema.

Volvendo-se ao processamento dos recursos especial e extraordinário, tem-se que estes serão interpostos no prazo de 15 (quinze) dias úteis (art. 1.003, §5º, CPC), contados da publicação do acórdão recorrido na imprensa oficial, para o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem em petições distintas (art. 1.029, CPC). Se a interposição for conjunta, não precisa ser feito simultaneamente por ausência de previsão legal nesse sentido (não há regra de preclusão consumativa fixada em lei)[4].

Ao receber os recursos, a secretaria de tribunal estadual ou federal intimará o recorrido, abrindo-lhe vista para apresentar contraminuta no prazo de 15 (quinze) dias úteis (art. 1.030, CPC)[5].

Aliás, vale a pena colacionar um breve histórico da legislação iniciada com o novo CPC e àquela que sobreveio antes de sua entrada em vigor, nas palavras de Renato Montans de Sá:

> Tratava-se de inovação do CPC/2015, já que no sistema do CPC/73 o juízo *a quo* procedia à análise da admissibilidade do recurso, que não vinculava o órgão *ad quem*. Ao contrário do que se sucede em outras legislações, na sistemática processual brasileira, via de regra, os recursos sempre foram interpostos perante o próprio órgão de que emanou a decisão impugnada. Apenas numa segunda etapa é que se encaminha ao órgão *ad quem* para julgamento de mérito.
>
> A sistemática do CPC/73 fazia surgir o problema da discriminação das competências sob o ponto de vista funcional. Nos sistemas em que se endereça já ao grau superior, o mecanismo, por esse prisma, se torna mais fácil, visto que será nesse órgão que se exercerá toda atividade cognitiva dos juízos de prelibação e delibação. Nesse ponto, merecia aplausos a alteração da regra pela nova legislação, já que tanto a atividade de conhecimento como a análise do mérito recursal ficam concentradas no órgão *ad quem*.
>
> Contudo, a reforma durou pouco. A Lei n. 13.256/2016 voltou com a regra original. Dessa forma, compete aos Tribunais Regionais/locais procederem ao juízo de admissibilidade.
>
> A manutenção do regime do CPC/73 foi o principal motivo da criação dessa "reforma da reforma" instrumentalizada pela Lei n. 13.256/2016. Não se desejava retirar o "filtro" estabelecido pelos tribunais dos Estados, já que se permitiria a subida de todos os recursos. Contudo, a suposta contenção em segundo grau é apenas aparente, pois os recursos serão levados aos Tribunais Superiores por meio do Agravo (art. 1.042, CPC/2015).

No mesmo norte, José Miguel Garcia Medina[6] relata o escorço histórico em exame:

3 MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1402-1403.

4 SÁ, Renato Montans de. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1586.

5 Oportuno frisar que, na versão original do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 13.105/2015, findo este prazo ,os autos seriam remetidos ao Tribunal, independentemente de admis sibilidade.

6 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1376-1377.

> De acordo com a redação original do CPC/2015 (anterior à reforma da Lei 13.256/2016), como regra, o órgão jurisdicional *a quo* não realizaria qualquer exame de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial (cf. redação anterior do art. 1.030, caput, *in fine* e parágrafo único, do CPC/2015). Havia exceções à regra, apenas ligadas à técnica de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral e de recursos extraordinário e especial repetitivos (cf. arts. 1.035, §§ 6º e 8º, 1.036, §2º, 1.039, parágrafo único e 1.040, I, do CPC/2015), hipótese em que caberia agravo previsto no art. 1042 do CPC/2015, a ser julgado pelo tribunal superior competente.
>
> Tal sistemática foi alterada pela Lei 13.256/2016, que fez com que se adotasse modelo similar àquele que decorria da aplicação dos arts. 542 e 544 do CPC/1973.
>
> De acordo com a nova redação do art. 1.030 do CPC/2015, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido realizará juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial (art. 1.030, V do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Não admitido o recurso, caberá agravo ao tribunal superior (cf. art. 1.042 do CPC/2015, nos termos do art. 1.030, §1º do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016).
>
> Ainda de acordo a nova redação do art. 1.030 do CPC/2015, a presidência ou vice-presidência do tribunal recorrido negará seguimento a recurso extraordinário, caso o STF tenha negado repercussão geral à controvérsia (art. 1.030, I, *a,* 1ª parte, do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Aqui, está-se, ainda, diante de atividade que se insere no âmbito do exame da admissibilidade do recurso.
>
> No caso do art. 1030, I, *a*, 2ª parte, e *b* do CPC/2015 (na redação da Lei 13.256/2016), a presidência ou vice-presidência do tribunal recorrido negará seguimento a recurso extraordinário interposto contra decisão proferida em conformidade com entendimento exarado em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral ou recursos extraordinário ou especial repetitivos. No caso, a atividade da presidência ou vice-presidência do tribunal local, a nosso ver, aproxima-se do próprio exame do mérito do recurso, já que o que se faz, aqui, é a análise das razões de recurso, para se verificar se a decisão recorrida contraria, ou não, orientação oriunda do tribunal superior. A despeito disso, nesse caso caberá agravo interno, e não agravo para o tribunal superior (cf. art. 1.021 do CPC/2015, nos termos do art. 1.030, §2º do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Contra a decisão que julgar o agravo interno, nessa hipótese, poderá caber reclamação (cf. art. 988, IV e §5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016).

Vê-se, pois, que o Código de Processo Civil de 2015 havia alterado essa sistemática de análise de admissibilidade, de um viés bipartido entre o Tribunal e o Tribunal *ad quem*, para um novo juízo de admissibilidade, realizado de modo único, com a competência somente do Tribunal competente para o julgamento do mérito recursal. O intuito era a opção pela celeridade processual, poupando do juízo *a quo* a realização de uma análise sobre o processo, somente contendo uma função automática e processual, sem cunho decisório. Recurso excepcional interposto, intimação para as contrarrazões e remessa ao Tribunal Superior, essas seriam as funções almejadas pelo CPC/2015 em sua redação original.[7]

Prosseguindo, interessante crítica formulada a esse respeito por Vinicius Silva Lemos[8] vale ser reproduzida a seguir:

> A alteração, no entanto, gerou inúmeras críticas dos Tribunais Superiores, com o receio de remessa em grande quantidade de recursos excepcionais, de imediato, sem um filtro de admissibilidade, inviabilizando, tanto fisicamente, quanto processualmente, tais Tribunais, atrasando a prestação

7 Num exercício de revisão, ao mesmo tempo da redação original, o modus operandi imaginado era dessa maneira: "Recebida a petição de recurso, haverá intimação ao recorrido, para contrarrazoar, no prazo de 15 (quinze) dias. Depois disso, diz o parágrafo único, os autos serão remetidos ao Tribunal Superior, onde será feito o primeiro juízo de admissibilidade. Trata-se de alteração relevante que teve como objetivo evitar um recurso: o que cabe, à luz do CPC/73, da decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário e ao recurso especial. Esta supressão torna evidentemente o sistema mais simples e a simplicidade foi um dos principais objetivos almejados pelo legislador." ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Ed. RT. 2015. p. 1.497.

8 LEMOS, Vinicius Silva. Recursos e processos nos tribunais. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 569-571.

> jurisdicional. O argumento apresentado pelo ministro Luiz Fux, que participou da comissão de estudos da nova codificação, foi de que a grande maioria dos processos que chegava aos Tribunais Superiores era por via de agravo nos próprios autos, o que forçava a ida do processo para tais instâncias excepcionais.[9]
>
> Entretanto, com a sanção presidencial do texto original do CPC/2015, os Tribunais Superiores não acataram essa ideia e trabalharam contra essa admissibilidade monofásica, com o intuito de derrubá-la, mesmo com a existência expressa legalmente, com o intuito de restaurar a dualidade no juízo de admissibilidade. O argumento foi que menos da metade[10] dos recursos excepcionais subiam via agravo, com a necessidade de continuidade desse filtro de admissibilidade.
>
> [...]
>
> De certa maneira, os Tribunais Superiores tinham razão imediata, o que geraria um evidente aumento indevido de recursos recepcionados em suas distribuições, a partir de 2016, com a vigência do *novel* ordenamento, caso nada fosse feito. Todavia, como o CPC/2015 concedeu ênfase aos incidentes formadores de precedentes, com a necessidade de uniformização e pacificação de entendimentos, talvez, com uma boa e devida utilização desses institutos, resultando numa formação devida de precedentes, com a pacificação de controvérsias e matérias, não chegariam, a médio prazo, a mesma quantidade recursal. O normal, com todas as novidades sendo efetivadas, seria caírem os números de recursos excepcionais. Entretanto, não houve tempo para visualizar qualquer realidade[11], positiva ou negativa, uma vez que a alteração, proposta no CPC/2015, já caiu por terra, quando da alteração legislativa da Lei nº 13.256/2016.
>
> [...]
>
> Uma pena, mas uma realidade processual do antigo ordenamento foi novamente reintroduzida no ordenamento.

Com efeito, diante do disposto nos arts. 926 e 927, ambos do Código de Processo Civil, infere-se que o juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários deveria ser efetuado unicamente pelos respectivos Tribunais Superiores, pois a estes caberiam o juízo de mérito recursal e a prolação de decisões que deveriam ser observadas pelos tribunais estaduais ou federais.

Entretanto, por questões de números e ante o alegado excesso de recursos, os tribunais superiores, por intermédio da reforma efetivada pela Lei n.º 13.256/2016, conseguiram fazer volver o juízo de admissibilidade recursal para os tribunais inferiores, tal qual existia na vigência do revogado CPC/1973, cuja situação, a toda evidência, contraria o espírito de prevalência dos precedentes instituído pelo novo

9 "Oque hoje ocorre? Inadmissível lá embaixo, as partes oferecem agravo de instrumento, vem pra cá, vem por ARE (Agravo em recurso extraordinário). Nós decidimos monocraticamente, o ARE e vem agravo regimental. Então, de três nós passamos para dois recursos", disse Fux. "Então isso já mostra que há um compromisso com a duração razoável do processo. E se tem alguém que tem que ter esse compromisso é o STF." Matéria sobre a reação do Ministro Fux às críticas ao novo CPC realizadas por estudo do STF, pelo link: www.jota.info/fux-rebate-criticas-ao-novo-cpc

10 No entanto, os tribunais superiores pensaram o hoje, a aflição, correta em parte, que seria o recebimento, para cada tribunal, de cerca de 200 mil recursos a mais anualmente, que são represados pelos tribunais de segunda instância. Números citados nessa matéria: http://www.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processofux

11 "Entretanto, demonstra-se totalmente compreensível a preocupação de nossas cortes supremas com o aumento de trabalho diante da assunção do exercício do juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial, dada a extrema quantidade de trabalho já exercida por estas Cortes. Devemos considerar ainda que os processos que tramitam atualmente têm decisões proferidas sem levar em consideração o sistema de precedentes do novo CPC, o qual terá sua vigência iniciada em março de 2016 e levará algum tempo para ter seu sistema de precedentes implementado, mediante decisões sendo proferidas em respeito aos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos no artigo 927 do novo CPC, até porque algum destes precedentes passarão a ser criados apenas na vigência do novo CPC, tais como os decorrentes da assunção de competência e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Neste sentido, propomos ao Congresso Nacional uma regra de transição para o novo CPC no tocante ao juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial, de modo a conciliar a necessidade de manter íntegro o sistema de precedentes, bem como a atender a preocupação do STF e do STJ pelo aumento de trabalho pelo exercício do juízo de admissibilidade nestes recursos, estabelecendo-se uma emenda ao PLC 168 para impor uma regra de transição ao novo CPC, incluindo-se nas disposições finais e transitórias deste diploma legal um prazo de cinco anos para o fim do juízo de admissibilidade pelos tribunais de origem nos recursos extraordinário e especial, pois, neste prazo, haveria a sedimentação do sistema de precedentes e a consequente diminuição drástica da quantidade destes recursos, sendo mantido assim, incólume o sistema de precedentes idealizado e que deverá impactar muito positivamente em nosso sistema judiciário." PANUTTO, Peter. Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição. https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade--mantido-criada-regra-transicao

Código de Processo Civil, pela Lei n.º 13.105/2015.

Dessa forma, o art. 1.030, alterado pela Lei n.º 13.256/2016, ganhou importância que não tinha na redação original do CPC/2015, na medida em que o juízo de admissibilidade a ser realizado previamente no juízo *a quo* – tribunais inferiores -, pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, passa pela análise de todos os requisitos de admissibilidade, desde os gerais, ou seja aqueles que servem para qualquer recurso, até aqueles inerentes apenas aos recursos excepcionais, tais como: *questões somente de direito; esgotamento das vias recursais; prequestionamento; e a questão federal ou constitucional suscitada no recurso excepcional.*

Nesse passo, o art. 1.030, I, do CPC/2015, criou duas hipóteses de inadmissibilidade, com a necessidade de negativa de seguimento do recurso, caso ocorra tais situações processuais. São elas: *inadmitir recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral; inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou do STJ, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.*

E, dessa decisão, caberá somente agravo interno para o pleno ou órgão especial do próprio tribunal recorrido, nos termos do disposto no art. 1.030, §2º, do CPC/2015[12].

2. DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como dito acima, o art. 926, da lei processual civil, refere-se a características que devem marcar a jurisprudência, que, além de íntegra, deve ser uniforme, estável e coerente.

Além da jurisprudência, o Código menciona as súmulas e os precedentes.[13]

José Miguel Garcia Medina tece a seguinte consideração a esse respeito:

> Usando-se a expressão "jurisprudência" em sentido amplo, ela compreende os precedentes e as súmulas, que, como se verá a seguir, com a jurisprudência se relacionam. Dos precedentes deve se extrair uma *ratio* relativamente geral, embora obtida a partir do julgamento de um caso, que poderá ser replicada em outros julgamentos. A síntese da jurisprudência é apresentada em enunciados de súmulas dos Tribunais. Pode-se, então, referir-se a jurisprudência de modo a compreender todos esses fenômenos. As ideias de integridade, uniformidade, estabilidade e coerência, assim, tal como referidas no art. 926 do CPC/2015, diz respeito à jurisprudência, aos precedentes e às súmulas[14].

No tocante ao termo *precedente*[15], tem-se este como uma norma jurídica retirada de uma deci-

12 § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

13 Assim sucede no art. 926 do CPC/2015 (que alude a jurisprudência, a enunciados de súmula e a precedentes) e, também, p. ex., no art. 489, §1º, VI do CPC/2015, que não considera fundamentada a decisão que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

14 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1200.

15 O dicionário jurídico mais conceituado dos Estados Unidos define "precedente" como a "decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues". (GARNER, Bryan. Black´s Law Dictionary. 9 ed. St. Paul: West, 2009, p. 1295).

são judicial. A norma é o resultado da interpretação da lei, e também é o resultado da interpretação de uma decisão.

Também, precedente pode ser definido como a *decisão judicial tomada à luz de um caso em concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*[16].

No Brasil, em um passado não tão distante, o ordenamento jurídico apenas se utilizava da expressão *precedente* para designar uma decisão pretérita que havia sido aplicada em uma decisão posterior de um caso análogo como seu fundamento para decidir. Isto é, precedente era, assim, entendido no seu sentido literal: decisão anterior aplicada em caso posterior semelhante. O precedente somente era assim considerado no momento em que era aplicado como fundamento para outra causa e não no nascimento da própria decisão[17].

Precedente não se confunde jurisprudência. Contudo, há quem entenda que ambos (em verdade toda produção decisória judicial) estejam sob a rubrica de um conceito maior que constitui o denominado "direito jurisprudencial" (Teresa Arruda Alvim[18] e Cassio Scarpinella Bueno[19]).

Ambos (precedentes e jurisprudência) servem para conferir (de maneira persuasiva ou não) orientação aos julgamentos futuros. A jurisprudência, como regra, não possui força formalmente vinculante. O sistema de precedentes é formalizado para que haja identidade de entendimento entre causas idênticas (como, por exemplo, nas causas repetitivas) e a jurisprudência tem seu enfoque maior para a uniformização de temas sobre causas diversas.[20]

Acerca das inovações trazidas com o sistema de precedentes, Vinicius Silva Lemos[21] anota o seguinte:

> O sistema jurídico brasileiro, aos poucos, com inovações em busca de uma política de respeito aos precedentes judiciais, tenta transmutar-se para uma melhor concessão de segurança jurídica, ainda que haja uma grande sensação de loteria na prestação jurisdicional. Os caminhos para essa mudança foram lentos e graduais, com, por exemplo, a instituição de súmulas vinculantes, a criação da repercussão geral, o julgamento por amostragem do rito repetitivo, e, no CPC/2015, outras maneiras de formação de precedentes judiciais, como os incidentes de assunção de competência e resolução de demandas repetitivas. Ainda, há a importância concedida ao art. 927 e a vinculatividade dali extraída.
>
> O que podemos imaginar hoje seria um sistema híbrido, com a base no *civil law* e a utilização pontual em determinadas situações da teoria dos precedentes judiciais, para uma melhor operacionalização do Processo Civil Brasileiro e sua eficácia diante de tantas demandas.

Lado outro, oportuno rememorar que o CPC/1973 referia-se a precedente, textualmente, apenas como julgamento que seria objeto de súmula, e que serviria à uniformização da jurisprudência.[22]

16 DIDIER, Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 441.

17 SÁ, Renato Montans de. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1293.

18 WAMBIER, Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

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

20 CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426.

21 LEMOS, Vinicius Silva. Recursos e processos nos tribunais. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 768-769.

22 Cf. art. 479, caput, do CPC/1973: "O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

À luz do CPC/2015, a expressão ganha sentido distinto, embora não exista definição precisa do que seria "precedente", nos dispositivos que a usam.

No art. 489, §1º, V e VI, do CPC/2015, o precedente é colocado ao lado de súmula e de jurisprudência, o que revela não haver identidade entre essas figuras.[23]

No §2º do art. 926 do CPC/2015, dispõe o Código que os precedentes poderão ensejar a edição de súmula, o que demonstra que, por precedente, está-se diante de algo que pode surgir com uma decisão proferida por algum Tribunal – o que pode aplicar-se tanto aos Tribunais Superiores quanto aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais[24] – e, em conjunto com outros precedentes, pode justificar a criação de enunciado sumular.

No art. 927, o CPC/2015 refere-se a súmula, jurisprudência (pacificada ou dominante) e a tese adotada, ou que se convencionou chamar de *ratio decidendi*.

Novamente, cita-se precisa explicação de José Miguel Garcia Medina[25]:

> Esses dispositivos, a nosso ver, permitem entrever que têm potencial para figurar como precedente quaisquer decisões, de quaisquer Tribunais. É necessário, no entanto, que a decisão tenha uma característica especial para ser considerada precedente. *Grosso modo*, isso deverá ser percebido por aqueles que, *a posteriori*, a tal decisão se referem, tomando-a por base a fim de se utilizar de seus fundamentos determinantes para resolver problemas subsequentes. Esse aspecto *qualitativo* confere reconhecimento *substancial* ao precedente, A nosso ver, é nesse sentido que o art. 926, §2º do CPC/2015 se refere a "precedente".

E, quanto à obrigatoriedade, o precedente pode ser vinculante/obrigatório ou persuasivo.

No primeiro caso, traduz-se como a regra no sistema *common law*. O precedente vincula a quem deva aplicá-lo. Não há regra no sistema norte-americano que estabeleça essa vinculação, que é cultural e não legislativa. Assim, os precedentes vinculantes proíbem qualquer juiz de decidir de forma contrária à que foi estabelecida no precedente (conforme entendimento do Fórum Permanente dos Processualistas Civis, Enunciados n. 169 e 170, somente sendo possível a sua não aplicação por força do *distinguish* ou superação).

Para Renato Montans de Sá:

> As decisões dentro de um processo são sempre vinculantes quando de um órgão superior a um órgão inferior (cumprimento de uma carta de ordem, v.g.), o que, como dito, não se trata de precedente, mas de mera questão de hierarquia funcional.
>
> No CPC brasileiro os precedentes obrigatórios vêm previstos no art. 92726.

No segundo caso, precedente persuasivo é aquele que pode ser utilizado como argumento para

23 Conforme dito acima por José Miguel Garcia Medina.

24 Segundo José Miguel Garcia Medina: "Esse aspecto, a nosso ver, é muito importante. Embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem papel de extremada relevância, entre nós, decisões que podem ser consideradas precedentes – inclusive vinculantes, de acordo com a lei processual civil – podem ser emitidas também pelos Tribunais dos Estados, ou pelos Tribunais Regionais Federais (ao decidir, p. ex., um incidente de resolução de mandas repetitivas ou de assunção de competência, sobretudo quando tais incidentes versarem sobre tema de direito local)". in *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1214.

25 MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1214.

26 SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1300.

a posição a ser firmada em decisão futura, mas não é vinculativo, ou seja, é recomendado que o precedente seja aplicado em decorrência da necessidade de uniformização da jurisprudência (art. 926, CPC), mas ele não pode ser imposto e nenhuma medida ou recurso será cabível em decorrência dessa desobediência.

Para Luiz Guilherme Marinoni:

> É preciso que o órgão decisório tenha alguma obrigação diante da decisão já tomada. O reflexo deste constrangimento ou desta obrigação apenas pode estar na fundamentação. A Corte obrigada não pode ignorar o precedente, devendo apresentar convincente fundamentação para não adotá-lo[27].

Com efeito, diante do sistema de precedentes introduzido pelo novo Código de Processo Civil de 2015, infere-se a importância de sua escorreita aplicação, sobretudo para a garantia dos princípios da isonomia (Constituição Federal, art. 5º), da segurança jurídica (previsibilidade), da efetividade das decisões judiciais e da eficiência.

3. DA OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA, POR PARTE DOS JUÍZES E TRIBUNAIS ESTADUAIS E FEDERAIS, DOS ACÓRDÃOS PROLATADOS EM JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS

O art. 927, do Código de Processo Civil de 2015, apregoa que os juízes e os tribunais observarão:

> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
>
> § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º , quando decidirem com fundamento neste artigo.
>
> § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
>
> § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
>
> § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
>
> § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

E o art. 928, do mesmo diploma processual civil, considera julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em recursos especial e extraordinário repetitivos, consoante se lê de seu inciso II.

Além do mais, o art. 988, *caput*, IV, e §5º, II, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, dispõe caber reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário

27 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 118.

com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Ao interpretar tais preceitos, *chega-se à conclusão de que os acórdãos prolatados em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais estaduais e federais, vez que se tratam de precedentes vinculantes.*

Nessa linha, pronuncia-se Medina[28]:

> O "precedente" considerado vinculante, entre nós, no entanto, é *ex vi legis*. Ou seja: é a partir da lei que se deve extrair se o julgamento é vinculante. Isso se infere, a nosso ver, de disposições que se referem, de modo especial, à observância do precedente por outras decisões e à sua controlabilidade por reclamação (o que aproxima o "precedente" vinculante da súmula vinculante). Assim, cabe reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário com repercussão geral, recursos extraordinários e especiais repetitivos e incidente de assunção de competência (art. 988, *caput* IV, e § 5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Esses pronunciamentos vêm sendo chamados de precedentes qualificados.[29] A vinculatividade formal de tais decisões é confirmada em outros dispositivos, que deixam claro que a tese firmada deverá ser observada (cf. arts, 947, § 3º, 985, e 1.040 do CPC/2015).

Os precedentes formados em sede de recursos extraordinário e especial repetitivos objetivam sistematizar um controle de estoque de demandas, com uma formação de um precedente para julgamento de questões massificadas, mediante a importância da matéria justamente pela existência dessa massificação.

Acerca do tema, Vinicius Silva Lemos pontua o que segue:

> O intuito é sistematizar uma obediência aos precedentes judiciais, não para colocar o magistrado em posição de subserviência aos Tribunais, somente concedendo-lhes o dever que tem de julgar os fatos e enquadrar, mediante sua decisão sobre os acontecimentos, no melhor precedente judicial possível. A decisão permanece pertencente à função do juízo, somente há a necessidade do respeito pelos precedentes judiciais, de olhar para trás e verificar o que e qual forma se decidiu antes.[30]

Marinoni tece crítica totalmente pertinente:

> É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário[31].

A existência de um microssistema de formação de precedentes é realidade no CPC/2015[32], com

28 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1219.

29 Cf. art. 121-A do RISTJ, inserido pela Emenda Regimental STJ n. 24/2016.

30 LEMOS, Vinicius Silva. Recursos e processos nos tribunais. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 797.

31 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 65.

32 "Não se pode imaginar cada instituto de forma isolada, sem uma conexão entre eles. As regras devem ser pensadas de forma ordenada, com as regras, por exemplo, do rito de recurso repetitivo com aplicabilidade no incidente de resolução de demandas repetitivas, e, consequentemente, vice-versa. Não há como montar uma base de valorização de precedentes, com segmentos processuais isolados, sem comunicação com outros institutos com intuitos idênticos. Ao imaginar uma conexão destes institutos, há uma melhoria processual em cada qual, com uma amplificação de oportunidades processuais, um preenchimento de eventuais lacunas com a utilização na forma de um microssistema, com cada instituto colaborando em termos de legislação para a formação de um regramento único, para os precedentes serem concebidos de forma idêntica." LEMOS, Vinicius Silva. A desistência no microssistema de formação de precedentes. Revista Síntese de Direito Civil de Processual Civil. Vol. 13, n.º 97, Porto Alegre: Síntese, set/out/2015. p. 604.

um regramento bem delineado, com a necessidade de afetação da matéria, com a delimitação dos fatos e matérias a serem decididas, formação de um contraditório ampliado, com publicação e divulgação sobre a controvérsia.

Outrossim, o art. 1.030, I, alínea *b*, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, apregoa que o presidente ou vice-presidente do tribunal estadual ou federal negará seguimento a recurso especial e/ou extraordinário, quando este for interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

E, na hipótese do inciso II do mesmo artigo, o processo será encaminhado ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

Por fim, o §2º do art. 1.030, com a redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, reza que, da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III, caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

Nesse tanto, em arremate, *chega-se à conclusão de que os acórdãos prolatados em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais estaduais e federais, vez que se tratam de precedentes vinculantes.*

Aliás, para demonstrar de uma vez por todas que os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos revelam-se como precedentes obrigatórios, o próprio Código de Processo Civil, por meio da Lei n.º 13.256/2016, que o alterou antes da sua entrada em vigor, em seu art. 966, *caput*, inciso V, §§5º e 6º, prevê o cabimento de ação rescisória contra a decisão de mérito, transitada em julgado, baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

Também, quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do §5º do aludido artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

Ainda, com relação à observância obrigatória dos precedentes, por parte dos juízes e tribunais inferiores, o §1º do art. 927, do CPC/2015, apregoa o seguinte: §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10[33] e no art. 489, § 1º[34], quando decidirem com fundamento neste artigo.

33 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

34 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar

No mesmo norte, o art. 1.022, parágrafo único, inciso I, do CPC/2015, aponta o cabimento de embargos de declaração, na medida em que a considera omissa, de decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

Pois bem.

Considerando a hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, na hipótese de não exercerem o juízo de retratação, qual seria o recurso ou a medida processual/judicial cabível?

A seguir, será sugerida solução, visando equacionar tais julgamentos, diante de uma interpretação lógico-sistemática do moderno processo civil introduzido pelo novo Código de Processo Civil, por meio das Leis n.ºs 13.105, de 16 de março de 2015 e 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

4. DA MEDIDA PROCESSUAL/JUDICIAL CABÍVEL ANTE A HIPÓTESE DE OS TRIBUNAIS INFERIORES DIVERGIREM DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOB A SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVO OU, DIANTE DO NÃO EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO

Na hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, qual seria o recurso ou a medida processual/judicial cabível?

Com efeito, o art. 988, do Código de Processo Civil de 2015, na redação original trazida pela Lei n.º 13.105/2015, no inciso IV, dispunha o seguinte:

> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
> [...]
> IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência;

Ou seja, o legislador ordinário levou em conta que o precedente proferido em julgamento de casos repetitivos – seja pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar recurso extraordinário, seja pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial -, por ter efeito vinculante, isto é, de observância obrigatória pelos Juízes e tribunais inferiores, a teor do disposto no art. 927, III, do referido códex, deveria ser respeitado. E, caso não o fosse, caberia a utilização de reclamação.

Contudo, antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, sobreveio a Lei n.º 13.256/2016, a qual deu nova redação ao precitado inciso IV, com o seguinte teor: *IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de*

que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

incidente de assunção de competência.

Disso se infere que o eventual desrespeito ou inobservância do precedente proferido em julgamento de casos repetitivos, por parte dos juízes e tribunais estaduais e federais, não poderia mais ser objeto do instituto da reclamação.

No entanto, a mesma Lei n.º 13.256/2016 incluiu o inciso II ao parágrafo quinto do art. 988, com a seguinte redação:

> § 5º É inadmissível a reclamação:
>
> [...]
>
> II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Neste comenos, após o esgotamento das instâncias ordinárias, passou-se a defender a utilização da reclamação para a garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos.

A par disso, desde a redação original do Código de Processo Civil de 2015, por intermédio da Lei n.º 13.105/2015, o art. 1.041 reza o seguinte: *Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º*.

Por oportuno, importa esclarecer que tal preceito refere-se ao juízo de retratação negativo, isto é, publicado o acórdão paradigma, ainda assim o tribunal de origem mantém intacto o acórdão divergente daquele proferido no precedente pelos Tribunais Superiores, nos termos disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015[35].

Ora, perscrutando as hipóteses acima mencionadas, parece haver 2 (dois) instrumentos para o mesmo fim, qual seja: (i) após esgotadas as instâncias ordinárias, poderá ser utilizada a reclamação para a garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, nos termos disposto no art. 988, §5º, inciso II, do CPC/2015; e (ii) publicado o acórdão paradigma, caso o tribunal de origem mantenha o acórdão divergente do precedente estatuído pelos Tribunais Superiores, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, consoante apregoa o art. 1.041, do CPC/2015.

Nesse diapasão, há processualista que defende a necessidade da interposição de outro recurso especial e/ou extraordinário, na hipótese de o tribunal de origem não exercer o juízo de retratação, mantendo o acórdão divergente do precedente emanado do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos recursos excepcionais repetitivos.

Neste particular, forçoso rememorar que o Presidente ou o Vice-Presidente do tribunal estadual ou federal negará seguimento a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justi-

35 Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:
[...]
II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

ça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.030, I, *b*). Essa regra tem como essência o prestigio à jurisprudência consolidada (qualificada) pelo mecanismo dos recursos repetitivos.

O recurso adequado contra essa possível decisão é o agravo interno do art. 1.021, do CPC/2015, consoante disposto no §2º do art. 1.030 (para aquele que intenta evidenciar que o caso concreto não se amolda ao precedente da repercussão geral ou recurso repetitivo por distinção (*distinguishing)* ou superação da tese (*overruling*).

Já o inciso II do art. 1.030, do CPC/2015, reza que o Presidente ou Vice-Presidente dos tribunais inferiores deverá encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

Para Marcelo Augusto da Silveira[36]:

> Configurando-se esse cenário, ante o equívoco constante na decisão recorrida de julgar de forma oposta ao precedente qualificado, o julgador unipessoal (Presidente ou Vice-Presidente) abrirá uma oportunidade ao órgão fracionário do mesmo tribunal *a quo* de adequar o seu entendimento ao do tribunal superior, retratando-se, ciente de que, a recalcitrância seria inócua, porque o resultado do julgamento do recurso no órgão superior seria no mesmo sentido da jurisprudência cristalizada.
>
> Ainda assim, se não ocorrer a retratação, o Presidente ou Vice-Presidente remeterá o recurso para o tribunal superior correspondente, por esse motivo (cf. inciso V, alínea "c" do art. 1.030[37]).

Assim, para este autor, no caso de o tribunal recorrido refutar o juízo de retratação, o Presidente ou Vice-Presidente deverá realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, a teor do disposto no art. 1.030, V, *c*, do CPC/2015.

No mesmo tom, pronuncia-se Vinicius Silva Lemos[38]:

> Se o recurso excepcional coincidir com matéria repetitiva ou de repercussão geral, contudo o recurso almeja justamente a aplicabilidade do entendimento do Tribunal Superior e, o órgão fracionário anterior, ao julgar seu recurso, julgou de modo diverso do repetitivo ou da repercussão geral, o presidente ou vice-presidente deve encaminhar o processo a esse mesmo órgão julgador para que realize um juízo de retratação, reconsiderando a existência desse entendimento do Tribunal Superior, em repetitivo ou repercussão geral.
>
> O intuito é poupar a remessa de um recurso a Tribunal Superior somente para aplicar o entendimento já firmado em repetitivo ou repercussão geral. Ao remeter ao órgão fracionário, o presidente ou vice-presidente já determina que realize o juízo de retratação, com a reanálise da matéria.

36 SILVEIRA, Marcelo Augusto da. Recursos, *sucedâneos recursais e ações autônomas, de impugnação no Código de Processo Civil: teoria geral dos recursos: recursos em espécie, ações autônomas de impugnação e o seu processamento nos tribunais*. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 850-851.

37 Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

[...]

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

[...]

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

38 LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais*. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 572.

> Não há obrigatoriedade de acatarem tal entendimento, podendo manter a decisão, mesmo diversa do entendimento do Tribunal Superior. Nessa hipótese, o recurso é devolvido ao presidente ou vice-presidente para encaminharem com o juízo de admissibilidade positivo ao Tribunal Superior para que este aplique o precedente judicial existente, seja em repetitivo ou em repercussão geral.

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, caso o Tribunal *a quo* opte por manter a decisão divergente daquela emanada no precedente, deverá manifestar-se sobre os fundamentos citados no julgamento do recurso selecionado.[39] Cuja determinação foi expressamente veiculada pelo CPC/2015 (arts. 10, 489, §1º e 927, §1º).

José Miguel Garcia Medina se manifesta neste sentido:

> O CPC/2015, após a reforma da Lei 13.256/2016, acabou prevendo variadas formas de controle da decisão que não observa julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos: [...]
>
> (*b*) embora com restrições, pode ser empregada reclamação, conquanto necessário sejam "esgotadas as instâncias ordinárias" (cf. art. 988, §5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016), sempre que houver "aplicação indevida da tese jurídica" ou "sua não aplicação aos casos que a ela correspondem", cf. §4º do art. 988 do CPC/2015);
>
> (*c*) cabe, também, ação rescisória (cf. art. 966, V, nos termos dos §§5º e 6º do mesmo artigo, também inseridos pela Lei 13.256/2016, que, porém, refere-se apenas à hipótese em que não realizada, adequadamente, a distinção);
>
> Ainda, embora a lei não o tenha previsto expressamente, (*d*) deve caber recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, como se disse acima[40].

Para Medina, de acordo com o art. 988, *caput*, IV e §5º, II, do CPC/2015, cabe reclamação contra o acórdão que não observar decisão proferida em julgamento de caso repetitivo, a despeito da reforma da Lei 13.256/2016, em razão do que consta no inc. II do §5º do art. 988 do CPC/2015. Ademais, tal doutrinador entende, porém, que o cabimento da reclamação deve ficar restrito à hipótese em que não for possível se resolver a questão com o simples processamento do recurso extraordinário ou especial já interposto.

Em síntese: o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal *a quo* poderá negar seguimento a recurso especial ou extraordinário se houver decisão do STF sobre caso análogo que não possua repercussão geral ou caso a decisão recorrida tenha como fundamento precedente firmado em julgamento de recursos especial ou extraordinário repetitivos.

Como visto alhures, dessas situações, caberá agravo interno em 15 dias (CPC, art. 1.021).

A esse respeito, menciona-se Renato de Montans de Sá:

> Nesses casos não caberá agravo de admissão, pois o agravo interno (para quem designar o regimento do tribunal) tem por finalidade "servir como veículo de distinção: o recorrente poderá demonstrar que seu caso é distinto, a justificar a não aplicação dos precedentes obrigatórios".[41] Da decisão do agravo interno caberá reclamação para o STF ou STJ com fundamento no art. 988, §5º, II, do CPC (aqui já demonstrado que exauriu as instâncias ordinárias).

39 STJ, QO nos REsp 1.148.726/RS, REsp 1.146.696/RS, REsp 1.153.937/RS, REsp 1.154.288/RS, REsp. 1.155.480/RS e REsp 1.158.872/RS, j. 10.12.2009, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior.

40 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1409-1410.

41 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317.

> Não cabe recurso especial ou extraordinário da decisão do agravo interno, pois tanto o art. 102, III, como o art. 105, III, da CF aludem a "causas decididas" e essa decisão não é sobre a causa[42].

Por seu turno, em decisão recentíssima, proferida no Agravo interno em Reclamação n.º 36.923/SC, julgamento datado de 20 de outubro de 2020, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, para que se configure o esgotamento das instâncias ordinárias, nos termos do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015, há a necessidade de interposição de novo recurso extraordinário[43].

Nesse sentido, veja-se a Reclamação n.º 24.686-ED –AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 25/10/2016:

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CPC/2015, ART. 988, § 5º, II. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. 1. Em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. *O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo o* íter *recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.* 2. Agravo regimental não provido.
>
> (Rcl 24686 ED-AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017)

Assim sendo, a maioria dos membros do STF tem considerado a necessidade de interposição de novo recurso extraordinário, para que se configure o esgotamento das instâncias ordinárias, nos termos do art. 988, §5º, II, do CPC/2015.

Confiram-se: Rcl 42.056, Rel. Min. Rosa Weber; Rcl 37.019, Rel. Min. Marco Aurélio; Rcl 36.587, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 33.035, Relª. Minª. Cármen Lúcia; Rcl 33.031, Rel. Min. Edson Fachin; Rcl 32.674, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl 30.899, Relª. Min.ª Rosa Weber.

Lado outro, o Superior Tribunal de Justiça, em sentido diametralmente oposto ao entendimento da Suprema Corte, tem se posicionado em favor da aplicação do disposto no art. 1.041, do CPC/2015, nos casos em que o tribunal *a quo* refute o juízo de retratação, havendo assentado que o esgotamento das instâncias ordinárias se opera com o exercício, positivo ou negativo, do juízo de retratação por parte do órgão julgador do tribunal inferior.

Nesse tanto, colaciona-se o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IPVA. ALEGAÇÃO DE DUPLO DOMICÍLIO E VIOLAÇÃO DO ART. 127 DO CTN. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO STF. RE 1016605 – TEMA 708. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

42 SÁ, Renato Montans de. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1587.

43 EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NO RE 574.706. PARADIGMA DO TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. 1. A alegação de descumprimento de tese firmada em repercussão geral exige o esgotamento das vias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015). 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1021, § 4º, do CPC/2015. (Rcl 36923 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020).

> I – A matéria deduzida no recurso, qual seja a possibilidade de recolhimento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) em estado diverso daquele em que o contribuinte mantém sua sede ou domicílio tributário, teve a repercussão geral admitida no RE 1.016.605/SP, sob o regime de repercussão geral.
>
> II - Diante disso, torna-se impositiva a suspensão dos feitos pendentes que tratem da mesma matéria, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015.
>
> III - Por sua vez, os arts. 1.040 e 1.041, ambos do CPC/2015, dispõem sobre a atuação do Tribunal de origem após o julgamento do recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral ou do recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos.
>
> IV - De acordo com tais dispositivos, há a previsão da negativa de seguimento dos recursos, da retratação do órgão colegiado para alinhamento das teses ou, ainda, a manutenção do acórdão divergente, com a remessa dos recursos aos Tribunais correspondentes.
>
> V - Nesse panorama, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que, após o julgamento do paradigma, seja reexaminado o acórdão recorrido e realizada a superveniente admissibilidade do recurso especial. No mesmo sentido, destacam-se os seguintes julgados: AgInt no AgInt no REsp 1473147/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018; REsp 1431112/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018
>
> VI - *Deve-se, portanto, determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a devida baixa nesta Corte, para que, após a publicação do acórdão do respectivo recurso extraordinário representativo da controvérsia, em conformidade com a previsão do art. 1.040, c.c. o §2º do art. 1.041, ambos do CPC/2015*: a) na hipótese da decisão recorrida coincidir com a orientação do Supremo Tribunal Federal, seja negado seguimento ao recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; ou b) caso o acórdão recorrido contrarie a orientação do Supremo Tribunal Federal, seja exercido o juízo de retratação e considerado prejudicado o recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; ou c) *finalmente, mantido o acórdão divergente, o recurso especial seja remetido ao Superior Tribunal de Justiça.*
>
> VII - Ante o exposto, conheço do agravo em recurso especial, e dou-lhe provimento para determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, nos termos da fundamentação. (AREsp 1211536/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018)

No mesmo sentido, destacam-se outros julgados do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no REsp 1366363/ES, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017; AgInt no AgInt no REsp 1473147/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018; REsp 141112/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018; AgInt no AREsp 1627974/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/06/2020, DJe 24/06/2020.

A corroborar sua posição, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de ser descabida a interposição de reclamação para garantir-se a observância de acórdão proferido sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, apregoando que:

> [...] a manutenção do acórdão recorrido, por sua vez, a despeito da conformação ou não da matéria com julgamento em recurso repetitivo ou de repercussão geral, implica na aplicação tácita do art. 1.041 do CPC/2015, que viabiliza o envio do recurso especial ou recurso extraordinário ao Tribunal Superior correspondente. (AgInt na Reclamação n.º 37.792/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 28/08/2019, DJe 02/09/2019).

Neste mesmo panorama, citam-se os julgados: Rcl 025649/SP, Rel. Min. Herman Benjamim, DJe 07/12/2015; Rcl 025683/MG, Rel. Min. Herman Benjamim, DJe 23/09/2015 e Rcl 026154/RJ, Rel.

Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08/10/2015.

Além do mais, a jurisprudência dominante da Corte Suprema, de há muito, entende que a reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo recursal[44].

Isso posto, ante uma interpretação lógico-sistemática do art. 1.041, do CPC/2015, em resposta à indagação acima formulada, considerando a hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, aquilata-se que a medida processual/judicial cabível é aquela veiculada pelo próprio art. 1.041, *caput*, corroborado pelo art. 1.030, inciso V, alínea *c*, ambos do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, mantendo-se o tribunal *a quo* o acórdão divergente do precedente firmado pelo STJ ou STF, em sede de julgamento proferido sob a sistemática dos recursos especial e extraordinário repetitivos, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido procederá ao envio dos autos ao respectivo Tribunal Superior para análise do recurso excepcional anteriormente aviado.

Disso se extrai que a utilização da reclamação somente será cabível na hipótese de o tribunal *a quo* não remeter os autos ao Tribunal Superior, apesar de a parte interessada haver requerido tal envio, a teor do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016.

Pois, somente após o tribunal inferior haver indeferido o envio dos autos ao Tribunal Superior, a despeito da previsão expressa do art. 1.041, *caput*, corroborado pelo art. 1.030, inciso V, alínea *c*, ambos do Código de Processo Civil de 2015, é que se esgotará as instâncias ordinárias, e, neste caso, o manejo da reclamação é totalmente cabível, na linha sinalizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse tanto, a nosso ver, torna-se despicienda a interposição de outro recurso especial e/ou extraordinário em face da não aplicação do precedente de parte do órgão julgador do tribunal *a quo* que refutou o juízo de retratação, sob pena de tornar sem efeito a obrigatoriedade constante no art. 927, III, do diploma processual civil e, sobretudo, pelo fato de que tal decisão não se amolda ao disposto nos artigos 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal.

Por derradeiro, na hipótese de haver o trânsito em julgado do aludido *decisum*, não obstante ser inadmissível a utilização de reclamação, a teor do disposto no art. 988, §5º, I, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, vê-se que a parte prejudicada ainda disporá da ação rescisória, nos termos disposto no art. 966, V, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015, desde que respeitado o prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da referida decisão (que não aplicou o precedente, ou que não fez a distinção, ou que refutara o juízo de retratação).

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, ante uma interpretação lógico-sistemática do art. 1.041, do CPC/2015, na hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se

44 Rcl n.º 6.140/RJ-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 14/4/2016; Rcl n.º 23.157/BA-AgR, Rel. Min. Ceslo de Mello, Segunda Turma, DJe 7/4/2016; Rcl n.º 5.684/PE-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 15/8/2008.

tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, assevera-se que a medida processual/judicial cabível é aquela veiculada pelo próprio art. 1.041, *caput*, corroborado pelo art. 1.030, inciso V, alínea *c*, ambos do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, mantendo-se o tribunal *a quo* o acórdão divergente do precedente firmado pelo STJ ou STF, em sede de julgamento proferido sob a sistemática dos recursos especial e extraordinário repetitivos, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido procederá ao envio dos autos ao respectivo Tribunal Superior para análise do recurso excepcional anteriormente aviado.

Disso se extrai que a utilização da reclamação somente será cabível de forma subsidiária, ou seja, na hipótese de o tribunal *a quo* não remeter os autos ao Tribunal Superior, apesar de a parte interessada haver requerido tal envio, a teor do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016.

Aliás, a própria mudança efetuada pela Lei n.º 13.256/2016, na Lei n.º 13.105/2015, ao dar nova redação ao inciso IV do art. 988, do CPC/2015, afastou a utilização da reclamação para a garantia da observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos, mantendo-a, dentre outras hipóteses, para a garantia da observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Neste comenos, em casos tais, a reclamação poderá ser utilizada em *ultima ratio*, isto é, caso o Tribunal *a quo* não proceda o envio do processo para que o Tribunal Superior aprecie o recurso extraordinário ou especial anteriormente interposto, a teor do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015.

Nesse tanto, a nosso ver, torna-se despicienda a interposição de outro recurso especial e/ou extraordinário em face da não aplicação do precedente de parte do órgão julgador do tribunal *a quo* que refutou o juízo de retratação, sob pena de tornar sem efeito a obrigatoriedade constante no art. 927, III, do diploma processual civil e, sobretudo, pelo fato de que tal decisão não se amolda ao disposto nos artigos 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal.

Ad argumentandum tantum, tem-se que, *no juízo de retratação, considerando-a como uma fase processual, não há livre poder de apreciação e decisão do tribunal local, já que sua competência fica restrita a três possibilidades*: *uma*, pelo juízo de retratação para adequação da decisão recorrida ao precedente do STJ ou STF em julgamento de recursos repetitivos; *duas,* pelo juízo de declaração de prejudicado quando a decisão recorrida estiver de acordo com o posicionamento do STJ ou do STF sob a sistemática de recursos repetitivos; *três*, quando não for nenhuma das hipóteses anteriores, deve o tribunal *a quo* remeter os autos ao STF ou ao STJ para apreciação do recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

Logo, considerando a hipótese na qual o Tribunal inferior, ao reanalisar a causa, em sede de juízo de retratação, insira fundamento novo ao caso em exame, tem-se uma situação na qual o tribunal *a quo* excederá dos limites de sua competência, bem assim deixará de observar a garantia da não surpresa, a violar o princípio do contraditório, desprestigiará o devido processo legal e, ainda, colocará em risco a segurança nas relações jurídicas.

Isso sem dizer que essa postura acabará por cercear o direito do jurisdicionado de ver seu recurso especial ou extraordinário analisado pelo Tribunal Superior, pois imporá nova decisão sem que haja

possibilidade de interposição de novo recurso.

Mesmo porque, se fosse admitido o rejulgamento da causa por novos fundamentos, que não o da readequação ao precedente que deveria ser observado no caso *sub judice*, certamente caberia, em tese, novo recurso especial e novo recurso extraordinário, sob risco de violação ao duplo grau de jurisdição. O que, como restou dantes demonstrado, não parece ser a sistemática adotada pelo Novo Código de Processo Civil, pois, ao invés de agilizar o julgamento dos recursos, os eternizaria por completo.

Nesse diapasão, a aplicação direta do disposto no art. 1.041, c/c o art. 1.030, V, *c*, ambos do Código de Processo Civil de 2015, é a medida processual/judicial que se revela cabível e adequada, no caso de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, cuja situação fará com que os autos do processo sejam remetidos ao respectivo Tribunal Superior para análise do recurso excepcional anteriormente aviado.

E, em arremate, na hipótese de haver o trânsito em julgado do aludido *decisum*, não obstante ser inadmissível a utilização de reclamação, a teor do disposto no art. 988, §5º, I, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, vê-se que a parte prejudicada ainda disporá da ação rescisória, nos termos disposto no art. 966, V, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015, desde que respeitado o prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da referida decisão (que não aplicou o precedente, ou que não fez a distinção, ou que refutara o juízo de retratação).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Ed. RT. 2015.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.* 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER, Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GARNER, Bryan. *Black´s Law Dictionary*. 9 ed. St. Paul: West, 2009.

LEMOS, Vinicius Silva. *A desistência no microssistema de formação de precedentes.* Revista Síntese de Direito Civil de Processual Civil. Vol. 13, n.º 97, Porto Alegre: Síntese, set/out/2015.

LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais*. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora

JusPodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PANUTTO, Peter. Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição. https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantido-criada-regra-transicao.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVEIRA, Marcelo Augusto da. Recursos, *sucedâneos recursais e ações autônomas, de impugnação no Código de Processo Civil: teoria geral dos recursos: recursos em espécie, ações autônomas de impugnação e o seu processamento nos tribunais*. Salvador: JusPodvim, 2020.

WAMBIER, Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

AUDIÊNCIA VIRTUAL COM AUXÍLIO DA VIDEOCONFERÊNCIA

Anselmo Prieto Alvarez[1]
Norberto Oya[2]

RESUMO

O presente estudo procura analisar o uso da videoconferência nas audiências virtuais com base no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), como instrumento a efetivar a razoável duração do processo. Apresenta as legislações que previram o uso dessa ferramenta tecnológica antes do CPC/2015 e as vantagens que esse recurso trouxe à colheita de prova processual, sem prejuízo do direito à liberdade de expressão. Sustenta a utilização da videoconferência além das situações ordinárias previstas no CPC/2015, bem como para após o período da pandemia mundial do Covid-19, a critério do juiz da causa, diante dos benefícios que o recurso tecnológico produz na relação jurídica processual em direção à prestação jurisdicional, dentro de uma perspectiva de razoável duração do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Duração razoável do processo - Audiência virtual por videoconferência - Código de Processo Civil de 2015 - Inviolabilidade do direito à liberdade de expressão- Processo Judicial Eletrônico.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. A duração razoável do processo – 3. Audiência virtual por videoconferência – 4. Inovações legislativas que antecederam o Código de Processo Civil de 2015 - 4.1. Oitiva de preso no estado de São Paulo - 4.2. Processo judicial eletrônico e o Código de Processo Penal – 5. O Código de Processo Civil de 2015 e a audiência virtual por videoconferência – 5.1 Audiência presencial x audiência virtual–5.2 Peculiaridades da audiência virtual por videoconferência– 5.2.1 Necessidade de observância das regras que permeiam a audiência presencial– 5.2.2 A inviolabilidade do direito à liberdade de expressão– 5.3 A via da audiência virtual como um caminho a ser perseguido pelo Magistrado– 6. Conclusão - 7. Referências

1 Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), onde é Professor de Direito Processual Civil dos cursos de graduação, especialização e mestrado. Pós Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Pt. Procurador do Estado de São Paulo. apalvarez@pucsp.br

2 Especialista em Direito Constitucional e Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Procurador do Estado de São Paulo. norb_oya@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A utilização das ferramentas tecnológicas no âmbito do Processo Civil visa a celeridade, economicidade, eficiência e racionalização da relação jurídica processual na busca da solução da lide pelo Poder Judiciário, e está em consonância com o texto constitucional de 1988[3]. O CPC/2015 vai nesse mesmo caminho, salientando a importância para com a celeridade e conclusão do processo, a fim de gerar como resultado: satisfação judicial justa e efetiva[4].

Sob a égide do diploma processual civil anterior (CPC/1973) aparece a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, a qual introduziu a informatização do processo judicial e instituiu o processo eletrônico de processos judiciais, tramitando seja no âmbito do: processo civil, penal ou trabalhista, e em qualquer grau de jurisdição (art. 1º e § 1º).

A mesma lei referida, a seguir, define meio eletrônico como sendo qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais, e transmissão eletrônica como toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores (art. 1º, § 2º, incs I e II).

Muito embora, o CPC/2015 em diversos artigos faça referência expressa aos recursos tecnológicos a serem utilizados nos atos processuais (arts. 196; 236, § 3º; 385, § 3º; 453, § 1º; 461, § 2º; 464, 4º; 751, § 3º e 937, § 4º), é correto afirmar que eles coexistem com os ditames da Lei nº 11.419/2006.

Os meios tecnológicos vieram para contribuir para a racionalização, eficiência e desenvolvimento do processo judicial, como mais um instrumento na busca da rápida prestação jurisdicional, porém a questão que se coloca é se esse novo paradigma à disposição, no que tange a produção da prova processual, interfere ou viola o direito à liberdade de expressão da testemunha.

A resposta à indagação anteriormente posta é o que tentaremos buscar com o presente estudo.

1. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A Constituição da República traz no art. 5º, inc. LXXVIII, o seguinte teor: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.".

Esse dispositivo está em sintonia com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969, de natureza supralegal, superior à legislação interna, art. 8º, nº 1)[5]. Outrossim, não devemos olvidar que a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, já dispunha de texto

3 Conforme consta do seu art. 5º, LXXVIII, que preceitua: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

4 Nesse sentido, determinam o art. 4º, do CPC: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa", assim como o art. 6º, do CPC: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

5 Pacto de San José da Costa Rica, 1969, art. 8º, nº 1, "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um *prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza." (destaque nosso).

no qual frisava o prazo razoável de duração no tocante à nota de culpa.[6]

Agora, a pergunta que coloca é o que vem a ser esse direito fundamental à razoável duração do processo, inspirado na 6ª Emenda da Constituição Norte-Americana, denominado *rigth to a speedy trial*[7] (direito a um julgamento rápido).

Razoável duração do processo não pode ser compreendida como mero cálculo matemático de dias transcorridos entre a instauração do processo até um determinado marco temporal final, escolhido e aleatório, ou dentre duas balizas de datas predefinidas; e, a partir desse resultado, assegurar que o processo está com seu transcurso dentro de um prazo aceitável, plausível, racional ou que esse período extravasou em demasia.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 174.086/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12.12.2019, apresenta alguns parâmetros objetivos que podem ser utilizados em apoio a se buscar o que viria a ser a razoável duração de um processo, a saber: a complexidade do caso, as peculiaridades do feito, assim como a pluralidade de partes no processo.

Samuel Arruda inclui, ainda, a conduta das autoridades, como outro parâmetro objeto a influenciar na razoável duração do processo, que se morosa for, faz aparecer o chamado fenômeno de "tempos mortos", ao ver da jurisprudência europeia, pelo qual o processo permanece em completa paralisia, sem impulso oficial, aliado a eventual conduta dos litigantes, associada com a procrastinação e uso de todos os meios disponíveis para retardar o andamento do feito[8].

Vale dizer, o excesso temporal irrazoável no transcurso do processo caracteriza violação do direito fundamental constitucional.

O CPC/2015, por sua vez, demonstra a preocupação do legislador infraconstitucional com o tema, inserindo a razoável duração do processo como norma fundamental do Processo Civil (arts. 4º e 6º), conforme o que constava na sua exposição de motivos, que havia salientado que: "levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal, a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça."[9].

6 Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as." (redação original, destaque nosso).

7 The Constitution of the United States, Amendment VI " In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence." Disponível em https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript Acesso em 24 out. de 2020. Tradução livre: Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser acareado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado.

8 ARRUDA, Samuel Miranda. Art. 5°, LXXVIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 507-511.

9 BRASIL, Senado Federal. Agência Senado. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf Acesso em: 25 out. de 2020.

Além disso, verifica-se no transcorrer do texto do CPC/2015, em diversos momentos, na medida que vai regulando processos e procedimentos uma constante preocupação com a sua razoável duração (arts. 76; 139, II; 537; 551, § 1º; 685, parágrafo único; 709; 772, inciso III; 861e 866, § 1º), de modo que a relação jurídica se desenvolva do ponto de vista temporal, visando obter o maior rendimento possível.

Dinamarco discorre que, apesar de tudo, o "propósito do processo em tempo razoável está muito longe de ser uma *garantia*, não passando de mera *promessa* que o Estado-juiz tem muita dificuldade para cumprir"[10].

Malgrado essa assertiva, é de se realçar a iniciativa, o estímulo e determinação do CPC/2015 em tornar o processo ágil e ligeiro para se chegar à emissão de uma decisão de mérito (arts. 77, § 2º; 170; 171; 183, § 1º; 194; 205, § 3º; 228, § 2º; 232; 235, § 1º; 246, V; 263; 270; 311; 332; 334, § 7º; 355; 372; 513, § 2º, III; 700 a 702; 837; 854, §§ 6º e 9º; 876, § 1º, III; 879, II; 880, § 3º; 892; 915, § 4º; 927; 932; 945; 979; 976 a 987; 1.019, III e 1036 a 1041).

Nessa perspectiva de busca da razoável duração do processo, há dispositivos legais que permitem a utilização de meios tecnológicos para a prática de atos processuais, os quais possibilitam com toda segurança, fidelidade, confidencialidade e privacidade, o atingimento da celeridade no desenvolvimento da relação jurídica processual, buscando a rápida prestação jurisdicional (arts. 196; 236, § 3º; 385, § 3º; 453, § 1º; 461, § 2º; 464, § 4; 751, § 3º e 937, § 4º).

Além disso, é de se destacar diante do avanço tecnológico e das comunicações tão essenciais na iniciativa privada e, como não podia deixar de ser, nos órgãos públicos, a I Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (Brasília, de 24 a 25 de agosto de 2017), aprovou o Enunciado 25, a reconhecer o uso de ferramentas tecnológicas para a realização de audiências de conciliação e mediação.[11]

Tempos depois, acabou sendo editada a Lei nº 13.994, de 24.4.2020 que alterou os arts. 22 e 23, da Lei nº 9.099, de 26.9.1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, com empregado dos recursos tecnológicos disponíveis.[12]

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. Comentários ao Código de Processo Civil - vol. 1 (arts. 1º a 69). In GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco Nº da (Coords.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 93.

11 As audiências de conciliação ou mediação, inclusive dos juizados especiais, poderão ser realizadas por videoconferência, áudio, sistemas de troca de mensagens, conversa on-line, conversa escrita, eletrônica, telefônica e telemática ou outros mecanismos que estejam à disposição dos profissionais da autocomposição para estabelecer a comunicação entre as partes.

12 Aproveitando as experiências bem sucedidas na Justiça do Trabalho da Oitava Região (Pará e Amapá) com uso de telefone, e-mail e WhatsApp, onde foram feitos oito acordos de processos que se encontravam no Tribunal Superior do Trabalho, em recurso de revista (disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-09/justica-trabalho-usa-mail-whatsapp-aumentar-conciliacoes Acesso em 29 de nov. de 2020), o então Deputado Federal Luiz Flávio Gomes apresentou em 21.3.2019, o Projeto de Lei nº 1679/2019, transformado na Lei nº 13.994, de 24.4.2020, que alterou os arts. 22 e 23, da Lei nº 9.099, de 26.9.1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Para essa conciliação não presencial será empregado os recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real.

(Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2195031 Acesso em: 29 nov. de 2020).

2. AUDIÊNCIA VIRTUAL POR VIDEOCONFERÊNCIA

Dentre os instrumentos da tecnologia da informação e comunicação disponíveis para utilização no Processo Civil, um que merece destaque é a videoconferência (transmissão e possível gravação de imagem e som entre interlocutores que estejam em ambientes distintos, por meio da rede mundial de computadores), a qual torna possível a realização da chamada audiência virtual.

A audiência virtual corresponde ao ato processual pelo qual o juiz se encontra em um local (por exemplo no prédio do fórum, mas pode estar em outro ambiente), e os demais participantes, sejam todos, sejam alguns, estarem em outro(s) espaço(s) físico(s).

Para a conexão entre essas duas pontas ou mais (por exemplo, podem estar: a) os advogados em seus respectivos escritórios acompanhados de seus clientes, ou b) estes últimos em suas respectivas residências; e b) a testemunha no seu trabalho, ou no local em que lhe aprouver), é utilizado um programa tecnológico de videoconferência (conhecido também por aplicativo) por todos os participantes, conectado à rede mundial de computadores.

O aplicativo referido, por sua vez, pode ser executado no computador de mesa, computador portátil, *tablet* ou aparelho celular.

A videoconferência, como ferramenta eletrônica revolucionária, é um elemento marcante para propiciar celeridade, eficiência, racionalização e economicidade da prestação jurisdicional, trazendo benefícios a todos os partícipes do processo, e não reduz, em absoluto, as garantias processuais das partes e testemunhas.

O uso desse inovador meio de comunicação à distância da atualidade não ia além de um sonho em tempos passados.

Outrora, Barbosa Moreira assinalou (na época em que as comunicações se davam apenas por escrito) ser puro sonho pensar na gravação em fita magnética dos depoimentos das testemunhas e parte, como forma de evitar a infidelidade da reprodução das declarações prestadas e datilografadas contidas nos autos, ou mesmo o emprego da taquigrafia e da estenotipia. No entanto, ele entendia que somente o *videotape* (gravação analógica de imagem e som) tornaria fidedigna a declaração prestada e a prova produzida no processo.[13]

O CPC/2015 previu, de início, o uso da videoconferência para as hipóteses da tomada de depoimento da parte ou testemunha que residam em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo (arts. 385, §3º e 453, §1º).

Contudo, em razão da pandemia mundial do Covid-19, face ao contido na Lei nº 13.979, de 6.2.2020, que determinou, dentre outras medidas, o isolamento social indicado pela Organização Mundial de Saúde, e no Decreto Legislativo nº 6, de 20.3.2020 que reconheceu o estado de calamidade pública; no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou o uso da videoconferência nas audiências e demais atos oficiais, por meio das Resoluções nºs 105, de 6.4.2010; 314, de 20.4.2020; 329, de 30.7.2020 e 330, de 26.8.2020; 337, de 29.9.2020.

13 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 152-153.

Feito isso, tornou-se possível acomodar as regras sanitárias para conter a disseminação do contágio do vírus e a prestação da atividade jurisdicional e manter a realização de audiências nos processos judiciais em trâmite.

3. INOVAÇÕES LEGISLATIVAS QUE ANTECEDERAM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Antes de analisar especificamente a audiência virtual por videoconferência no CPC/2015, vamos apresentar algumas legislações esparsas que o precederam e introduziram o uso da tecnologia em análise na prática de atos processuais.

3.1 OITIVA DE PRESO NO ESTADO DE SÃO PAULO

Na esfera penal, o Estado de São Paulo por meio da Lei nº 11.819, de 5.1.2005[14], introduziu no sistema judicial a utilização de videoconferência para realização de interrogatório e audiência de presos, com a finalidade de tornar célere o trâmite processual.

Extrai-se da justificativa da proposta do Projeto de Lei nº 704/2001, de 20.10.2001 (autoria do Deputado Estadual Edson Gomes)[15], que deu origem à norma acima citada, a importância da medida inovadora, então já adotada em diversos países, em especial nos Estados Unidos, Itália, Inglaterra, País Basco (Espanha), Argentina e Portugal.

A justificativa em comento ainda esclarecia que, no Brasil, testes realizados nos Estados de Pernambuco, Espírito Santo, Distrito Federal e São Paulo comprovaram o êxito e eficiência da ferramenta tecnológica no interrogatório de preso.

Nesse sentido, a justificativa em análise, ainda, ressaltou a agilização da prestação jurisdicional que a inovação traria, quer para a rápida oitiva do preso e demais envolvidos, quer para eliminar o adiamento de audiência ante a ausência de apresentação do acusado.

Por fim, a justificativa em pauta apontava que o envolvimento dos agentes policiais e de segurança na escolta do preso até o ambiente forense deixaria de existir, com liberação desses profissionais para a atividade fim. Tudo isso denotava que a implantação do sistema ia ao encontro da modernidade, diminuição de custos públicos e melhora da prestação jurisdicional.

No entanto, a mencionada lei teve vida curta, pois o Supremo Tribunal Federal decidiu pela sua inconstitucionalidade formal, por violar o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, diante da competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual (Habeas Corpus nº 90.900-1/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Menezes Direito, julgado em 30.10.2008, DJe de 22.10.2009).

3.2 PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Depois da edição no Estado de São Paulo da Lei nº 11.819, de 5.1.2005, no âmbito federal acabou aparecendo a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, que instituiu o processo judicial eletrônico.

14 Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=52403 Acesso em: 1 nov. de 2020.

15 Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=118838 Acesso em: 1 nov. de 2020.

A Lei nº 11.419/06 tornou-se marco relevante para a implantação da prática de atos processuais por intermédio de recursos tecnológicos, dentre os quais a videoconferência, nos processos civil, penal, trabalhista e juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição, trazendo a modernização tecnológica para dentro da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário.

Em 2008, o Código de Processo Penal (CPP) recebeu influxo do avanço tecnológico e por meio da Lei nº 11.690, de 9.6.2008 possibilitou a realização de atos processuais por videoconferência quando a presença do réu preso pudesse causar algum embaraço à testemunha ou ofendido (art. 217, do CPP).

Mas não parou por aí. No ano seguinte, a Lei nº 11.900, de 8.1.2009 autorizou, excepcionalmente, o uso da videoconferência no interrogatório de réu preso, desde que caracterizada uma das seguintes hipóteses:

a) prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

b) viabilizar a participação do réu, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

c) impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima;

d) responder à gravíssima questão de ordem pública; e

e) oitiva de testemunha que morar fora da jurisdição do juiz da causa (arts. 185, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º; 217; 222, § 3º, do CPP).

A iniciativa de edição da Lei nº 11.900, de 8.1.2009 teve por escopo acudir a segurança pública, ante o risco de fuga de réu preso, privar vítima e testemunha de constrangimentos em audiência, e eliminar o custo que o deslocamento de preso gerava aos cofres públicos.

Evidenciam-se, ainda, as normas supralegais como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (arts. 68, “2” e 69, “2”, incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 4.388, de 25.9.2002), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (arts. 18, “18” e 24, “2”, “b”, a qual integrou o direito positivo interno por meio do Decreto nº 5.015, de 12.3.2004) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (arts. 32, “2”, “b” e 46, “18”, que passou a ter executoriedade no plano interno por meio do Decreto nº 5.687, de 31.1.2006), todos que se referem à produção de prova por meio de tecnologias de comunicação eletrônica – gravação de vídeo, áudio e videoconferência.

4. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A AUDIÊNCIA VIRTUAL POR VIDEOCONFERÊNCIA

4.1 AUDIÊNCIA PRESENCIAL X AUDIÊNCIA VIRTUAL

Como visto no item 2, o contexto da pandemia do Covid-19 levou à expansão do uso da tecnologia pelo Poder Judiciário, com a implantação da comunicação à distância no âmbito do Processo Civil e tendo o CNJ regulamentado o uso desse instrumento tecnológico nas audiências e demais atos oficiais.

As tecnologias incorporadas ao Processo Civil com o CPC/2015 para aplicação na relação jurídica processual foram bem recebidas pela comunidade jurídica, mas mesmo assim havia uma resistência muito grande pelos operadores do direito para a sua utilização efetiva.

O CPC/2015 fez uma opção muito clara pela audiência presencial, como forma ordinária para a realização do ato, a permitir o contato presencial e real do magistrado com os participantes da relação jurídica e instrução processual, sendo o modo virtual forma subsidiária e supletiva.

Tanto é assim que numa interpretação literal o formato virtual se restringia às hipóteses para oitiva de parte e/ou testemunha residente em local fora da sede do juízo donde tinha curso regular o processo (arts. 385, § 3º e 453, § 1º, do CPC/2015), como opção para evitar a realização do ato por meio de carta (precatória, de ordem ou rogatória), pois este meio físico gerava tempo demasiado a esperar para sua expedição, cumprimento e devolução, o que certamente retardaria a solução da lide.

Para a opção pela coleta virtual do depoimento das partes e testemunhas, pouco importa o juiz da causa não ter competência na área geográfica em que está a parte ou testemunha. Isso não deve ser impedimento, na medida em que se está dando prevalência, com o uso da tecnologia, à celeridade do ato processual.

Na hipótese em debate, exigir autorização do juiz do local em que se situa a parte ou a testemunha afronta o princípio da celeridade, de modo que basta que o magistrado da causa vislumbre ganho para a razoável duração do processo para determinar a realização da audiência em formato virtual, por instrumento de videoconferência.

Paulo Lucon observa que somente com a pandemia de COVID-19 a comunicação à distância atingiu seu ápice, com acesso à justiça de forma segura e eficiente[16], obrigando os operadores do direito a se adaptarem rapidamente a um novo ambiente de comunicação.

A pandemia de COVID-19 inverteu a lógica legal e sob a justificativa de se evitar aglomerações, impôs que todas as audiências e despachos com os magistrados passassem a se realizar pelo formato integralmente virtual, em especial por intermédio das plataformas de videoconferência mais populares, a saber: Microsoft Teams, Zoom ou Google Meet, que foram adotadas pelos Tribunais (o TJ/SP, por exemplo, utiliza o Microsoft Teams), as quais não exigem equipamentos mais sofisticados e são operáveis via celular.

4.2 PECULIARIDADES DA AUDIÊNCIA VIRTUAL POR VIDEOCONFERÊNCIA

O fato é que a audiência virtual, com o uso da videoconferência, contribui sobremaneira para agilizar o processo em direção à prestação jurisdicional, e é mais um instrumento para dar efetividade ao mandamento constitucional que impõe a razoável duração do processo, desde que não haja prejuízo ao regime jurídico estabelecido para o ato, previsto no CPC/2015.

4.2.1 NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS REGRAS QUE PERMEIAM A AUDIÊNCIA PRESENCIAL

Dentre as regras previstas no CPC/2015 e que devem ser observadas quando da realização da

16 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Processo, Novas Tecnologias e Pandemia*. *In* CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Coords.). *Impactos Jurídicos e Econômicos da COVID-19*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 324-325.

audiência virtual, com o uso da videoconferência, destacam-se: a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais (art. 7º), a vedação do acompanhamento do depoimento pessoal por quem ainda não depôs (art. 385, § 2º), a proibição de depoimento sobre fatos articulados com amparo em escritos anteriormente preparados (art. 387) e a incomunicabilidade entre as testemunhas (art. 456).

É bom salientar que todas aquelas cautelas regulares por parte do juiz para realização de audiência presencial de instrução devem igualmente ser adotadas na audiência virtual, tornando-a efetiva e adaptável, com os cuidados próprios do ato. Nesse caso, tanto parte como testemunha devem estar sempre sob o olhar do julgador, dos advogados e da(s) parte(s).

Assim, na oitiva da parte, seja a requerimento da parte contrária, seja determinado pelo julgador (interrogatório livre[17], com base no art. 139, inc. VIII, do CPC/2015), ou no depoimento prestado por testemunha, a inquirição deve ser realizada de maneira separada e sucessivamente.

No caso de testemunhas devem-se ouvir primeiro as arroladas pelo autor e na sequência as do réu; e em qualquer situação sempre impedir que os que prestaram esclarecimentos depois não ouçam o relato da parte ou testemunha que a precederam (art. 456 do CPC/2015).

Antes da inquirição, deve-se identificar o processo, as partes, assim como qualificar o depoente e tomar a cautela quanto ao parentesco ou interesse na causa por parte da testemunha, evitando enfim, neste último caso, qualquer hipótese de impedimento ou suspeição.

Qualificada a testemunha, se for o caso, é facultado ao defensor da parte contrária, contraditar a testemunha (art. 457 e parágrafos do CPC/2015). Superado isso, a testemunha tem o dever de prestar o compromisso de dizer a verdade do que lhe for perguntado (art. 458 do CPC/2015) e em seguida será tomado o depoimento dela.

O formato de realização da oitiva, na mesma medida, segue o da audiência presencial e real, com os questionamentos formulados diretamente pelas partes, com os cuidados ordinários (art. 459 e parágrafos do CPC/2015).

Outro ponto a se sublinhar é que a audiência virtual, por meio do recurso tecnológico da videoconferência, não ofende, na mesma medida, o princípio da oralidade.

O formato virtual torna possível o magistrado natural da causa estar próximo da instrução e da colheita de provas produzidas na audiência, sem intermediário, ainda que esteja distante fisicamente, sem o contato presencial das partes, seus defensores, testemunhas e demais participantes do ato processual.

A imediatidade do juiz com as partes e a prova oral produzida em audiência, classificada de subprincípio da oralidade[18], é também atendido pelo uso da videoconferência na audiência virtual. O julgador da causa, nessa oportunidade, poderá ter as mesmas sensações que as vivenciadas na audiência real de colheita de prova, aferindo se os participantes do ato processual estão à vontade ao se expressarem, sendo fiéis e sinceros ou imprecisos, omissos ou inverídicos ao responderem o que lhe é perguntado.

17 O CPC/2015 criou a figura do interrogatório livre, pela qual o juiz pode determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso. Com isso, afastou-se certa confusão que havia no CPC/1973 quando este dispunha que o juiz podia, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (art. 342, da Seção II, Do Depoimento Pessoal).

18 BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 203.

4.2.2 A INVIOLABILIDADE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Vamos analisar, agora, aspecto específico para a realização da audiência virtual por videoconferência, relacionado à inviolabilidade do direito à liberdade de expressão.

Na audiência de instrução processual, a parte ou testemunha que presta depoimento exerce o ato de se expressar verbalmente, ao responder perguntas que lhe são formuladas sobre determinado acontecimento do passado e relevante para o processo judicial, e nesta condição devem fazê-lo em estado de real liberdade de expressão, de modo a colaborarem efetivamente com a formação da convicção do juiz da causa.

A liberdade de manifestação no momento da audiência deve se dar ausente de qualquer constrangimento.

É claro, porém, que a liberdade de expressão da testemunha não é absoluta, limitada pelo próprio legislador infraconstitucional ao prever no art. 458 e parágrafo único, do CPC/2015, o compromisso que ela tem de dizer a verdade quanto aos questionamentos que lhe são apresentados.

Desta forma, é vedado à testemunha: i) fazer afirmação falsa, ii) calar, iii) ocultar a verdade. Caso venha falsear a verdade, nada falar ou tergiversar quanto ao que deve ser aclarado, se sabedora de algo, incorre a testemunha no crime de falso testemunho, nos termos do art. 342, do Código Penal, o qual prevê pena de reclusão de dois a quatro anos de reclusão, e multa.

A pena referida é exasperada na hipótese de o crime ser praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta (CP, art. 342, § 1º).

Bem por isso, as precauções do julgador na colheita da prova processual em razão das inconvenientes intercorrências passíveis de ocorrer na audiência presencial são as mesmas na audiência virtual.

A dizer, terá o juiz a grande incumbência de ter a acuidade e sensibilidade apuradas para não ser "envolvido" pelo relato verbal dos acontecimentos apresentados pela testemunha, cuja narrativa deve ter a exata correspondência com aquilo que sabe e lhe foi indagado, caracterizada, portanto, de veridicidade, que é diferente de apenas sinceridade.

O verdadeiro pontua o que entende conveniente dizer, retrata as suas percepções, sem proferir um juízo. O sincero pode colocar elementos emotivos na sua exposição, afastando-se da realidade objetiva, o que é vedado.

De acordo com Altavilla[19], a sinceridade "tem um valor puramente subjetivo e refere-se a uma atitude psicológica, à tendência para dizer aquilo que se sabe e se pensa, e é acompanhada, quase sempre, por aquela atitude espontânea que é a *fraqueza*, a qual tem aspectos fisionómicos especiais.". Já a veridicidade vem a ser "uma exacta correspondência deste estado subjetivo com a realidade objetiva.".

Do outro lado, tem-se a testemunha hipócrita e a mentirosa. A primeira, demonstra algo diferente do que pensa ou sente, diverso da realidade, age com dissimulação. A mentirosa, por sua vez, altera conscientemente a verdade. A mentira pode ser dividida em mentira-meio, que vem a ser utilizada para

19 ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária. II Personagens do Processo Penal*. Trad. Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, 1982, p. 253.

uma finalidade específica, e a mentira-tendência, que é a decorrente de um temperamento especial.

A despeito dessas colocações, fato é que o depoente, algumas vezes, não possui suficiente cultura e inteligência verbal para expressar com exatidão suas vivências ou impressões de experiência vivida.

No processo de linguagem é necessário utilizar corretamente a comunicação. Daí que o depoente deve inspirar confiança (etos) no julgador, expor os fatos de acordo com as indagações formuladas pelo advogado e pelo juiz. No primeiro momento, as observações por ele postas serão verossímeis, pois admitem prova em contrário, e caso contestadas, poderá a testemunha depoente incorrer no crime de falso testemunho.

O indivíduo que necessitar prestar depoimento em juízo, seja presencial ou virtual, na posição de parte ou testemunha, deve estar com sua mente plenamente livre para prestar depoimento, com total ausência de interferência externa que possa levá-lo a ter prejudicada a qualidade de seu relato. Isso corresponde a um dos modos que pode ser entendida a liberdade enquanto ausência de interferência e na maneira de expressão.[20]

Assim, a liberdade de manifestação da testemunha deve estar delimitada dentro da verdade, e esta é o limite daquela expressão de pensamento exteriorizada, sob pena de censura.

A liberdade de expressão, nessa medida, é classificada como sendo do regime repressivo e da racionalidade jurídica, sustentada em três princípios, quais sejam: i) regra da boa reputação do cidadão, pela qual tudo é permitido, com exceção dos abusos da liberdade reprimidos pela lei; ii) regra da razão legal, por meio da qual o sujeito pode conhecer a extensão de sua liberdade; iii) pela regra da razão judiciária, cabe apenas ao julgador aferir o desrespeito da lei.

Portanto, o uso das tecnologias aplicadas na colheita da prova processual civil deve pressupor a liberdade de manifestação da parte ou testemunha, na medida que acabamos de ver, o que é perfeitamente possível, caso esse ato processual seja realizado por meio de videoconferência, desde que respeitadas as regras vistas no item 4.2.1.

Ademais, importa consignar que parte e testemunha comumente não habituadas à formalidade e liturgia de uma audiência presencial sentem-se, no mais das vezes, acanhadas no ambiente forense.

Para minimizar essa sensação, a videoconferência para a prática de ato processual é de grande relevância, pois parte e testemunha podem permanecer na sua zona de conforto (ambiente de livre escolha, sem ter medo ou ansiedade) e prestar declarações para esclarecimento dos fatos objeto da lide sem a pressão emocional que pode causar o espaço forense, ou seja podem prestar as informações ao juízo distante das formalidades que, muitas vezes, inibem aquele que é chamado a estar frente a frente do magistrado.

Volta-se a dizer que a pessoa chamada a comparecer à presença do magistrado no ambiente real enfrenta um ambiente hostil, isto é estar frente a frente do julgador para prestar esclarecimentos em comunicação direta, seja na qualidade de parte ou testemunha, comumente faz com que o depoente se depare com local e suas formalidades que, muitas vezes, lhe causam desconforto.

Pode o sujeito, nessa situação, ficar com sua liberdade de pensamento e de emissão pública desse pensamento prejudicada. E essa liberdade de emissão de pensamento corresponde a extensão da

20 MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo III. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 1733.

liberdade da psique.[21]

Para superar essa situação real identificada, a audiência virtual por videoconferência é um instrumento que pode, de concreto, favorecer a parte e testemunha a prestarem suas informações com mais tranquilidade e segurança e, ainda, possibilitar ao julgador extrair os dados necessários de que precisa para bem solucionar a lide.

4.3 A VIA DA AUDIÊNCIA VIRTUAL COMO UM CAMINHO A SER PERSEGUIDO PELO MAGISTRADO

Além disso, esse meio tecnológico possibilita ao próprio juiz da causa, designado juiz natural, colher o depoimento de parte ou testemunha que esteja situada em local diverso do juízo de origem, dispensando a expedição de carta (de ordem, rogatória, precatória), utilizada ordinariamente, de modo a agilizar a dinâmica processual.

Não se deve esquecer, ainda, daquelas intercadências que impedem a realização de audiência presencial, seja de ordem natural (p. ex. uma intempérie), seja por motivo pessoal (como a impossibilidade de deslocamento do participante da audiência até o fórum, independente do motivo apresentado). A ferramenta tecnológica da videoconferência utilizada para essas situações suplanta o obstáculo.

Portanto, a audiência virtual traz um ganho de eficiência na fase instrutória do processo de conhecimento, por trazer agilidade na audiência de instrução, possibilitando a aproximação, ainda que remota, de todos os atores do processo judicial, independentemente de onde estiverem.

Constata-se, assim, os benefícios que a videoconferência propicia ao processo e em decorrência ao jurisdicionado na solução de sua demanda.

No entanto, não se quer com as colocações acima, que superada a situação que envolve a pandemia de COVID-19, afirmar que a audiência virtual deva substituir a audiência presencial, mas que a ferramenta tecnológica de videoconferência utilizada na audiência virtual seja mais um instrumento à disposição do julgador para dar agilidade, segurança para o bom resultado na prestação jurisdicional, sem inconvenientes na busca desse fim.

O ponto relevante disso, é que a experiência vivida com a pandemia de COVID-19 mostrou que em princípio a audiência virtual poderia ser a regra, pois viu-se ser perfeitamente possível a realização de audiências, sessões de julgamento nos Tribunais e despachos com magistrados em geral nesse formato, sem que prejuízo algum fosse causado ao contraditório e ampla defesa.

Assim, devemos permitir que o próprio julgador da causa calcado na busca da razoável duração do processo realize integralmente a audiência em ambiente virtual por videoconferência, ou apenas colha os elementos da prova, quando a parte ou testemunha estiverem em localidade diversa da competência do juízo, sem que se tenha de utilizar uma das espécies de carta.

A audiência virtual permite ainda que parte dos participantes do ato processual (advogado, parte e testemunha) estejam na presença física do juiz e os demais em outros locais, por. ex. no escritório

21 MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 329.

do advogado, na própria casa ou trabalho. Essa forma configura audiência híbrida.

Com isso, diante dos benefícios produzidos, sustenta-se a critério do juiz da causa visando a busca da razoável duração do processo, a utilização da videoconferência mesmo depois do estado de calamidade em decorrência da pandemia mundial do Covid-19 e não somente nas hipóteses introduzidas nos arts. 385, §3º e 453, §1º, do CPC/2015, de *lege ferenda*.

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar, no decorrer da explanação, que o uso da videoconferência na audiência virtual é uma ferramenta tecnológica revolucionária a contribuir com a celeridade, eficiência, racionalização e economicidade da prestação jurisdicional, em consonância com o disposto no art. 5º, LXXVIII, da CF, e arts. 4º e 6º, do CPC/2015, contribuindo para a efetivação da razoável duração do processo.

No CPC/2015, a videoconferência foi pensada para ser utilizada na colheita de prova processual, nas hipóteses em que parte e testemunha residam em local diverso daquele que tramita o processo.

A pandemia de COVID-19 demonstrou na prática que a realização de audiência virtual por videoconferência não ofende qualquer regra ou princípio processual, podendo ser realizada de modo a garantir contraditório e ampla defesa efetivo às partes, além de preservar a liberdade de expressão das testemunhas.

Sustenta-se, por fim, a utilização da videoconferência além das situações ordinárias previstas no CPC/2015, mesmo depois do estado de calamidade em decorrência da pandemia mundial do Covid-19, a critério do juiz da causa, diante dos benefícios que o recurso tecnológico produz na relação jurídica processual em direção à prestação jurisdicional, dentro de uma perspectiva de razoável duração do processo.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto e NOVAES FILHO, Wladimir. *A Constituição dos EUA anotada*. 2ª edição. São Paulo: LTR Editora, 2008.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária. II Personagens do Processo Penal*. Trad. Fernando de Miranda. 3ª edição. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1982.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Das Provas: Disposições Gerais. Arts. 369 a 404. Vol. VIII. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2020.

ARRUDA, Samuel Miranda. Art. 5°, LXXVIII. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Comentários ao Código de Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2017.

Dicionário de Ética e Filosofia Moral. Organização Monique Canto-Sperber. Tradução Ana Maria Ribeiro-Althoff (et al.). São Leopoldo/RS: Ed. Unisinos, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil* - vol. 1 (arts. 1º a 69). *In* GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal.* Vol. único. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPEZ, Emilio Mira Y. *Manual de Psicologia Jurídica*. Tradução e apêndice Elso Arruda. 4ª edição. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1967.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Processo, Novas Tecnologias e Pandemia*. *In* CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Coords.). *Impactos Jurídicos e Econômicos da COVID-19*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII. Arts. 381 a 484. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo III. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 18ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual* – vol. único. 12ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. Tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESAP
Mato Grosso do Sul
Escola Superior da Advocacia Pública

PGE
Mato Grosso do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Capacitação de Procuradores do Estado

Em um cenário de escassez de mão-de-obra especializada, virtualização e agilidade nos processos, foco em resultados e geração de valor do serviço prestado, falar em capacitação torna-se imprescindível. Porém, junto a isso sempre vem a pergunta: e o retorno sobre esse investimento?

O retorno sobre o investimento em ações de capacitação – assunto extenso e recoberto de intangibilidade e subjetividade - pode ser mensurado através de alguns índices indiretos, como: qualidade do serviço prestado; melhoria de processos; inovações; multiplicação do conhecimento; agilidade e qualidade na alocação dos recursos humanos; engajamento e motivação dos servidores, entre outros. Indicadores esses inseridos no rol de processos da gestão de pessoas.

A opção por um sistema de gestão estratégica de pessoas com enfoque em um modelo de gestão por competências pressupõe capacitar conhecimentos, habilidades e aptidões aos integrantes de uma organização que sejam necessárias à concretização das atividades finalísticas organizacionais, prestigiando-se assim o mapeamento de competências elencadas para o melhor resultado ao destinatário final da organização pública.

Recentemente, para exemplificar a preocupação e o alinhamento com a geração de valor público, a Escola Superior da Advocacia Pública (ESAP), com recursos da linha de Financiamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) para a modernização da Gestão Fiscal do Estado (PROFISCO II - MS) promoveu a capacitação de 11 Procuradores do Estado de Mato Grosso do Sul em pós-graduação lato sensu em Mediação, Conciliação e Arbitragem.

Em que pese a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul ainda não possuir o mapeamento das competências essenciais e transversais pertinentes ao exercício do cargo de Procurador do Estado, tal fato, por si só não obsta que se considere, diante da relevância e importância da atuação institucional na utilização de instrumentos alternativos de resolução de conflitos jurídicos, que a capacitação nessa área possa ser considerada, por si própria, uma competência a ser desenvolvida na atividade de um procurador.

Como forma de tornar público o resultado da capacitação supra, a presente edição apresenta aos seus leitores os artigos elaborados pelos Procuradores do Estado como etapa de conclusão do curso de especialização, nos quais são debatidos aspectos jurídicos da atu-

ação das advocacias públicas na solução consensual administrativa de conflitos, com vistas à redução de ações judiciais repetitivas e consequente economia do erário.

Apresenta-se, ainda, nesta seção, artigo ofertado em pós-graduação lato sensu em gestão de pessoas no qual se discutiu, por meio de estudo do caso da capacitação acima, quanto à importância do desenvolvimento dessas competências para fins de incremento da atuação institucional, tendo sido constatado que a capacitação em competências essenciais de uma organização pública beneficia a um só tempo a organização, que tem sua missão, visão e valores reforçados e sua imagem positivamente refletida à sociedade (destinatário final); ao mesmo tempo em que seus integrantes, com o desenvolvimento de competências profissionais, experimentam o pertencimento e reconhecimento na organização, além da sociedade que se beneficia de um serviço público de maior qualidade.

Ludmila dos Santos Russi
Procuradora do Estado
Diretora da Escola Superior da Advocacia Pública

Esaú Rodrigues de Aguiar Neto
Auditor Fiscal da Receita Estadual
Líder do Produto de Gestão de Pessoas do Profisco II/MS.

COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (DISPUTE RESOLUTION BOARDS) E SUA APLICABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ABORDAGEM DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM ALICERCE NA EFICIÊNCIA E CONSENSUALIDADE.

Adriano Aparecido Arrias de Lima[1]

Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares[2]

RESUMO

O presente trabalho guarda por desiderato demonstrar as vantagens da utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Resolution Boards) nos contratos administrativos de longa duração e valores vultosos, mormente nas concessões públicas e parcerias público-privadas.

No decorrer da pesquisa, restará examinado o arcabouço normativo nacional que possibilita a utilização da consensualidade no direito público, consubstanciada no estudado meio adequado de resolução de conflito, especialmente pelo prisma do princípio constitucional da eficiência.

Igualmente, serão delineadas as concessões públicas e parcerias público-privadas, contratos administrativos de longa duração e valores de grande monta, nos quais a utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Resolution Boards*) se mostra como peça de alfaiataria, bem como as especificidades que devem ser observadas pela Administração Pública quando da aplicação desse meio adequado de resolução de conflitos.

Ao final, serão analisadas decisões judiciais sobre a matéria ora *sub examine*, extraindo-se quais são as ponderações atingidas pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Comitês de Resolução de Disputas, Administração Pública, concessões públicas e parcerias público-privadas.

INTRODUÇÃO

O conflito é inevitável e parte do convívio humano. A sociedade teme o conflito, que, se não trabalhado de maneira adequada, gera violência. Por essa razão, revela-se importante a identificação das causas desses conflitos, para assim terem seus efeitos, ao menos, mitigados.

1 Procurador do Estado desde 2008. Pós-graduado em direito material e processual do trabalho, direito administrativo e métodos adequados de solução de conflitos. Atuou como Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial, Procuradoria de Assuntos Administrativos e atualmente como Subchefe da Procuradoria de Pessoal..

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis.

Diferente não é com a Administração Pública. Partindo-se da premissa de que é a Administração Pública a representante do interesse transindividual, com a finalidade de assegurar o bem-estar geral de toda uma sociedade, bem como que, constitucionalmente, está vinculada a uma atuação eficiente nesse escopo, a condução da *res publica* deve guardar simetria com as demandas (necessidades) dessa coletividade.

Nesse diapasão que se desvela a utilização dos meios adequados de solução de conflitos, exigindo dos servidores públicos envolvidos perfil profissional diferenciado do até o momento desenhado, uma vez que a solução da crescente litigiosidade envolvendo o Poder Público já não é mais atingida ou mesmo debelada pelo Poder Judiciário, o que acaba em resultar na frustação da expectativa de todas as partes envolvidas.

Não obstante apresente-se o conflito como algo natural, deve-se antecipá-lo, evita-lo ou gerenciá-lo para que não haja sua escalada com efeitos deletérios a todos os envolvidos.

Imbuído desse raciocínio, em contratos de longa duração nos quais os problemas a serem constatados durante sua execução não tem a possibilidade de serem previamente estabelecidos, revelou-se a utilização do meio adequado de solução de conflitos denominado Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Resolution Boards*).

Sua origem remonta à década de 1960, nos Estados Unidos, durante as obras do projeto *Boundary Dam*, quando foram contratados especialistas para acompanhar e confeccionar pareceres sobre os conflitos advindos da execução do projeto.

Depois da repetição da experiência em outras execuções de obras, inclusive pelo Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), cristalizou-se o entendimento de que esta modalidade de solução adequada de conflitos gera, além de celeridade na resolução dos problemas originados do contrato, representa uma despesa muito pequena em relação ao montante global de todos os custos do projeto, exsurgindo daí um viés preventivo tendo por finalidade primordial a continuidade da relação contratual com a entrega de seu objeto no menor lapso temporal possível.

Desse modo, sua utilização pela Administração Pública nos contratos de longa duração, principalmente nas concessões públicas e parcerias público-privadas, atenderia aos anseios sociais com brevidade e menores despesas públicas ou mesmo prejuízos aos usuários, atendendo em sua plenitude ao *princípio constitucional da eficiência*.

Essa a finalidade da presente pesquisa: demonstrar a possibilidade jurídica e a viabilidade material da utilização desse meio adequado de solução de conflitos pela Administração Pública, com ganhos efetivos para toda a sociedade.

I. COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (DISPUTE RESOLUTION BOARDS)

1.1. Breve escorço sobre os meios adequados de resolução de conflitos

Da maneira como já registrado, é de suma importância a identificação das causas do conflito, no escopo de mitigarem-se ou excluírem-se seus efeitos deletérios, que se consubstanciam em uma escalada para a violência.

Para tanto, necessário que se identifiquem as dimensões do conflito. *Posição* é o que uma das partes insertas no conflito demanda. As posições, ordinariamente, são antagônicas, configurando uma relação "ganha-perde". *Interesse* é o que em efetivo a parte inserida no conflito busca. Já *necessidade* é o que a parte precisa para ter seu interesse atendido.

Nesse contexto, tem-se por plausível que múltiplas soluções se apresentem para a resolução do conflito. A *solução adequada de disputas*, assim, afigura-se na escolha consciente de um processo ou método de resolução de conflitos, dentre vários possíveis, considerando o contexto fático da disputa.

Apresentam-se como os principais métodos adequados de solução de conflitos: *(i) negociação*; *(ii) mediação*; *(iii) conciliação*; *(iv) arbitragem;* e *(v) processo judicial*.

Esses métodos caminham de um espectro menor de intervenção (autocompositivos - consensuais) para um maior (heterocompositivos - contencioso), sendo que nos dois últimos essa intervenção é concretizada por terceiros alheios ao conflito que tomam a decisão substituindo as partes, impondo-a aos conflitantes.

Nos métodos autocompositivos o poder de solução do conflito pertence diretamente às partes contendentes, razão pela qual a construção da solução e o resultado atingido guarda maior equilíbrio. Se efetivada a autocomposição, o corolário será uma relação "ganha-ganha". Do contrário, inexiste acordo, por se qualificar como método voluntário.

Ao seu turno, nos métodos heterocompositivos, o poder de solução é conferido a terceiro não integrante do quadro conflituoso. Por esse motivo, a perspectiva é de uma relação *"ganha-perde"*.

De maneira sintética, *negociação* é um método direto, autocompositivo e consensual. Direto pois as partes atuam sem a intervenção de terceiros. Autocompositivo pois são elas que buscam a solução, não lhes sendo esta imposta por ninguém. Consensual pois é fruto da vontade conjugada de ambas as partes.

Mediação, ao seu turno, é método autocompositivo, consensual e indireto, pois há nele a figura de um terceiro imparcial que tem a missão de auxiliar as partes contendentes na busca pela resolução do conflito. O terceiro, denominado de mediador, não tem conexão com o acordo, pois não tem a atribuição de apresentar às partes a solução da contenda. O foco da mediação é o diálogo, atuando o mediador pela melhora da comunicação entre as partes.

Tem a mediação seu foco na resolução do conflito para o futuro, sendo, por esta razão, indicada para relações que tenham duração continuada no tempo.

Também se afigura a *conciliação* em método autocompositivo, consensual e indireto. Todavia, o terceiro (neutro) atuante na conciliação tem como atividade auxiliar as partes conflitantes em encontrar uma solução à contenda, podendo, inclusive, apresentar sugestões para essa finalidade.

Distintamente da mediação, a conciliação tem seu foco na realização do acordo, interferindo nesse mister de forma direta e objetiva.

Todos os métodos até o momento indigitados têm por corolário, se atingido o acordo, gerar título executivo extrajudicial.

A *arbitragem* consubstancia-se em um método heterocompositivo e consensual, no qual há um

terceiro investido com poderes de julgador para tomar a decisão resolutiva do conflito que as partes não conseguiram *per se*. As partes apresentam ao julgador seus argumentos para que este apresente a solução. As decisões arbitrais têm força de decisão judicial (título executivo judicial), não estando sujeitas à recurso (Lei Federal n. 9.307/1996). O foco é a elaboração de uma decisão que será imposta às partes.

O processo judicial é meio heterocompositivo e não voluntário, exercido mediante atividade jurisdicional estatal.

Vários podem ser os métodos adequados de solução de conflitos, advindos de outras matrizes ou mesmo da junção dos aqui dispostos, sendo que, para fins do objeto do presente estudo, foram apresentados os principais, não se tendo por intenção o esgotamento da matéria.

1.2. Comitê de Resolução de Disputas e suas espécies

Nas palavras de ARNOLDO WALD (2011) *"os dispute boards (DB) são painéis, comitês ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards –DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards – DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes forem outorgados pelas partes"*.

Da conceituação colacionada, percebe-se que o ponto de distinção entre as modalidades de *Dispute Boards* é o grau de vinculação de suas conclusões, que podem ser consideradas vinculantes (*binding*), não vinculantes (*non-binding)* ou, também, apresentar os dois efeitos.

No *Dispute Review Board*, as opiniões ou orientações expedidas pelo Comitê têm feição de mera recomendação, que poderão espontaneamente ser cumpridas pelos contratantes. Quando isso ocorre, tem-se que a qualidade técnica da recomendação e a consistência dos argumentos foi bastante para persuasão das partes, que executam voluntariamente a solução proposta.

Na hipótese de silêncio dos contratantes e transcorrido o prazo estabelecido na recomendação, desta exsurgirá efeito vinculante e obrigatório. Se uma das partes com ela não concordar, poderá manifestar sua rejeição acompanhada dos fundamentos de discordância, obstando a produção de qualquer efeito. Nesse específico caso, a matéria deverá ser solucionada por outro método previsto no instrumento contratual ou, na sua omissão, pelo Poder Judiciário.

No *Dispute Adjudication Board* a decisão ostenta efeito vinculante para as partes contratantes, resguardado o direito de estas apresentarem suas impugnações com suas razões de divergência. Todavia, referida impugnação não tem o condão de obstar os efeitos imediatos da decisão do Comitê, devendo ser cumprida até que a controvérsia seja levada à outra instância (arbitral, se houver previsão no contrato, ou judicial).

No *Combined Dispute Board* apresentam-se as características das modalidades anteriores. Para que a decisão tenha feição vinculante, necessário se faz que uma das partes a requeira expressamente e a outra aquiesça ou silencie, situação na qual se entenderá que tacitamente concordou com o pleito da outra parte. Também se revela possível que o próprio Comitê prolate decisões vinculantes quando o contrato assim disciplinar e em situações previstas e cogitadas no Regulamento eleito pelas partes.

Os Comitês de Resolução de Disputas apresentam como vantagem sobre a arbitragem ou conflitos judiciais o fato de inexistir vencedor, uma vez que sua função é fundamentalmente preventiva, sempre guardando o intento primordial de continuidade da relação contratual.

O *Dispute Board* nasce juntamente com o contrato, em que – em regra – três experientes profissionais são nomeados para acompanhar o projeto contratado, sendo-lhes participadas, desde o início, todas as informações relevantes pertinentes à sua execução, para que tenham condições de, ao decidir ou expedir recomendações, resguardarem a manutenção do bom relacionamento entre as partes durante a execução contratual, bem como seu equilíbrio econômico-financeiro.

Não obstante a regra seja que os Comitês de Resolução de Conflitos sejam previstos no contrato desde sua confecção (*full term Dispute Boards*), também podem ser instituídos durante a execução da relação contratual (*ad hoc*) para opinar sobre questões específicas. Entretanto, perdem sua característica preventiva e, por consequência, não terão a mesma celeridade na resolução do conflito.

Retornando, em observância à regra da previsão contratual originária dos comitês, os conflitos são resolvidos na medida em que vão surgindo, o que tem por efeito diminuir o desgaste entre as partes que pode resultar em paralisação de sua execução ou mesmo rescisão do contrato, o que desaguaria em grande prejuízo para todos os envolvidos, sejam as partes, sejam seus colaboradores.

Isso porque a tomada de medidas mais drásticas pelas partes, no intento de conter prejuízos enquanto não resolvidos os impasses da execução contratual, como, *v.g.*, a judicialização da contenda, se tornam menos relevantes para esse mister.

Além disso, pelo conhecimento técnico, experiência e conhecimento sobre o projeto que têm em tempo real os integrantes do Comitê de Resolução, bem como a confiança depositada pelos contratantes que, direta ou indiretamente, os elegeram, ostenta o *Dispute Board* alta chance de êxito na resolução dos conflitos ou discordâncias que lhes forem apresentadas.

Apresentam-se igualmente como vantagens da utilização do Comitê de Resolução de Conflitos: *(i)* recomendações não vinculantes frequentemente auxiliam na resolução da disputa quando as partes têm respeito pela posição e competência dos membros; *(ii)* tradições culturais podem influenciar na adoção de recomendações, como, por exemplo, na China, onde a tradição de conciliação leva as partes a muitas vezes adotarem recomendações para evitar novos conflitos; *(iii)* caracteriza-se como processo não ameaçador; *(iv)* têm uma maior simplicidade procedimental, sendo suas audiências mais simples; *(v)* os custos tendem a ser menores do que em processos judiciais ou arbitrais; *(vi)* partes já experientes são muitas vezes capazes de resolver suas questões apenas com base numa recomendação; *(vii)* exemplificativamente, nos EUA, as recomendações não vinculantes costumam ser aceitas, pois nenhum dos lados usualmente deseja prosseguir a disputa por vias arbitrais ou judiciais.

A vantagem pertinente ao custo do *Dispute Board* tem relação direta com sua taxa de sucesso. Seu custo se estabelece entre 0,05% e 0,25% do custo final do projeto, projeção esta relacionada ao quantitativo de disputas submetidas à apreciação do comitê. Em razão disso, há estudos que indicam sua adoção para empreendimentos com orçamento igual ou superior a US$ 50 milhões, em razão do custo da contratação e manutenção de especialistas ao longo de toda a execução contratual mostrar-se mais significante em projetos com orçamentos menores (MARTINS, GOMES e MEDICI, 2020).

No que concerne à taxa de sucesso desse método, a *Dispute Resolution Board Foundation* possui 2.813 casos catalogados, datados de 1975 a 2017, cujo valor das obras somadas perfazem aproximadamente US$ 277.547.000.000,00, com percentual de sucesso dos litígios, aferido pela não recorribilidade às vias externas, de mais de 90%[3].

Segundo dados do *Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*, esses índices são ainda mais altos:

> A eficiência do dispute board, tanto em termos de obter soluções quanto na celeridade do processo, tem sido manifestamente comprovada. Dados da Dispute Resolution Board Foundation indicam que 99% dos conflitos que usam dispute boards são encerrados em menos de 90 dias, e que 98% das disputas são resolvidas pelo mecanismo.
>
> Além de ser sua eficácia, os dispute boards constituem também um importante elemento de transparência, que garante a execução adequada dos contratos e o bom andamento dos projetos. Dessa forma, o mecanismo acaba contribuindo para a reputação das partes envolvidas no meio corporativo, conferindo-lhes vantagens intangíveis no mercado.[4]

Em concordância com GOMA (2016), organizador do Manual de Mediação do CNJ, a eleição do método mais adequado de solução de controvérsias deve levar em consideração diversos fatores, tais como *"custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade"*.

Precisamente por essas qualidades que se consubstancia Comitê de Resolução de Disputas como boa opção para os contratos administrativos de longa duração como as concessões públicas e parcerias público-privadas, pois evitaria que qualquer impasse na execução contratual afeta-se os interesses públicos envolvidos, mormente os da coletividade pelos contratos e serviços impactada.

1.3. Arcabouço normativo nacional

A origem legislativa sobre a adoção dos *Dispute Boards* na administração pública teve princípio na imprescindibilidade de captação de recursos internacionais para grandes projetos. Desde 1995, tanto o Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) colocam como condição para financiamento de grandes obras a instituição dos Comitês de Resolução de Disputas.

Exatamente por essa razão que a Lei Federal n. 8.666/1993 (Lei de Licitações) previu em seu art. 42, §5º[5], que fosse possível a adoção do Comitê de Resolução de Disputas se condicionado pelo órgão interna-

3 Disponível em: http://www.drb.org/publications-data/drb-database/. Acesso em 23/jul/2021.

4 Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/disputeboards/. Acesso em 23/jul/2021.

5 Art. 42 Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.
[...]
§5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

cional financiador. Logo após, a Lei Federal n. 8.987/1995 (Lei das Concessões), em seu art. 23-A[6], também passou a permitir a adoção de meios alternativos para solução de disputas, o que inclui o instituto do *Dispute Board*.

De igual maneira, a Lei Federal n. 11.079/2004 (Lei das Parceiras Público-Privadas), no seu art. 11, inc. III[7], igualmente possibilitou a utilização de métodos alternativos para solução de conflitos, portanto, autorizando também o emprego dos comitês de resolução de disputas em contratos dessa natureza.

Nesse mesmo diapasão a Lei Federal n. 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas), com previsão em seu art. 44-A[8], permitiu que meios alternativos de solução de conflitos fossem empregados nas contratações públicas feitas sob essa modalidade.

Apesar de não restar expressamente mencionado nas legislações acima indigitadas, em razão de ser considerado o comitê de resolução de disputas como mecanismo privado de resolução de conflitos, estende-se estes permissivos legais para sua instituição nos contratos de concessões públicas, parcerias público-privadas e contratações realizadas sob o regime diferenciado de contratações públicas.

Entretanto, além das normas legais alhures minudenciadas, a novel Lei de Licitações (Lei Federal n. 14.133, de 1º de abril de 2021), que se encontram em vigência concorrente com as normas anteriores pelo período de dois anos de sua promulgação, tem expressa previsão da utilização do Comitê de Resolução de Disputas para os contratos por ela albergados (art. 151[9]), com a condicionante de que a matéria objeto do impasse diga respeito a direitos patrimoniais disponíveis.

Contudo, não se trata do primeiro diploma legislativo nacional a trazer a expressa previsão do *Dispute Boards* envolvendo a Administração Pública. Tal título é atribuído à Lei Municipal nº 16.873/2018, do Município de São Paulo, regulamentou *"a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo"*.

Ademais de todo o disposto, a conjugação dos dispositivos do Código de Processo Civil (art. 3º[10], §§

6 Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

7 Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:
I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 ;
II – (VETADO)
III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.
Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

8 Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015) (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

9 Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.
Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

10 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
[...]
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

2º e 3º; e art. 174[11], da Lei Federal n. 13.105/2015), da Lei de Mediação (art. 32[12] da Lei Federal n. 13.140/2015) e da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro - LINDB (art. 26[13] do Decreto-Lei Federal n. 4.657/1942) possibilita à Administração Pública a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Em conclusão, infere-se que o ordenamento jurídico pátrio possibilita a utilização dos Comitês de Resolução de Conflitos em contratos que envolvam a Administração Pública.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONSENSUALIDADE E EFICIÊNCIA

2.1. Princípio constitucional da eficiência e Administração Pública

Com a Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998, restou inserido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal a *eficiência* como princípio norteador da atuação da Administração Pública.

Segundo a lição de **Diógenes Gasparini**[14], referido princípio:

> *Conhecido entre os italianos como "dever de boa administração", o* princípio da eficiência *impõe a Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com* rapidez*,* perfeição *e* rendimento*, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. [...] O desempenho deve ser* rápido *e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral. Nada justifica qualquer procrastinação. [...] As atribuições devem ser executadas com* perfeição*, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administrados. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e*

11 Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

12 Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.
§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.
§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.
§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.
§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.
§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

13 Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)
§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
§ 2º (VETADO).(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

14 GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76/77.

> *de dinheiro públicos [...] Por fim, tais competências devem ser praticadas com* rendimento*, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. Resultados positivos não significam lucros, embora, em alguns caos, possam existir. [...] É, pois, a relação custo-benefício que deve presidir todas as ações públicas.*
>
> (destaques como no original).

Assim, infere-se que exsurgem do princípio da eficiência dois grandes valores: *(i)* a perspectiva de modernização da Administração, gerando modelos de gestão mais focados em metas e resultados; e *(ii)* a otimização dos recursos da estrutura administrativa, sejam financeiros ou humanos, para que seja possível aferir a atuação dos agentes públicos quanto aos resultados obtidos, tudo isso no único desiderato de encontrar a forma mais eficiente de cumprir a lei, elegendo, nas possíveis respostas/atuações administrativas, aquela que melhor equacione a necessidade enfrentada para a atender ao interesse público na hipóteses enfrentada.

Resta possível afirmar, desta feita, que *"as escolhas administrativas somente são legítimas se forem eficazes, proporcionais, motivadas, transparentes, imparciais e respeitadoras da participação social. O conceito de discricionariedade administrativa, então, atinge outro patamar, relacionando-se à competência administrativa"* (BARRETO, 2018).

Pelas elencadas razões, a utilização dos meios adequados de solução de conflito ao revés da via judicial garante verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, que, ao mesmo tempo, alberga e suplanta a ideia de simples acesso ao judiciário, revelando-se a via mais eficiente para a resolução dos conflitos, seja pela celeridade ou mesmo a maior legitimidade da solução construída, que, ao fim e ao cabo, geram maior eficiência econômica e um menor custo social total (OLIVEIRA e CASTANHEIRO, 2020).

Para que isso ocorra, necessária se perfaz a avaliação do caso concreto, no desiderato de proceder à sua identificação como pertinente à resolução consensual de conflitos pela Administração Pública.

Nesse mister, deve-se proceder a uma análise de risco.

Segundo **Luciana Moessa de Souza** (*apud* FAGÚNDEZ e GOULART, 2016), deve-se perpassar a um exame amplo dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados pelo interessado (cidadão, empresa ou entidade) quando do questionamento de determinado ato administrativo ou direito.

Dessa análise, desvelam-se três oportunidades de atuação administrativa: *(i)* se lhe assistir razão, mesmo que parcialmente, a medida mais econômica, em razão do princípio da legalidade, é atender ao pleito, com o reconhecimento total ou parcial; *(ii)* não tendo a causa fundamento fático e/ou jurídico, a alternativa será denegar-lhe o pedido administrativo ou contestar a ação ajuizada, protegendo-se o interesse público, primário e secundário; *(iii)* quando se verificar que existe algum grau de probabilidade de que o interessado tenha razão, mas não exista certeza fática e/ou jurídica, aí reside espaço para a utilização da resolução consensual de conflitos.

Desta maneira, com a profissionalização da gestão pública via maximização de resultados, instauração de eficiência, eficácia e efetividade, minimiza-se conflitos e amplia-se o impacto positivo do setor público na economia (MARTINS, GOMES e MEDICI, 2020).

Exatamente por estes motivos que se revelam os meios adequados de solução de conflitos

como instrumentos que atendem e prestam homenagem ao princípio da eficiência, orientador-mor da atuação da Administração Pública.

2.2. Consensualidade no direito administrativo

Por conta dos valores estabelecidos pelo princípio da eficiência, que evidenciam o desenvolvimento de um novo paradigma da Administração Pública, mais gerencial e de otimização dos recursos disponíveis, a consensualidade desponta como um viés necessário à atuação administrativa.

A consensualidade pode ser assimilada de duas maneiras: *(i)* uma mais ampla, segundo a qual está inserida no conceito toda e qualquer forma de participação na Administração Pública; *(ii)* uma mais específica, que compreende os acordos de vontade dos quais participa a Administração Pública, pertinente ao presente ensaio.

Assim, é o instituto sob análise apresentado no *"contexto da implementação de mecanismos privados pela Administração com o fim de satisfação do interesse público"* (BARRETO, 2018).

Adilson Abreu Dallari[15] qualifica a consensualidade como técnica de gestão administrativa, que tem o condão de originar a criação de acordos e soluções amigáveis sem que se fale em malferimento ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Isso porque, como alhures minudenciado, o emprego de técnicas negociadas se dá no único desiderato de atender ao interesse público, tornando-se o processo de construção da decisão administrativa como a consonância dos interesses envolvidos para a concretização do princípio da eficiência, haja vista que a solução acordada se caracterizará como a mais adequada ao caso concreto, conferindo maior legitimidade e satisfação social à solução construída.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[16]:

> As consensualidades tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Evitar o conflito ou gerenciá-lo de forma eficiente é um modo de atender ao interesse público, revelando-se a consensualidade como instrumento adequado que satisfaz aos valores constitucionais dirigidos à Administração Pública.

III. COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (DISPUTE RESOLUTION BOARDS) E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Conflitos que podem ser processados pelo comitê

Os Comitês de Resolução de Disputas, desde sua gênese, foram pensados e formatados para o

15 DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, n. 165, p. 7-19, jan./mar. 2005. Apud BARRETO, 2018.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Apud OLIVEIRA e CASTANHEIRO (2020).

atendimento de conflitos que viessem a despontar na execução de contratos de engenharia de longa duração.

Transmutando essa realidade para as necessidades da Administração Pública, estes não precisam ficar restritos aos contratos de engenharia, uma vez que esse pode ser apenas um dos aspectos dos contratos de longa duração utilizados para o atingimento do interesse público.

A Administração Pública faz uso de instrumentos que protraem seus efeitos no tempo, por vários e vários anos, até décadas, nos quais se revela adequado e em atendimento ao princípio da eficiência que sejam pactuados Comitês de Resolução de Disputas para o acompanhamento da execução contratual e análise e solução dos conflitos que dessa execução se originarem.

É o que, an passant, se analisará adiante.

3.1.1. Concessões públicas e parcerias público-privadas

Consoante a doutrina de CARVALHO FILHO (2018), a ideia de concessão tem o sentido de que alguém, sendo titular de alguma coisa, transfere a outra pessoa as faculdades a esta relativas. Procedendo-se as conformações necessárias, este o sentido das concessões públicas, sendo o Estado titular dos bens e o destinatário das faculdades o particular.

Ainda segundo o entendimento do doutrinador sob estudo, os contratos de concessão são catalogados em dois grupos, em acordo à finalidade a que se destinam. As *concessões de serviços públicos*, que tem por objeto a delegação da execução de serviço público a particular, exercendo este último a atividade pública. As *concessões de uso de bem público* guardam por escopo a utilização por particular de bem público, que, dependendo da destinação do uso deste, podem exercer atividades de natureza pública ou privada.

Ademais disso, as concessões também são classificadas em *comuns* e *especiais*.

As *concessões comuns* são aquelas reguladas pela Lei Federal n. 8.987/1995, que tem por objeto a prestação de serviço público delegado, o que ocorre em duas modalidades: *(i) concessão de serviços públicos simples,* na qual há apenas a concessão do serviço público; e *(ii) concessão de serviço público precedida de execução de obra pública*, onde se tem por objeto tanto a execução de obra quanto a prestação de serviço público. Em ambas as modalidades o concessionário não recebe qualquer contrapartida pecuniário do ente público concedente, tendo seus recursos origem no pagamento de tarifas pelo usuário do serviço público.

Ao seu turno, as *concessões especiais* são normatizadas pela Lei Federal n. 11.079/2004, que, por mais que também regulem delegações de serviços e obras públicas, estão sujeitas à regime jurídico específico denominado de *parcerias público-privadas*. Neste regime o concessionário recebe contrapartida pecuniária por parte do poder concedente, classificando-se em: *(i) concessões patrocinadas*, onde a contrapartida do concedente representa um adicional à tarifa cobrada dos usuários; e *(ii) concessões administrativas*, nas quais a própria Administração Pública é a usuária direta ou indireta da prestação do serviço, da obra ou do fornecimento.

Sejam as concessões da natureza que o forem, ordinariamente tais contratos tratam de vultosas quantias de recursos em uma razoável duração de tempo, e, por tratarem, em sua grande maioria de servi-

ços públicos, denota-se mais eficiente a instituição de um Comitê de Resolução de Conflitos para a resolução mais célere dos conflitos que certamente advirão da execução contratual, para que assim o interesse público reste atendido sem a paralisação da obra ou serviço público necessários à sociedade.

3.2. Detalhes pertinentes ao processamento do comitê (escolha de membros, forma de atuação, confidencialidade x publicidade)

Para a constituição dos comitês deve-se levar em consideração as habilidades interpessoais dos membros a serem escolhidos, vez que é importante que tenham uma comunicação fluída com as partes contratantes. Também deve ser levada em consideração a *independência* dos membros, aferida pela ausência de relação objetiva com as partes (parentesco, existência de negócios, etc.), bem como a *imparcialidade* que é analisada como uma questão subjetiva, já que não deve o membro do comitê tomar partido de algum dos contratantes.

Essas informações, qualificadas pelos próprios membros escolhidos do comitê como importantes, são levadas para as partes, fazendo menção às relações pretéritas, presentes ou futuras que possam ter com os contratantes.

Para a escolha dos membros do comitê é avaliado, também, o conhecimento e a qualificação técnica dos membros, que leva em consideração a experiência na área de conhecimento e o currículo do membro.

Importante destacar que o membro deve ter disponibilidade para acompanhamento da execução do contrato, vez que, se estiver em vários projetos, não conseguirá dar celeridade à resolução dos problemas que aparecerem, não atendendo aos próprios requisitos da ferramenta. *Confidencialidade* também é fator a ser observado, pois os membros acabam por ter conhecimento de situações que, por questão de ética, não devem ser exteriorizadas do contrato e seus contratantes.

A questão da confidencialidade nos comitês que envolvam a Administração Pública será abordada adiante.

Prosseguindo, a busca pelos membros pode se dar em câmaras e filiações profissionais (ex., FIDIC e CREA), que possuem os currículos de profissionais sérios para indicação nessas hipóteses, indicação esta que somente ocorrerá mediante prova ou análise prévia.

Quanto à forma de seleção dos membros propriamente dita, esta pode se dar conjuntamente entre as partes no que é pertinente a indicação de todos os membros; podem as partes acordar quanto à dois membros, que elegerão o terceiro; por lista de três nomes ou mais apresentados por ambas as partes, sendo eleitos os coincidentes entre as listas; ou mesmo as partes acordando sobre o nome do membro presidente, escolhendo ele os demais membros (*top down*).

A composição usual é a formação do Comitê por três especialistas independentes, preferencialmente com formações acadêmicas distintas, o que permitirá mesclar conhecimentos técnicos diversos (*v.g.* jurídico, engenharia, economia).

Em razão de ter seu nascedouro na seara privada, i. é, no princípio da autonomia da vontade, os Comitês de Resolução de Disputas dispõem de múltiplos modelos e modalidades previstos por diversas instituições (*Dispute Resolution Board Foundation - DRB, International Chamber of Commerce - ICC,*

The Chartered Institute of Arbitrators - CIArb, World Bank e *Fédération Internationale des Ingénieurs--Conseils - FIDIC)* (MACHADO, 2019).

Assim, é natural que as partes contratantes adotem algum dos modelos de *dispute boards* elaborados pelas instituições acima mencionadas, vez que tal agir propicia benefícios, como a utilização de um instrumento com regramento já experimentado; e a aplicação do regramento já existente como norma subsidiária do contrato, integrando possíveis lacunas existentes no funcionamento do comitê, evitando-se, desta maneira, que agentes externos sejam convocados para a solução de tais conflitos, gerando desnecessária detença à execução contratual.

A atuação do Comitê de Resolução de Disputas se dá por meio de exame de documentos, relatórios e elementos técnicos e jurídicos, juntamente com visitas periódicas ao local de execução do contrato, que se fazem também mediante reuniões entre seus membros e com as partes contratantes e/ou seus representantes.

Quanto à *confidencialidade*, tanto quanto na arbitragem que envolva à Administração Pública (OLIVEIRA, 2017), esta é mitigada ante ao princípio constitucional da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

No que concerne à arbitragem, a Lei Federal n. 13.129/2015, que acrescentou o § 3º ao art. 2º à Lei de Arbitragem, submeteu expressamente o processo arbitral envolvendo a Administração Pública ao respeito do princípio da publicidade. Referida inovação legislativa consolidou os entendimentos de que a arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade, já que a falta de confidencialidade não descaracteriza o instituto.

Igual raciocínio deve ser aplicado aos Comitês de Resolução de Disputas que envolvam a Administração Pública, uma vez que esse método consensual de resolução de conflitos trata-se de equacionamento em tempo real de imbróglios advindos da execução contratual.

Destaca-se, também, que a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/2011) rechaça qualquer dúvida sobre a imperatividade do dever de transparência em contratos nos quais integre a Administração Pública. Ademais disso, o dever de publicidade confere maior responsabilidade aos membros do comitê, vez que eles se encontram investidos de um poder de decisão que repercute socialmente para além dos limites contratuais, ainda que apreciem questões meramente patrimoniais.

Assim, como nas arbitragens que envolvam a Administração Pública, a transparência no processamento do Comitê de Resolução de Disputas não se trata de medida para engessá-lo ou burocratiza-lo, mas sim de revesti-los com recursos que tragam maior transparência e responsividade (*accountability*) a todos os envolvidos (OLIVEIRA, 2017).

Não se pode desconsiderar que a ausência de transparência pode gerar o efeito contrário do esperado com a utilização dos comitês: uma maior demora na resolução do conflito em razão de intervenção judicial inaugurada pelo Ministério Público ou qualquer outro interessado, com alicerce no malferimento desse princípio constitucional norteador da atividade administrativa.

Isso em razão de que o acesso aos dados e informações dos contratos públicos franqueia a participação e controle social sobre a Administração Pública (art. 37, § 3º, inc. II, da CF/1988). Ademais disso, os instrumentos normativos que tratam dos contratos dos quais participem à Administração Pública já preveem expressamente o dever de publicidade na execução desses instrumentos (art. 4º, inc. V, da Lei das Parcerias Público-Privadas - Lei Federal n. 11.079/ 2004; art. 22 da Lei de Concessões de Serviços Públicos - Lei Federal n. 8.987/1995).

Necessário consignar, todavia, que a publicidade, embora regra geral, não é absoluta. Isso porque será o regime jurídico aplicável às informações submetidas ao comitê que regrarão a incidência da publicidade ou não à hipótese (OLIVEIRA, 2017).

Referido regime jurídico encontra previsão na Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/2011), que estabelece a publicidade como princípio geral, aplicando-se apenas excepcionalmente o sigilo. Outro valor estabelecido por esta norma é a transparência ativa, que nada mais é que a divulgação de informações de interesse público independentemente de qualquer solicitação.

Quanto ao sigilo, a indigitada lei o atribui às informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, hipóteses de sigilo estabelecidos por outras normas (*v.g.* processos judiciais) e informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem (arts. 22, 23, 30 e 31 da Lei de Acesso à Informação; e art. 5º, incs. X e XXXIII, da CF/1988).

Em conclusão, observa-se que a confidencialidade pode ser aplicada aos Comitês de Resolução de Disputas dos quais participe a Administração Pública. Todavia, somente o será em regime excepcional, atendendo aos ditames da Lei de Acesso à Informação e da Constituição Federal.

Assim, a regra geral de publicidade nos *dispute boards* nos quais participem qualquer ente público, quando incidente, em nada altera a essência desse mecanismo de solução adequada de conflitos, vez que ainda se constatarão os benefícios trazidos por este instrumento.

IV. DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DO COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Em razão da utilização dos Comitês de Resolução de Disputas em solo nacional, o Poder Judiciário já teve a oportunidade de manifestar-se sobre o instituto ora *sub examine*.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) apreciou judicialização[17] pertinente à utilização do

17 ADMINISTRATIVO. Capital. Contrato administrativo nº 4107521301. Linha 4 - Amarela do Metrô. Execução da obra civil, obra bruta e acabamentos para conclusão da fase 2. VCA Vila Sônia. Serviços de retirada e disposição de solo contaminado. Decisão do Conselho de Resolução de Disputas (CRD). Revisão. – 1. CRD. Decisão. O item 20.2 do Edital prevê o envio dos litígios a um Conselho de Resolução de Disputas, composto por três membros qualificados e admitidos por ambas as partes. A cláusula 7.2.8.3 do Termo de Acordo do Conselho de Resolução de Disputas assegura que "a decisão do Conselho somente deixará de ser exigível pelas Partes quando for notificada ou revisada, integral ou parcialmente, por meio de um acordo ou de um laudo arbitral ou sentença judicial". As decisões proferidas pelo CRD do Metrô podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário, tanto com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, quanto com base no Edital e Termo de Acordo que permeiam o contrato administrativo nº 4107521301; a concessão da tutela de urgência, por sua vez, é admitida desde que presentes os requisitos exigidos na lei (CPC, art. 300, 'caput'), sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do 'dispute board'. – 2. Tutela de urgência. A decisão do CRD trata minuciosamente da (i) falha e demora na comunicação do Metrô sobre a contaminação do solo; (ii) suposta mistura do solo contaminado com solo limpo; e (iii) opção pelo sistema de coprocessamento em detrimento da dessorção térmica. A probabilidade do direito resta abalada pela embasada decisão do CRD; e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo é mitigado pela existência de seguro garantia que assegura o pagamento de indenização em quantia superior à discutida nos autos em caso de prejuízos decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações assumidas pelo agravante. Ausentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência (CPC, art. 300, 'caput'), a revogação é medida de rigor. – Tutela de urgência deferida. Agravo provido.
(TJSP; Agravo de Instrumento 2096127-39.2018.8.26.0000; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/07/2018; Data de Registro: 02/08/2018)

Dispute Board em situação envolvendo a Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) como contratante e o Consórcio Via Amarela como contratado, quanto à obra da Linha 4 – Amarela, financiada por recursos do Banco Mundial (MARTINS, GOMES e MEDICI, 2020).

Nessa oportunidade, o TJSP reconheceu que o Poder Judiciário deve interferir de forma moderada sobre as decisões do *Dispute Board*, o fazendo apenas em hipóteses excepcionais. É o que restou consignado no acórdão lavrado, como se infere do excerto abaixo transcrito:

> As decisões proferidas pelo CRD do Metrô podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário tanto com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, quanto com base no Edital e Termo de Acordo que norteiam o contrato administrativo nº 4107521301. A concessão da tutela de urgência, por sua vez, é admitida desde que presentes os requisitos exigidos pela lei, isto é, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo (CPC, art. 300, 'caput'), apreciados pelo juiz de acordo com seu livre convencimento.
>
> Presentes tais requisitos, nada obsta o deferimento da tutela antecipatória, sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do 'dispute board'; mas a interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não ser torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta. O edital e o contrato devem ser respeitados, salvo específico motivo aqui não demonstrado.

Consta-se do caso emoldurado que o Poder Judiciário paulista foi deferente ao Comitê de Resolução de disputas, cassando a tutela antecipada concedida pela instância de piso para suspender os efeitos vinculantes do parecer emitido.

Entretanto, MARTINS, GOMES e MEDICI (2020) colacionam situação na qual não houve similar tratamento. Citam o caso do Trecho Norte do Rodoanel, que culminou com a prisão do ex-Presidente da Dersa em 2018:

> Segundo narrado, o cerne da questão teve como causa a retirada de matacões, que, segundo as construtoras, não fazia parte do escopo inicial do contrato. Diante do pleito apresentado e das recomendações técnicas emitidas, sinalizando que o pedido das construtoras poderia ser procedente, foram pagos preços provisórios que, caso o pleito fosse considerado improcedente, deveriam ser devolvidos ao dono da obra.
>
> Ato contínuo, a Dersa contratou o Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo (IPT) para a análise do pleito, que o considerou improcedente, autorizando o estorno do preço provisório pago às construtoras à Dersa. No entanto, uma das construtoras, inconformada com o laudo do IPT, avocou a "Junta de Conflito" (nome dado ao *Dispute Board* no caso), conforme determinava as regras do contrato, já que a obra era financiada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). A Junta de Conflito, por sua vez, concluiu que o pleito era procedente e que o preço pago não deveria ser devolvido.

Ressalva-se que, em posterior ação proposta pelo Ministério Público Federal, que analisou o caso em questão, esse considerou que os gestores da Dersa agiram em desacordo com as disposições contratuais aplicáveis, concedendo às construtoras aditivos indevidos, desacreditando o trabalho realizado pelo *Dispute Board*. Conforme Reis e Monteiro:

> O caso gerou polêmica principalmente pela vulnerabilidade das recomendações proferidas por conselhos e comitês técnicos diante de instituições públicas como o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria Geral da União (CGU) e a Polícia Federal (PF). O mecanismo Dispute Board, ou Junta de Conflito, teve seus trabalhos classificados pelo Delegado Federal do caso como

> "infinitamente inferior ao valor probatório que deve ser dado a trabalhos dos peritos e técnicos oficiais do TCU, da CGU e da Polícia Federal". (REIS; MONTEIRO apud FERNANDES, 2019)

Nesse mesmo sentido é a reflexão de Mário Engler Pinto Júnior sobre o caso:

> A segunda reflexão tem a ver com o repúdio aos mecanismos alternativos de solução de disputas. A denúncia não considera que a deliberação da diretoria colegiada da Dersa, que aprovou a celebração aditivos, recebeu o respaldo da Junta de Conflitos, cuja estrutura e funcionamento estavam detalhadamente previstos em contrato. A decisão da Junta era juridicamente vinculante para as partes e somente poderia ser desafiada com a instauração de procedimento arbitragem
>
> (...)
>
> O precedente envolvendo a Dersa agrava a percepção de risco do gestor público e os seus dilemas. Nesses casos, a conduta mais racional seria simplesmente não decidir, ainda que isso implique a paralisação da obra pública, até que o decurso inexorável do tempo imponha alguma solução. Essa alternativa certamente protege a pessoa física do gestor público, mas pode se tornar desastrosa para os interesses da população como um todo.
>
> A prevalecer a linha de raciocínio, o próximo passo será responsabilizar penalmente o gestor por cumprir a decisão arbitral, cujos órgãos de controle consideram injusta ou lesiva ao setor público. A independência das instâncias penal, administrativa e civil tem limites lógicos. (PINTO JR., 2020).

O que se percebe com os casos trazidos é que se deve ultrapassar o paradigma reinante da cultura do litígio, seja em razão de que o administrador público busca a via judicial como forma de manifestação de seu inconformismo em relação às recomendações emitidas pelo *Dispute Board* – ou mesmo para evitar qualquer responsabilidade pessoal com a possível chancela judicial, seja porque os órgãos de controle não reconhecem a autoridade técnica das manifestações dos Comitês de Resolução de Disputas.

Por fim, traz-se à baila julgado do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Especial n. 1.569.422 (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 20/05/2016), no qual o relator reconheceu, em seu voto, a existência, validade e eficácia das cláusulas de *Dispute Board*:

> Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância - ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, - deve ser detidamente observada.

Não obstante tratar-se de análise judicial sobre caso que versa integralmente sobre interesses privados, importante destacar que referido acórdão reveste-se de natureza emblemática, haja vista que reconhece a possibilidade de utilização do instituto do Comitê de Resolução de Disputas antes mesmo que houvesse sua expressa previsão no ordenamento jurídico pátrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alicerçado na promoção da eficiência administrativa, é possível **à** Administração Pública fa-

zer uso dos Comitês de Resolução de Disputas em seus contratos de longa duração, procedendo-se a uma mudança de paradigma, substituindo a cultura do litígio e da judicialização pelo emprego desse método adequado de composição de conflitos, que tem por finalidade precípua a resolução dos imbróglios decorrentes da execução contratual em tempo real, minimizando quaisquer prejuízos que uma paralisação das atividades decorrentes do contrato causariam.

Nesse contexto, o Comitê de Resolução de Disputas funcionaria como facilitador do cumprimento das obrigações contratuais em lapso temporal adequado, reduzindo qualquer dispêndio **à coletividade e ao interesse público** envolvidos, o que certamente atende de maneira integral aos preceitos modernos de atuação administrativa com eficiência e consensualidade, na qualidade de expressão da Administração Pública que pressupõe uma atividade mais gerencial do que burocrática.

É o que oportunizou a instituição do marco legal dos mais diversos meios de solução adequadas de conflito no Brasil, hipótese que trouxe para o ordenamento jurídico pátrio uma nova visão a respeito da solução de conflitos para a Administração Pública.

Assim, o caminho judicial abre espaço para o novo e, com isso, espera-se diminuir o número de processos no Poder Judiciário, com um novel comportamento dos entes públicos, sejam integrantes da administração direta ou indireta, alicerçado em um viés mais gerencial, com fulcro na eficiência e na otimização dos resultados.

Por essa razão, o especial regime jurídico da Administração Pública não pode se apresentar como óbice para que seus conflitos sejam resolvidos por meio de mecanismos de consenso. Em muitos casos, a autocomposição pode ser a solução mais adequada, notadamente em situações em que se constate que o conflito pode gerar a paralisação de serviços públicos ou prejuízos ao aparato estatal e a coletividade.

Para o atendimento desse mister, necessária a conjugação de esforços para se aprimorar cada vez mais as normas e estimular-se sua implementação.

Todavia, para que esse modelo tenha sucesso, se faz necessária a difusão da utilização dos meios adequados de solução de conflitos, com uma política pública que promova a necessária e esperada mudança de paradigma da cultura do litígio para a opção pela consensualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Júlia. **Consensualidade administrativa: o uso de *dispute boards* para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras**. Dissertação (Mestrado Acadêmico) – Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2018, 183 p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, p. 17.

CARVALHO, Guilherme. **As medidas conciliatórias da nova Lei de Licitações**. Consultor Jurídico, São Paulo, 30 de abril de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-30/licitacoes-contratos--medidas-conciliatorias-lei-licitacoes?imprimir=1. Acesso em 30/04/2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2018.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; Goulart, Juliana Ribeiro. O Marco Legal da Mediação no Brasil: Aplicabilidade na Administração Pública. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, Curitiba, V. 2, N. 2, p. 148 -164, Jul/Dez 2016. Disponível em: 10.26668/IndexLawJournals/2525-9679/2016.v2i2.1575. Acesso em: 24/06/2021.

FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. **Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil. São Paulo, 2019, 328 p.

FERRAZ, Luciano. **Os Dispute Boards no Projeto da Nova Lei de Licitações**. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 de agosto de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/dispute-boards-projeto-lei-licitacoes. Acesso em 01/05/2021.

GARCIA, Flávio Amaral. **O Dispute Board e o Contrato de Concessão**. Direito do Estado, 26 de março de 2016. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e--os-contratos-de-concessao. Acesso em 31/07/2021.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Matheus Oliveira. **A aplicabilidade dos dispute boards no Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC)**. Revista de Doutrina Jurídica, Brasília, DF, v. 110, n. 1, p. 12–31, 2019. DOI: 10.22477/rdj.v110i1.294. Disponível em: https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/294. Acesso em: 29/07/2021.

MARTINS, Juliana Bruschi; GOMES, Larissa Camerlengo Dias; MEDICI, Sergio De Oliveira. **Dispute Boards e Administração Pública**. Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on--line] organização CONPEDI. Coordenadores: Adriana Silva Maillart;Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

OLIVEIRA, Andreia Mara de; CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. **Mediação na administração pública como medida democrática**. Consultor Jurídico, São Paulo, 27 de julho de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/mp-debate-mediacao-administracao-publica-medida-democratica. Acesso em 24/06/2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

POZZEBON, Leonardo Marquezze; FAXINA, Mariana de La Cruz. **A chegada do dispute board na administração pública brasileira**. Migalhas, 06 de janeiro de 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/338582/a-chegada-do-dispute-board-na-administracao-publica-brasileira. Acesso em 01/05/2021.

RODRIGUES, Luciana Rosa; HERZ, Renato. **Consideração sobre experiências no uso de Dispute**

Boards no Chile e no Brasil. Vértice – CMA/CREA-MG. Edição especial Junho/2017. Disponível em: http://www.crea-mg.org.br/images/Documentos/Comunicacao/vertice/verticeCMA-web.pdf. Acesso em 27/07/2021.

TRINDADE, Bernardo Ramos; LINHARES, Camila Pereira. **A possibilidade de aplicação das técnicas de mediação no Comitê de Resolução de Disputas**. Vértice – CMA/CREA-MG. Edição especial Junho/2017. Disponível em: http://www.crea-mg.org.br/images/Documentos/Comunicacao/vertice/vertice-CMA-web.pdf. Acesso em 27/07/2021.

WALD, Arnoldo. **Dispute Resolution Boards**: evolução recente. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.

ESPECIFICIDADE DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A CONFIDENCIALIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.

***Doriane Gomes Chamorro*[1]**

***Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares*[2]**

RESUMO

A Lei 13.129, de 26 de maio de 2015 extirpou a discussão quanto à aplicabilidade ou não da arbitragem em conflitos envolvendo a administração pública, estabelecendo a necessidade de observância ao princípio da publicidade. O artigo visa analisar se há incompatibilidade do uso da arbitragem pela administração pública aplicação tendo em vista a confidencialidade do procedimento arbitral. Se inexistente a incompatibilidade, busca verificar o seu alcance e como se daria o cumprimento do princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam a administração pública.

Palavras-chave: Administração Pública. Arbitragem. Princípio da publicidade. Confidencialidade do procedimento arbitral.

INTRODUÇÃO

Antes do advento da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, a qual promoveu alterações na Lei da Arbitragem (Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996), passando a prever expressamente a possibilidade de a administração pública utilizar-se da arbitragem, havia muita discussão na doutrina se a adoção de tal procedimento era compatível com o regime jurídico de direito público

Tinha-se por argumento a sustentar a impossibilidade do uso da arbitragem pela administração pública a ausência de autorização expressa na lei, dado o princípio da legalidade administrativa, que submete à Administração fazer apenas aquilo que a lei autoriza.

Outro argumento muito invocado era o do princípio da indisponibilidade do direito público, eis que, ao optar pela arbitragem, estaria a Administração abrindo mão de seus direitos ao delegar a um particular (árbitro) a decisão acerca do interesse público.

Com efeito, o Tribunal de Contas da União havia firmado entendimento quanto à impossibilidade do uso da arbitragem, tendo constado na Decisão n. 286/1993 - Plenário que *o juízo arbitral é inad-*

1 Procuradora do Estado desde 2012. Chefe da Coordenadoria Jurídica da Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis.

missível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros).”

Ao entender pela impossibilidade do uso da arbitragem por ferir o princípio da indisponibilidade do interesse público, aquela Corte de Contas, na decisão em comento, asseverou que *“ao entregar para terceiro que não o Estado-Juiz o poder de decidir sobre a sorte de interesses que a ela, Administração, incumbe curar, o efeito prático disso é fazer disponível esse bem supremo (o interesse público), ao sabor daquilo que o árbitro constituído venha a deliberar sobre a pendência a ele submetida”.*

Já para os defensores do uso da arbitragem pela Administração Pública mesmo antes da Lei 13.129/2015, estes se baseavam no fato de ser desnecessária uma previsão expressa, posto que a arbitrabilidade subjetiva alcança apenas aqueles que possuem capacidade de contratar e a Administração, como qualquer pessoa jurídica, possui tal capacidade e não teria ela sido excepcionada pela lei da arbitragem.

Além disso, não faria sentido tal entendimento, dada a existência de outras leis que propiciam o uso da arbitragem pela Administração, como a lei que trata das parcerias público-privadas (Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004)[3], a lei de concessão e permissão de serviços públicos (Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995)[4].

Os que entendiam pela possibilidade também rechaçam tal argumento, posto que para eles nem todos os direitos públicos seriam indisponíveis, conforme clássica divisão dos interesses públicos em primários e secundários, com o entendimento de que estes, por estarem relacionados a direitos patrimoniais, contrato, seriam disponíveis, logo, poderiam ser objeto da arbitragem. Demais disso, a utilização da arbitragem iria ao encontro do interesse público, visto que consistiria num mecanismo célere de resolução de conflitos.

Nesse diapasão, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho de Arruda Câmara afirmaram que, ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou mesmo transigindo (i.e.) aceitando perder parte de seu poder). Na verdade, elas estão escolhendo um juízo (privado) para colocar termo ao litígio, por meio de uma decisão que dirá quem tem razão na disputa[5].

Alberto Shinji Higa assim sintetiza os argumentos expendidos por aqueles que entendem pela possibilidade de utilização da arbitragem pela administração pública:

> Por outro lado, a corrente doutrinária que defende a possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública em termos mais abrangentes procura refutar todos os argumentos expendidos.

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

4 Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

5 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 251-264, p.256-258.

> Sustentam, em síntese: (i) que não existe correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesses públicos; (ii) que a Administração Pública quando opta pela arbitragem não está renunciando direitos e nem transigindo, mas submetendo a apreciação da controvérsia a um árbitro imparcial; (iii) a compatibilidade entre a norma contida no art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/93 e o procedimento arbitral, uma vez que aquela diz respeito tão somente ao local para o ajuizamento de ação, em caso de necessidade de se recorrer ao Judiciário (v.g. para tentar anular a sentença arbitral); (iv) a arbitragem não obsta a apreciação judicial nas hipóteses previstas em lei e não obsta a impugnação judicial por terceiros (ministério público, autor popular etc.);(v) nos casos envolvendo serviços públicos, a arbitragem não alcança as questões vinculadas aos atos de império[6].

A discussão doutrinária, jurisprudencial e dentro dos próprios entes acabou findando com a Lei 13.129/2015, a qual incluiu o parágrafo 1º ao art. 1º da Lei 9.307/1996, estatuindo que *a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*.

Ao passo que referida lei passou a prever expressamente a utilização da arbitragem pela administração pública, estancando qualquer dúvida nesse sentido, incluiu também o parágrafo 3º ao art. 2º da Lei da arbitragem, estabelecendo que *a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.*

Caminhando no mesmo sentido, a recente Lei de Licitações e Contratos[7] (Lei 14.133, de 1º de abril de 2021) possui previsão expressa no sentido da possibilidade de utilização de meios adequados de prevenção e resolução de controvérsias, inclusive a arbitragem, repetindo, também, que a arbitragem deverá observar o princípio da publicidade[8].

Inobstante a previsão legal quanto à possibilidade de utilização da arbitragem para a solução dos litígios envolvendo a administração pública, ainda remanesce algum questionamento se haveria incompatibilidade entre a confidencialidade da arbitragem e a publicidade que deve reger os atos da administração.

Demais disso, algumas outras questões não foram solucionadas pela lei que não trouxe um procedimento detalhado acerca os procedimentos arbitrais que envolvam a administração pública, limitando-se a mencionar que será sempre de direito e que respeitará o princípio da publicidade.

Considerando que a lei não tratou de prever como se dará tal publicidade, sob quais documentos e nem tampouco, de quem é a responsabilidade para tal cumprimento, também se pode questionar: estaria todo o procedimento que envolve a administração pública sujeito à publicidade? A quem compete dar cumprimento ao princípio da publicidade e de que forma?

Este artigo visa analisar a especificidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública no que tange à verificação da existência ou não de conflito em razão da aplicação do princípio da publicidade

6 HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 135-163, jul./set. 2015.

7 Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.
Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

8 Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

em face do conhecido sigilo que envolve os procedimentos arbitrais.

Na hipótese de não haver a famigerada incompatibilidade, busca-se também analisar como se daria cumprimento ao princípio da publicidade, tendo em conta que a lei de arbitragem não estabeleceu tais contornos, limitando-se a prever apenas a necessidade de sua observância.

I. ESPECIFICIDADE DA ARBITRAGEM QUE ENVOLVE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. O princípio da publicidade

A Constituição Federal de 1988, na cabeça de seu artigo 37, elenca como princípios administrativos expressos: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência .

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, tais princípios lançam *"as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.[9]"*

A doutrina tem pontuado que o princípio da publicidade é inerente ao Estado democrático de direito, visto que por meio dela garante-se o controle social dos atos da administração.

Conforme preconizado por Lucas Rocha Furtado[10]:

> O princípio da publicidade pode ser traduzido como o dever da Administração de dar transparência aos seus atos. A divulgação dos atos e dos procedimentos administrativos realiza, ademais, a moralidade administrativa. A publicidade é consequência direta do princípio democrático. Somente em regimes ditatoriais pode ser admitida — até porque não há outra opção — a prática de atos secretos, sigilosos. É direito da população, e dever do administrador, divulgar os atos praticados pela Administração a fim de que possam os cidadãos tomar as providências necessárias ao controle da legalidade, da moralidade, da eficiência das atividades do Estado. Se democracia é o governo do povo, pelo povo, é necessário que o povo saiba o que ocorre nas entranhas das repartições públicas.

Em igual sentido tem-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetado por alguma medida[11].

E o entendimento de Fernanda Marinela[12] para quem, *a publicidade, como princípio da Administração Pública, abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, como também a propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes e como garantia de informação."*

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

10 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ed, refundida, ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

12 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Marina Martins Martes também destaca que o princípio da publicidade é intrínseco ao Estado democrático de direito, visando garantir a visibilidade e transparência do governo, com o escopo de possibilitar o controle pelos cidadãos e assevera que:

> A publicidade e a transparência dos atos administrativos são, portanto, essenciais para a democracia, visto que possibilitam o controle social da atividade administrativa, o que inclui, naturalmente, a atividade jurisdicional. Assim, as atividades do árbitro, como juiz de fato e de direito que é, também devem ser passíveis de controle[13].

A compreensão acerca da extensão do princípio da publicidade também pode ser verificada por meio da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, a denominada Lei de Acesso à Informação.

Referida lei, editada com o escopo de conferir não apenas a publicidade, mas também a transparência dos atos da administração, estabelece que a publicidade é a regra, sendo o sigilo exceção[14].

Neste ponto, interessante anotar que a transparência faz parte do conteúdo do princípio da publicidade, porquanto materializa o acesso a informações dos atos do poder público, como se pode colher dos seguintes entendimentos:

> Neste ponto, pode-se desdobrar o princípio da publicidade em duas condutas vinculantes da Administração Pública. A primeira reflete o que se denomina transparência na gestão administrativa e, nesse sentido, seu elemento finalístico é simplesmente permitir aos cidadãos o acesso a informações relativas a determinado ente público; a segunda diz respeito à divulgação, no sentido de o ente público levar determinadas informações ao conhecimento dos cidadãos.
> Em comum, é certo que tanto a transparência quanto a divulgação se inserem no conteúdo normativo do princípio da publicidade, que, complementado pelo princípio da eficiência, também obriga que a Administração Pública proceda de maneira coerente, eficaz e inteligível, ao levar aos cidadãos determinadas informações ou ao permitir-lhes o acesso a elas, cumprindo, por sua vez, o art. 5º da Lei no 12.527/2011. Como se depreende, a diferença entre essas duas condutas é sutil e pode ser compreendida binariamente em termos de conduta positiva/ negativa; ou seja, para realizar a transparência, a Administração vê-se obrigada a apenas não impedir o acesso de terceiros a essas informações – e, portanto, o terceiro em questão deve requisitar esse acesso. No caso da divulgação, por sua vez, ela tem o dever de agir e levar essas informações a esse terceiro[15].
>
> Saliente-se, ainda, que a publicidade e a transparência na atuação administrativa são fundamentais para a efetividade do controle social, realizado pela sociedade civil, e institucional, instrumentalizado pelos diferentes sistemas de controle administrativo, protagonizados pela Advocacia Pública, pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas[16].

Não se pode olvidar que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, LX[17], traz como preceitos que restringem a aplicação do princípio da publicidade a defesa da intimidade e o interesse social. A

13 MARTES, Marina Martins. Arbitragem e administração pública: a compatibilidade, os limites e o procedimento arbitral envolvendo o Poder Público. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 15, p. 213-245, set/dez. 2016.

14 Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:
I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

15 ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 53, n. 212, p. 139- 154, out./dez. 2016.

16 VALE, Vivian Lima López. Arbitragem administrativa e consensualidade: análise pontual do novo paradigma da ação administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 209-245, set/dez 2018.

17 LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

segurança da sociedade e do Estado também é motivo para sigilo, conforme disposição contida no inciso XXXIII[18] do artigo 5º da Constituição Federal.

Portanto, observa-se que, embora seja mandamento constitucional a imposição da observação do princípio da publicidade pela administração pública, também se verifica que o próprio texto constitucional admite exceções à ampla divulgação dos atos, prevendo hipóteses de sigilo.

Considerando as exceções contidas no próprio texto constitucional, cumpre verificar se realmente há incompatibilidade da aplicação do princípio da publicidade cm o procedimento arbitral.

1.2. Da confidencialidade do procedimento arbitral e a suposta incompatibilidade com o princípio da publicidade

Antes da edição da Lei nº 13.129/2015, também era argumentado por aqueles que não admitiam o uso da arbitragem pela administração pública a questão do sigilo que normalmente envolve tal procedimento, que normalmente prevê cláusula de confidencialidade.

Assim, haveria incompatibilidade de sua adoção pela administração, a quem compete sempre observar o princípio da publicidade como mandamento constitucional expresso.

Inobstante tal pensamento, tem sido assente na doutrina que a confidencialidade ou o sigilo não constituem características obrigatórias e impositivas do procedimento de arbitragem.

Isto porque não há nenhuma disposição na lei de arbitragem que determine a aplicação obrigatória de sigilo no procedimento arbitral. O que há é um dever de discrição dos árbitros, estampado no art. 13, § 6º da Lei nº 9.307/96[19].

A lei da arbitragem consagrou a autonomia da vontade das partes deixando à sua livre escolha as regras essenciais do procedimento, sendo que o Código de Processo Civil passou a admitir o sigilo dos processos que envolvam arbitragem, desde que comprovada a convenção de sigilo entre as partes[20].

A questão do sigilo surge como uma possibilidade de convenção entre as partes, tendo sido frequentemente mencionada como uma das vantagens da utilização do procedimento arbitral.

Todavia, por se tratar apenas de uma possibilidade, uma vantagem do procedimento, isto não quer dizer que sua utilização seja obrigatória, inobstante, normalmente, haja previsão nos regulamentos das diversas câmaras arbitrais o sigilo do procedimento.

Não se tratando o sigilo um requisito obrigatório da arbitragem, tem-se que não há incompatibilidade de seu uso pela administração pública.

18 XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

19 Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.
(...)
§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

20 Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:
(...)
IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes entendimentos:

> Por fim, outro óbice tradicional à arbitragem nas relações administrativas é o princípio da publicidade, consagrado no art. 37, *caput*, da CRFB, uma vez que as arbitragens são, normalmente, submetidas à confidencialidade.
> Ocorre que a publicidade, em nosso sentir, não inviabiliza a utilização da arbitragem nas contratações públicas.
> Em primeiro lugar, a confidencialidade, ainda que seja comum nas arbitragens, não constitui característica obrigatória e impositiva do procedimento arbitral.
> A própria utilização da arbitragem depende, como visto anteriormente, do prévio consenso das partes, que podem preferir a via arbitral, ainda que haja a publicidade do procedimento, o que aconteceria, de qualquer forma, na via judicial. Nesse caso, as decisões, o julgamento e os demais atos praticados devem ser públicos e transparentes[21]. (g.n)
>
> No Brasil, ao contrário do que fez com a mediação (art. 2º da Lei n. 13.140/2015), o legislador brasileiro não previu o sigilo como princípio da arbitragem. Aqui, não se presume a confidencialidade da arbitragem, mesmo entre particulares, tanto que atos judiciais que discutam relação arbitral só tramitam em segredo de justiça se provada a cláusula de confidencialidade (art. 189, IV, do CPC/2015; art. 22-C da Lei n. 9.307/1996).
> Quando envolvido ente público, presume-se a publicidade, seja por se tratar de princípio constitucional (art. 37, *caput* e § 3º, II, da CF), seja por se tratar de norma positivada na própria Lei n. 9.307/1996, (...)[22] (g.n.)
>
> "(...) deve ser exorcizado um último fantasma que assombra a arbitragem nas relações de que participa a Administração Pública, a saber, a privacidade das decisões. Em outros termos: considerando - se que um dos princípios que deve reger a Administração é a transparência e a publicidade dos atos administrativos, como conciliar o sigilo – vantagem reconhecida da arbitragem, que torna confidencial todo o procedimento – e a publicidade que deve reger os procedimentos da Administração? Parece-me, francamente, um falso dilema, já que o sigilo é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral. É evidente que, diante dos diversos mecanismos de controle que o Estado estabelece para prestar contas aos cidadãos de tudo quanto foi feito para garantir o interesse público (a publicidade garante o maior de todos os controles, ou seja, o controle popular), não se pode garantir sigilo absoluto na arbitragem de que participe o Estado, sem que isso implique a impossibilidade de utilizar-se o mecanismo para resolver questões que possam interessar ao público. A solução de compromisso, neste ponto, é de rigor: o princípio da transparência deve ser respeitado, dando-se acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral[23].
>
> A questão da arbitragem e do princípio da publicidade foi discutida por muito tempo e era um dos principais argumentos daqueles que defendiam a incompatibilidade do instituto com a Administração Pública. Com a revisão da Lei de Arbitragem, essa passou a dispor expressamente em seu art. 1º, § 3º: "Art. 1º. (..) § 3º: a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará princípio da publicidade.
> Cumpre notar, contudo, que a característica da confidencialidade dos procedimentos arbitrais não decorre de imposição legal, mas é apenas prevista por regulamentos de instituições de arbitragem. Ou seja, a confidencialidade, ainda que um grande atrativo, nunca foi um valor absoluto do procedimento arbitral, de forma que, mesmo antes da revisão da Lei da Arbitragem, já podia ser relativizada se a lei assim exigisse[24]. (g.n.)

21 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 101-123, jan./jun. 2019.

22 MEGNA, Bruno Lopes. Arbitragem e Administração Pública: Fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Livro digital.

23 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei n. 9.307/96. 2ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

24 MARTES, Marina Martins. **Arbitragem e administração pública: a compatibilidade, os limites e o procedimento arbitral envolvendo o Poder Público**. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 15, p. 213-245, set/dez. 2016.

> Apesar de a lei trazer um critério amplíssimo para o resguardo da publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, alguns baluartes devem ser traçados, para que se tenha mais certeza de qual deve ser o objeto dessa publicidade.
> Em primeiro lugar, é mister destacar que um dos principais atrativos da arbitragem é justamente a possibilidade de opção pela confidencialidade, de tal modo que alguns até chegam a considerar que esta seja uma prerrogativa sua. Essa tese deve ser, contudo, relativizada, visto que a lei de arbitragem não impõe o dever absoluto de sigilo.
> A confidencialidade, portanto, não deve ser vista como inerente ao processo arbitral, mas como um instrumento acessório, que se origina a partir do acordo de vontade dos litigantes. É fato, contudo, que a arbitragem, como instituto, não foi criada visando à publicidade. Perceba-se, por exemplo, que o espaço físico das câmaras arbitrais não foi planejado para acolher sessões abertas ao público em geral, pelo contrário, foi pensado precipuamente na privacidade das partes em litígio. O controle dos documentos é feito pelas próprias partes e árbitros e as medidas de intimação e comunicação dos atos processuais entre os litigantes ocorre na forma como bem lhes aprouver e definido no Termo Arbitral[25]. (g.n)
>
> Sendo assim, é fato que o costumeiro sigilo dos processos arbitrais esbarra na ideia de transparência da Administração Pública introduzida acima. A imposição de restrições à publicitação desses processos, vai de encontro a uma concepção de publicidade dos atos do Estado. A doutrina, contudo, desenvolveu interessante construção teórica sobe o tema que permite resolver esse conflito.
> Como bem leciona Carlos Alberto Carmona, é inegável que o sigilo que torna confidencial todo o procedimento arbitral é um dos principais atrativos e vantagens da Arbitragem. Todavia, como muito bem esclarece o autor, o sigilo *"é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral"*. Ou seja, antes de qualquer conclusão maior, precisa-se ter em mente que embora o sigilo seja uma prática recorrente da arbitragem, não é um quesito obrigatório. Por isso, a despeito das principais câmaras de arbitragem do país disporem em seus regimentos sobre a confidencialidade dos litígios, nada impede que o acordo das partes afaste esta previsão. As partes escolhem se querem submeter o seu processo arbitral a esse sigilo, o que, por consequência lógica, possibilita que a Administração possa figurar em um processo arbitral e este não ser confidencial[26].

Maria Sylvia Zanela di Pietro também entende que não haveria conflito entre o princípio da publicidade e o costumeiro sigilo dos procedimentos arbitrais. Ao comentar sore o estabelecido no § 3º do art. 2º da Lei n. 9.307/1996, a publicista expõe que:

> O dispositivo tem que ser interpretado em seus devidos termos. Existem hipóteses de sigilo na Administração Pública, que têm que ser respeitadas, porque agasalhadas pelo ordenamento jurídico, como as que protege a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da Constituição), as que protegem a intimidade e o interesse social (art. 5º, LX), além de outras previstas em favor das próprias empresas, agasalhadas pelo direito positivo.
> Desse modo, devem ser observadas, dentre outras leis que disponham sobre sigilo, as contidas na lei de Acesso a Informações – Lei nº 12.527, de 18-11-11, regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16-5-12. Ela define o que considera sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado e, portanto, passível de classificação como ultrassecreta, secreta ou reservada (arts. 23 e 24); protege as hipóteses de sigilo, de segredo de justiça e de segredo industrial (art. 22); e estabelece, no art. 31, § 1º, que as informações pessoais, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que eles se referirem. Essas e outras normas têm que ser respeitadas pelos árbitros, não obstante a norma do artigo 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, incluído pela Lei nº 13.129[27].

25 SILVA, João Paulo Hecker da. Arbitragem e administração pública: o dilema da publicidade. Revista Comercialista. V. 7, n. 17, 2017. P. 92-99.

26 OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso de. Arbitragem e Administração Pública: como conciliar o sigilo que envolve os processos arbitrais e a publicidade dos atos da Administração Pública? Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 03 jul. 2020. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-administrativo/337990-arbitragem-e-administracao-publica-como-conciliar-o-sigilo-que-envolve-os-processos-arbitrais-e-a-publicidade-dos-atos-da-administracao-publica. Acesso em: 05 ago. 2021.

27 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 31ed revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 1.074.

Vê-se, portanto, que o sigilo ou a confidencialidade do procedimento arbitral não se constitui como exigência legal, decorrendo apenas da manifestação expressa das partes e tratada também em regulamentos das câmaras arbitrais.

Não sendo uma imposição legal, logo não se pode vislumbrar incompatibilidade entre o procedimento arbitral e o princípio da publicidade, restando verificar de que forma deve ser cumprido o princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam a administração pública.

1.3. Das formas de observância do princípio da publicidade nas arbitragens que envolvem a administração pública

Como se pode ver do tópico anterior, uma vez que o sigilo nos procedimentos de arbitragem não é um requisito obrigatório, tem-se que, na verdade, não há um verdadeiro dilema pelo seu uso pela administração público, já que não há um conflito em razão do princípio da publicidade.

Visto também não haver dúvida quanto ao dever de observância do princípio da publicidade nas arbitragens envolvendo a administração pública, surgem outros questionamentos, que não restaram esclarecidos na lei, tais como, de que forma se dará essa publicidade na prática, quais documentos podem ser publicizados, a quem compete dar a publicidade, entre outros.

Nesse sentido, conforme exposto por Gustavo Justino de Oliveira e Caio Cesar Figueiroa, poderiam ser destacados os seguintes questionamentos:

> Assim, diversos serão os questionamentos na fase de implementação da nova exigência de publicidade nos procedimentos arbitrais em que o Poder Público seja parte, por exemplo: (i) somente o laudo arbitral deverá ser público?; (ii) quais atos do procedimento arbitral se submeteriam a nova exigência da publicidade?; (iii) é possível a intervenção do Ministério Público?; (iv) os órgãos de controle da Administração devem ser participados da arbitragem?; (v) é possível a intervenção de entidades associativas como *amicus curiae*?; (vi) as câmaras arbitrais também passam a observar o dever de publicidade?[28]

Dessa forma, passa-se a verificar como o tema tem sido abordado, seja pela doutrina e, até mesmo, entre alguns dos normativos já existentes, bem como a maneira como o assunto foi abordado por algumas instituições de arbitragem, apenas a título de amostragem.

Quanto ao que pode ou não ser publicizado, não há divergência doutrinária acerca da inexistência do caráter absoluto do princípio da publicidade.

Para definir-se o que pode ou não ser objeto de publicização, alguns doutrinadores fixaram alguns parâmetros, tendo em conta todo o procedimento arbitral e estatuindo que:

> a decretação do sigilo (ou segredo de justiça arbitral) poderá justificar-se por três razões distintas: (i) por força da existência no processo de documentos, informações ou dados que possam colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado; (ii) quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto de litígio, puder importar em ofensa a direitos individuais da parte privada, como, por exemplo, segredos comerciais, patentes, informações fiscais ou os respectivos livros comerciais; e (iii) por fim, quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto do litígio, colocar em risco

28 OLIVEIRA, Gustavo Justino de.; FIGUEIROA, Caio Cesar. Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade. In Consultor Jurídico: disponibilizado em 9 de dezembro de 2015.

> direitos de terceiros, de natureza sigilosa[29].
>
> Assim, para o caso brasileiro, em linhas gerais, é certo afirmar que devem ser divulgadas a existência de arbitragem com a Administração Pública, identificando-se as partes e o objeto, bem como os principais atos da arbitragem, notadamente a convenção arbitral, o termo arbitral e a íntegra da sentença arbitral, em que já constará o relatório do desenrolar da arbitragem (art. 26, I, da Lei n. 9.307/1996). Adicione-se, ainda a divulgação das despesas que o erário teve com a arbitragem – aí incluídos honorários de árbitros, verbas de sucumbência, custas da câmara arbitral e despesas periciais[30].

Ao lado do questionamento acerca de que quais são os atos do procedimento arbitral que podem ser publicizados, também há o questionamento no sentido de que a quem caberia o cumprimento dessa publicação.

Nesse diapasão, alguns contornos já começam a ser estabelecidos. Como exemplos práticos, pode-se citar a orientação estabelecida no Enunciado 4 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, que deixou assente que, *na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da lei 9.307/96, observado o disposta na lei 12.527/11, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro"*

A par das orientações doutrinárias, alguns entes públicos já vêm editando normativos a fim de regulamentar a matéria.

No âmbito federal, o Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019[31], ao dispor sobre as regras gerais do procedimento arbitral, estipula em seu art. 3º, inciso IV que *as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.*

No que concerne à responsabilidade pelo fornecimento de informações, o § 1º do acima mencionado art. 3º dispõe que "*exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações de que trata o inciso IV do caput".*

Ou seja, em regra, caberá à câmara arbitral disponibilizar o acesso às informações, salvo se houver outra deliberação na convenção firmada entre as partes.

Colhe-se do normativo federal a determinação expressa quanto à necessidade de observância de sigilo aos assuntos relativos a segredo industrial e/ou comercial, bem como o que a legislação brasileira estabelece como sigilo.

Nesse ponto, referido normativo observa o regramento constante na Lei 12.527, de 18 de no-

29 SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A publicidade nas arbitragens com a administração pública. In https://www.migalhas.com.br. Acesso em 01.07.2021.

30 MEGNA, Bruno Lopes. Arbitragem e Administração Pública: Fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

31 Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

vembro de 2011[32], que trata do acesso dos cidadãos a informações, conforme previsão constate no art. 5º, inciso XXX, o inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, todos da Constituição Federal.

Indo além do que constou no decreto federal, o ato normativo editado pelo Estado do Rio de Janeiro, o Decreto 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, assim tratou das regras quanto à publicidade:

> Art. 13. Os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público:
> § 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do processo arbitral as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros, de qualquer natureza.
> § 2º - A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado.
> § 3º - A audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral.
> § 4º - O tribunal arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por quaisquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.
> § 5º - A instituição de arbitragem, quando consultada, poderá informar a terceiros sobre a existência da arbitragem, da data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido.

O Estado do Rio de Janeiro estabeleceu que compete à Procuradoria-Geral do Estado a disponibilização dos atos do processo arbitral, já tratando de mencionar quais seriam esses atos, bem como estabeleceu que a audiência arbitral deverá respeitar o princípio da privacidade, ressalvando também as

32 No que tange à restrição ao acesso às informações, referida lei estabelece o seguinte:
Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.
Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:
I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;
VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;
VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou
VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.
Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.
§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no caput, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:
I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;
II - secreta: 15 (quinze) anos; e
III - reservada: 5 (cinco) anos.
§ 2º As informações que puderem colocar em risco a segurança do Presidente e Vice-Presidente da República e respectivos cônjuges e filhos(as) serão classificadas como reservadas e ficarão sob sigilo até o término do mandato em exercício ou do último mandato, em caso de reeleição.
§ 3º Alternativamente aos prazos previstos no § 1º , poderá ser estabelecida como termo final de restrição de acesso a ocorrência de determinado evento, desde que este ocorra antes do transcurso do prazo máximo de classificação.
§ 4º Transcorrido o prazo de classificação ou consumado o evento que defina o seu termo final, a informação tornar-se-á, automaticamente, de acesso público.
§ 5º Para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados:
I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e
II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final.

hipóteses de sigilo, nos termos do que já dispõe a acima citada Lei 12.527/2011.

Verifica-se do referido ato normativo que a disponibilização das informações públicas se dará de forma passiva, ou seja, dependerá de requerimento do interessado. O normativo em referência também mencionou quais as informações poderão ser prestadas pela instituição de arbitragem, quando consultada.

O Estado de São Paulo, por sua vez, assim tratou do tema em seu Decreto 64.356, de 31 de julho de 2019:

> **Artigo 12 -** Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça.
> § 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros.
> § 2º - A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores.
> § 3º - As audiências do procedimento arbitral poderão ser reservadas aos árbitros, secretários do Tribunal Arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

O ato normativo do Estado de São Paulo em muito se assemelha ao editado pelo Estado do rio de Janeiro, exceto no que tange ao fornecimento das informações, que se dará de forma ativa, ou seja, o próprio Estado, independentemente de requerimento, disponibilizará as informações, por meio da Procuradoria-Geral do Estado, na rede mundial de computadores.

O Município de São Paulo também editou seu normativo regulamentando, por meio do Decreto 59.963, de 7 de dezembro de 2020, a utilização da arbitragem em contratos envolvendo a administração pública, e, no que tange à publicidade, assim dispôs:

> Art. 16. Os atos do processo arbitral serão públicos e as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.
> § 1º Exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações de que trata o caput deste artigo, especialmente sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido.
> § 2º Para fins de atendimento do disposto neste artigo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, os laudos periciais, o Termo de Arbitragem ou instrumento congênere, assim como as decisões dos árbitros.
> § 3º As audiências do procedimento arbitral poderão ser reservadas aos árbitros, secretários do Tribunal Arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e às pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

O normativo do município de São Paulo, no mesmo sentido do que restou estabelecido no decreto federal, também estabeleceu que a disponibilização das informações deverá ser feita pela instituição de arbitragem, salvo se convencionado de outra forma pelas partes e definiu quais são os atos do procedimento arbitral, ressalvando da aplicação do princípio da publicidade aquelas hipóteses de sigilo já estabelecidas em lei.

Além de referidos atos normativos, as instituições de arbitragem também já trataram do tema em suas regulamentações, já que, em regra, adotam o sigilo do procedimento arbitral.

Apenas a título de amostragem, citam-se, a seguir, os regulamentos que seguem.

O regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem empresarial – Brasil – CAMARB assim trata dos procedimentos que envolvem a administração pública:

> 12.1 Este capítulo será aplicável aos procedimentos arbitrais que envolvam entidades sujeitas ao regime de direito público que integrem a administração pública direta e indireta. As partes, de comum acordo, poderão estender a aplicação das disposições deste capítulo aos procedimentos que tenham como parte pessoas jurídicas de direito privado que integrem a administração pública.
> 12.2 A Secretaria da CAMARB divulgará em seu site a existência do procedimento, a data da solicitação de arbitragem e os nomes dos requerente(s) e requerido(s).
> 12.3 Ressalvado o disposto no item precedente, a CAMARB não fornecerá documentos e informações a respeito do procedimento, cabendo às partes, na forma da lei, a divulgação de informações adicionais.
> 12.4 As audiências serão, salvo convenção em contrário, restritas às partes e seus procuradores.
> 12.5 A CAMARB fica autorizada, pelas partes e árbitros, a divulgar a sentença em seu site, suas publicações e materiais acadêmicos, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário.

A Resolução n. 3/2018 da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, que assim dispôs sobre os procedimentos arbitrais envolvendo a administração pública:

> (i) Nos procedimentos arbitrais administrados pela Câmara Ciesp/Fiesp, incumbe à parte pertencente à Administração Pública solicitar ou promover a publicidade prevista no art. 22, § 32, da Lei de Arbitragem, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo essa obrigação ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do tribunal arbitrai, mediante solicitação das Partes;
> (ii) A pedido das partes, e mediante autorização do tribunal arbitral, a Secretaria da Câmara Ciesp/Fiesp transmitirá as seguintes informações acerca da existência do procedimento arbitrai em seu sítio de internet: data do Requerimento de Instauração da arbitragem, nome das Partes e número do procedimento.

O Centro de Arbitragem e Mediação CAM-CCBC, na Resolução Administrativa n. 15/2016, assim tratou do tema:

> Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros.
> Parágrafo Único – Tal disposição deverá considerar os aspectos administrativos do CAM-CCBC e respeitar o sigilo protegido por lei, segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual.
> Artigo 2º – O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.
> Artigo 3º – O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM-CCBC.
> Parágrafo 1º – O CAM-CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento.
> Parágrafo 2º – As audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem.
> Artigo 4º – Toda e qualquer informação complementar ou fornecimento de documentos, observados os limites legais e o disposto no Termo de Arbitragem, serão de competência da parte no procedimento arbitral que integra a administração pública direta, consoante a legislação que lhe é aplicável.

A Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAM-

FIEP – em seu regulamento estabelece:

> Art. 25 – Confidencialidade
> 25.1. Não se aplicará a regra da confidencialidade do processo Arbitral, tendo em vista o princípio da publicidade e os deveres de transparência que regem a Administração Pública.
> 25.2. Poderá ser dada plena publicidade à integralidade das sentenças e das decisões interlocutórias proferidas pelo Árbitro de emergência, pelo Tribunal Arbitral ou pela CAMFIEP, mediante requerimento do interessado, podendo a sentença ser publicada no sítio eletrônico da CAMFIEP ou em publicações impressas de caráter informativo.

Como exposto pela doutrina, a necessidade de previsão acerca de quais os atos podem ser publicizados e quais devem, por observância da lei, ser mantidos em sigilo, bem como quem tem a competência para cumprir o princípio da publicidade, além do devido cumprimento do mandamento constitucional e da expressa previsão legal também visa conferir maior segurança jurídica, seja às próprias partes, seja à atuação do árbitro ou da câmara arbitral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se que a publicidade (também sob a vertente da transparência) é inerente à democracia, ou ao Estado Democrático de Direito, de forma que compete à administração pública agir de forma a nada ocultar, propiciando o controle e fiscalização por parte de qualquer cidadão.

A lei da arbitragem estabelece a necessidade de observância do princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam a administração pública e tal disposição não se demonstra contraditória com o procedimento como um todo porque efetivamente não há incompatibilidade entre o princípio da publicidade e o costumeiro sigilo desse tipo de procedimento, porque ele não decorre de uma imposição legal, tampouco se mostra inerente ao procedimento arbitral.

Como visto, a lei da arbitragem estabelece apenas um dever de discrição do árbitro. Na legislação brasileira privilegiou-se a autonomia da vontade das partes, consagrando-se que estas podem definir os aspectos essenciais do procedimento.

Dado que não há incompatibilidade, a administração pública pode se utilizar da arbitragem para solução dos seus litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, conforme inclusive já vem sendo regulamentado no âmbito interno dos diversos entes públicos.

A lei não tratou de explicitar de que forma e em que contornos se dará a publicidade nos procedimentos arbitrais que envolvam a administração pública.

À falta da especificação legal, alguns dos normativos já editados trataram de prever, ainda que de forma tímida, como se dará a observância do princípio da publicidade, a quem compete e de que forma as informações serão disponibilizadas, quais informações poderão ser publicizadas e quais deverão ser resguardadas.

De igual maneira, algumas instituições de arbitragem já fizeram constar em seus regulamentos como se dará a arbitragem nos procedimentos que envolvam a administração pública.

Longe de esgotar o tema, buscou-se demonstrar a extensão da aplicação do princípio da publicidade, vislumbrando-se que ainda há espaço para evolução, seja no campo da utilização do procedimento, seja na possibilidade de alteração legislativa a fim de estabelecer contornos e a forma como se pode dar o cumprimento e observância do princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam a administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 53, n. 212, out./dez. 2016.

BRASIL. Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Brasília, DF, Set, 2019. Disponível em: http:www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/decreto/D10025.htm. Acesso em 02.08.2021.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, Set, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 10.07.2021

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, Set, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 10.07.2021.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF, Nov, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 10.07.2021.

BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF, Maio, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm1. Acesso em 10.07.2021.

Brasil. Tribunal de Contas da União. Consulta (CONS). 008.217/1993-9. Decisão 286/1993 - Plenário. Rel. Min. Homero Santos. Julgamento em 15.07.1993. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo.Acesso em 05.07.2021.

BC. Resolução Administrativa nº 15/2016, de 20 de janeiro de 2016. Interpretação e aplicação do Regulamento do CAM-CCBC Princípio da Publicidade em arbitragens que envolvem a Administração Pública Direta. Disponível em: http://www.ccbc.org.br/Materia/1569/resolucao-administrativa- 022016. Acesso em 06.08.2021.

CAMARB. Regulamento de arbitragem. Disponível em: http://camarb.com.br/wpp/wp-content/up-loads/2019/1011/regulamento-de-arbitragem-camarb_2019_atualizado2019.pdf . Acesso em 06.08.2021.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei n. 9.307/96. 2ed., São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo.30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
FGV CÂMARA. Regulamento de Arbitragem da Câmara FGV. Disponível em: http://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-mediacao-e-arbitragem. Acesso em: 06.08.2021.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 5ª edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, jul./set. 2015.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTES, Marina Martins. Arbitragem e administração pública: a compatibilidade, os limites e o procedimento arbitral envolvendo o Poder Público. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 15, set/dez. 2016.

MEGNA, Bruno Lopes. Arbitragem e Administração Pública: Fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15ed, refundida, ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de.; FIGUEIROA, Caio Cesar. Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade. In Consultor Jurídico: disponibilizado em 9 de dezembro de 2015.

OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso de. Arbitragem e Administração Pública: como conciliar o sigilo que envolve os processos arbitrais e a publicidade dos atos da Administração Pública? Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 03 jul. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 101-123, jan. /jun. 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 31ed revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIO DE JANEIRO. (Estado). Decreto n. 46.245, de 19 de fevereiro de 2018. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos quem envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades. Rio de Janeiro, RJ, Fev, 2018. Disponível em: http://crars.org.br/cma/arquivos/46.245-2018-Arbitragem-Rio-de Janeiro.pdf. Acesso em 06.08.2021.

SÃO PAULO. (Estado). Decreto n. 64.356, de 31 de julho de 2019. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. São Paulo, SP, Jul, 2019. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/2019/decreto-64356-31.07.2019.html. Acesso em 02.08.2021.

SÃO PAULO (Município). Decreto n. 59.963, de 7 de dezembro de 2020. Regulamenta o artigo 7º da Lei n° 17.324, de 18 de março de 2020, para o fim de dispor sobre o emprego da arbitragem como meio de

resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis que envolvam a Administração Pública Municipal Direta e Indireta, nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. São Paulo. SP, Dez, 2020. Disponível em: http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-59963-de-7-de-dezembro. Acesso em 02.08.2021.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A publicidade nas arbitragens com a administração pública. In https://www.migalhas.com.br.

SILVA, João Paulo Hecker da. Arbitragem e administração pública: o dilema da publicidade. Revista Comercialista. V. 7, n. 17, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013.

VALE, Vivian Lima López. Arbitragem administrativa e consensualidade: análise pontual do novo paradigma da ação administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, set/dez 2018.

AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS DE MASSA DE TRÂNSITO NO ÂMBITO DAS PROCURADORIAS-GERAIS DOS ESTADOS

José Wilson Ramos Costa Júnior[1]

Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares[2]

RESUMO

Trata-se de estudo sobre as normas centrais da autocomposição, aplicadas para a resolução de conflitos de massa de trânsito pelas Procuradorias-Gerais dos Estados, objetivando a desjudicialização e a consolidação de um novo paradigma para a Administração de Trânsito e os para os Administrados.

Palavras-chave: Autocomposição, Administração Pública, Trânsito.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva realizar análise sobre a autocomposição para a resolução de conflitos de massa de trânsito em que a Administração Pública é parte. Pretende também discorrer sobre o funcionamento da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos no âmbito das Procuradorias-Gerais dos Estados como instrumento eficiente para a superação do paradigma da judicialização como o principal meio para solução destes conflitos.

I. DA RESOLUÇÃO DO CONFLITO DE MASSA DE TRÂNSITO POR MEIO DA AUTOCOMPOSIÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. Da autocomposição de conflitos

A palavra conflito[3] segundo o dicionário Aulete Digital, dentre outros sentidos, quer dizer: oposição de ideias, sentimentos ou interesses.

O conflito, como acima apresentado, que tem por pressuposto então a existência de relação social, pode ser um elemento negativo para o desenvolvimento da sociedade, a depender da sua intensidade e da sua repercussão, bem como do grau de maturidade da própria sociedade ao lidar e resolver esta questão.

1 Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes - Centro/ Rio de Janeiro. Pós-Graduado lato sensu em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público - IDP/Cuiabá. Pós-Graduado lato sensu em Mediação, Conciliação e Arbitragem pelo IDDE. Procurado do Estado de Mato Grosso do Sul.

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis

3 Disponível em: <https://www.aulete.com.br/conflito>. Acesso em: 31/07/2021.

Diante deste ponto de inflexão, os envolvidos terão várias possibilidades de conduta para a eliminação da situação conflitosa. Por vezes, recorreram ao uso da violência, outras vezes poderão deixar a questão em suspenso, pendente de resolução.

Poderão ainda, enquanto organizados em sociedade, abrir mão coletivamente do uso da violência como uma das possibilidades para resolver o conflito, e estabelecer formas não violentas, através de regras previamente conhecidas, validadas pelo ideal de justiça, que é manifestado diferentemente em cada sociedade, e, se operacionaliza hodiernamente, através de regras e princípio estatuídos nos costumes, nos contratos e nas normas estatais.

Ademais, existem inúmeros modos de classificar a resolução não violenta de conflitos, mas para o ponto, importante que levemos em consideração a origem da decisão que resolve o conflito: i) de um terceiro; ou ii) dos próprios interessados.

Esse terceiro resolve o conflito, de maneira heterônoma, impondo o direito ao caso concreto para as partes, cuja investidura poderá ser privada, por meio do acordo de vontade, onde é escolhido um árbitro ou uma comissão arbitral, como também, por uma investidura pública, decorrente da lei, inafastável, porém inerte, até que demandada por um dos conflitantes.

No Estado brasileiro, não há dúvidas, de que a Jurisdição Contenciosa se consolidou como a principal porta de entrada dos conflitos, e que apesar de todo o investimento recebido e do aparelhamento montado, colapsou como uma opção eficiente, eficaz e efetiva para pacificação social de uma sociedade de consumo, regida por uma Constituição Federal comprometida com o mínimo existencial expressado através dos direitos e das garantias fundamentais.

Os altos custos impostos ao orçamento público, a demora da prestação jurisdicional, ou pelo conteúdo das próprias decisões judiciais como causas principais deste esgotamento de modelo de gestão de conflitos, implicou em repensar o modelo vigente e prepará-lo para que a resolução não violenta de conflito continue sendo o principal modo a ser utilizado pelos conflitantes.

Esse novo paradigma traz o dogma de que não existe uma única maneira de resolver adequadamente os conflitos, ou ainda que uma seja necessariamente melhor do que as outras. Em verdade, o que prevalece agora é que todos os métodos são igualmente válidos, porém uns serão mais adequados do que outros, levando-se em conta os interesses em conflito e a situação das partes.

Com esse movimento, novas luzes foram direcionadas para as outras portas de resolução de conflitos, como a da arbitragem e a da autocomposição.

A autocomposição, por sua vez, deve ser entendida como um método no qual a resolução do conflito é realizada pela vontade das próprias partes conflitantes, que ainda que se valham do auxílio de terceiros, são as construtoras da solução que põe fim ao conflito.

A autocomposição pode se apresentar sobre a forma de: negociação, conciliação e mediação.

A negociação é forma pela qual as partes diretamente resolvem o conflito. Por ser um método voluntário, direto, consensual e autocompositivo, sem intervenção de terceiros, permitem às partes em conflito um acordo resultado dos esforços delas mesmas.

A conciliação é a forma pela qual as partes contam com um terceiro na resolução do conflito, onde todos possuem o foco no acordo a ser realizado. Por ser um método voluntário, consensual e autocompositivo, também permitem às partes em conflito um acordo que as satisfaçam, sendo normalmente mais adequada para resolução de conflitos pontuais, não oriundos de relações continuadas.

A mediação, a semelhança da conciliação, é a forma pela qual as partes contam com um terceiro na resolução do conflito, contudo, tendo o mediador foco na comunicação entre as partes. Também é um método voluntário, consensual e autocompositivo, sendo normalmente mais adequada para resolução de conflitos de relações continuadas, com investigação mais aprofundada dos interesses e das necessidades das partes.

Mesmo constado no Preâmbulo da Constituição Federal o compromisso de um Estado Democrático comprometido com a solução pacífica das controvérsias, foi a Resolução n. 125/10 do Conselho Nacional de Justiça o marco inicial da mudança de cultura sobre a forma adequada de resolução de conflito, com destaque nos meios consensuais, como a conciliação e a mediação, antecedendo a introdução da conciliação e mediação no Código de Processo Civil.

Contudo, é no Código de Processo Civil em que ocorre a consolidação deste novo paradigma de forma mais consistente. A palavra conciliação é utilizada por 37 vezes. No seu artigo §2ª, do artigo 3º, estatui ao Estado o dever-poder de promover sempre quando adequado para o caso, a solução consensual dos conflitos.

O Código de Processo Civil avança no seu intuito de disseminar a autocomposição de conflitos e determina aos entes de federação a sua utilização:

> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
>
> I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

O avanço legislativo sobre o tema alcança mais um degrau com a edição da Lei Ordinária n. 11.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

1.2. Da Administração do Trânsito

A Constituição Federal impôs ao Entes Federados diversos poderes-deveres para a satisfação das necessidades sociais, que são concretizadas por meio das Atividades Administrativas.

O professor Marçal Justen Filho relacionou Atividade Administrativa e Função Administrativa e definiu ambos os conceitos em magistral síntese:

> A função administrativa estatal se concretiza e se desenvolve como atividade administrativa. Ou seja, a função administrativa é um conjunto de competências estatais criadas pelo ordenamento jurídico. O exercício dessas competências faz-se por meio de ações (e omissões) de pessoas jurídicas

> e de pessoas físicas. Esse exercício concreto das competências administrativas consiste na atividade administrativa[4].

Esse exercício concreto das competências administrativas (Atividade Administrativa) pode ser classificado, usando o tipo de atividade como discrímen, em: conformador, regulatório, de fomento, prestacional e de controle.

De outro lado, a Atividade Administrativa de Trânsito, aqui fazendo um corte em relação a matéria, abrange em seu bojo, todos os tipos acima citados, por ser o trânsito um conceito amplo e por estar tão presente no cotidiano da sociedade, sendo elemento essencial que traduz, conceituada e interage em mão dupla: a sociedade influência a concretização do trânsito e o trânsito molda a sociedade.

O Código de Trânsito Brasileiro, Lei Federal n. 9.503/97, no artigo 1º, §1º, em interpretação autentica conceituou trânsito como "a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.".

Pensar em conflitos de trânsito, e em especial, nos conflitos que envolvam Administrados e à Administração de Trânsito, é observar que é na Atividade Administrativa de conformação, ou melhor na atividade que exercita o Poder de Polícia, o grande ponto de oposição de ideias, sentimentos ou interesses, que deságuam todos os anos na Porta do Poder Judiciário, majoritariamente por meio das ações ordinárias, mandados de segurança e ações sob o rito dos Juizados da Fazenda Pública.

Esse Poder de Polícia Administrativo de trânsito decorre direta e imediatamente da própria Constituição Federal, que em seu artigo 144, estatui:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)
>
> I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)
>
> II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

O Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 8º dispõe que:

> Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão os respectivos órgãos e entidades executivos de trânsito e executivos rodoviários, estabelecendo os limites circunscricionais de suas atuações.

E a esse órgãos competem (artigo 22):

> I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito das respectivas atribuições;

4 FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo [livro eletrônico]. 13ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, capítulo 7, 2018.

> II - realizar, fiscalizar e controlar o processo de formação, de aperfeiçoamento, de reciclagem e de suspensão de condutores e expedir e cassar Licença de Aprendizagem, Permissão para Dirigir e Carteira Nacional de Habilitação, mediante delegação do órgão máximo executivo de trânsito da União; (Redação dada pela Lei nº 14.071, de 2020) (Vigência)
>
> III - vistoriar, inspecionar as condições de segurança veicular, registrar, emplacar e licenciar veículos, com a expedição dos Certificados de Registro de Veículo e de Licenciamento Anual, mediante delegação do órgão máximo executivo de trânsito da União; (Redação dada pela Lei nº 14.071, de 2020) (Vigência)
>
> IV - estabelecer, em conjunto com as Polícias Militares, as diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito;
>
> V - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis pelas infrações previstas neste Código, excetuadas aquelas relacionadas nos incisos VI e VIII do art. 24, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito;
>
> VI - aplicar as penalidades por infrações previstas neste Código, com exceção daquelas relacionadas nos incisos VII e VIII do art. 24, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;
>
> VII - arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos;
>
> VIII - comunicar ao órgão executivo de trânsito da União a suspensão e a cassação do direito de dirigir e o recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação;
>
> IX - coletar dados estatísticos e elaborar estudos sobre acidentes de trânsito e suas causas;
>
> X - credenciar órgãos ou entidades para a execução de atividades previstas na legislação de trânsito, na forma estabelecida em norma do CONTRAN;
>
> XI - implementar as medidas da Política Nacional de Trânsito e do Programa Nacional de Trânsito;
>
> XII - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança de trânsito de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CONTRAN;
>
> XIII - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e de prontuários de condutores de uma para outra unidade da Federação;
>
> XIV - fornecer, aos órgãos e entidades executivos de trânsito e executivos rodoviários municipais, os dados cadastrais dos veículos registrados e dos condutores habilitados, para fins de imposição e notificação de penalidades e de arrecadação de multas nas áreas de suas competências;
>
> XV - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 66, além de dar apoio, quando solicitado, às ações específicas dos órgãos ambientais locais;
>
> XVI - articular-se com os demais órgãos do Sistema Nacional de Trânsito no Estado, sob coordenação do respectivo CETRAN.
>
> XVII - criar, implantar e manter escolas públicas de trânsito, destinadas à educação de crianças e adolescentes, por meio de aulas teóricas e práticas sobre legislação, sinalização e comportamento no trânsito. (Incluído pela Lei nº 14.071, de 2020) (Vigência)
>
> Parágrafo único. As competências descritas no inciso II do caput deste artigo relativas ao processo de suspensão de condutores serão exercidas quando: (Incluído pela Lei nº 14.071, de 2020) (Vigência)
>
> I - o condutor atingir o limite de pontos estabelecido no inciso I do art. 261 deste Código; (Incluído pela Lei nº 14.071, de 2020) (Vigência)
>
> II - a infração previr a penalidade de suspensão do direito de dirigir de forma específica e a autuação tiver sido efetuada pelo próprio órgão executivo estadual de trânsito. (Incluído pela Lei nº 14.071, de 2020) (Vigência)

A título de ilustração, podemos citar como exemplos de demandas de massa de trânsito as que visam à anulação de aplicação de penalidades, lavradas pela recusa de se utilizar de bafômetros, ou anda quando o particular realiza a venda de veículo, mas não comunica à venda ao órgão responsável, nem formaliza a transferência, e é penalizado por multas sem identificação do condutor, cometidas pelo adquirente.

1.3. Da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos no âmbito da Procuradoria-Geral dos Estados para resolução dos conflitos de massa

Na órbita da Administração Pública estadual, a resolução dos conflitos tem por protagonista a Procuradoria-Geral do Estado, instituição constitucional que exerce à Advocacia Pública, previstas no artigo 132, da Constituição Federal:

> Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Instituição que outrora alimentava as engrenagens da hiperjudicialização dos conflitos, *e.g.* por meio das defesas e dos recursos protelatórios, puderam constatar o colapso deste modelo, bem como sentiram as insólitas consequências de gerir grandes volumes de conflitos, com recursos financeiros limitados e com um modelo de gestão pensado para ações que não eram de massa.

Perceberam que mesmo que houvesse ampliação dos colaboradores, da estrutura física, ou ainda da informatização e automação eletrônica dos procedimentos administrativos e judiciais, ainda assim não seria o suficiente para gerir satisfatoriamente essas demandas, sem a redução racional do estoque das ações judicias.

Nesta toada, seguindo o fluxo do novo paradigma para a resolução adequada de conflitos, as Procuradorias-Gerais dos Estados vêm paulatinamente incorporando práticas alinhadas a duração razoável do processo judicial, como as dispensas para contestar e recorrer, o alinhamento efetivo aos julgados de Repercussões Gerais e de Recursos Repetitivos, a autorização para celebração de autocomposição nos litígios judicializados, o fortalecimento do consultivo preventivo e a implantação de Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC).

A implantação das CASCs e sua utilização efetiva está na pauta do dia dos órgãos de Advocacia Pública. Nesse sentido, podemos citar que a União regulamentou a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal – CCAF/AGU, no artigo 18, do Decreto n. 10.608, de 25 de janeiro de 2021, o Estado do Rio de Janeiro que regulamentou por meio do Decreto n. 46.522 de 10 de dezembro de 2018, e, o Estado de Mato Grosso do Sul por meio da Resolução PGE/MS n.º 242, de 30 de junho de 2017, para ficarmos em três exemplos.

No artigo 32 da Lei 11.340/2015 dispõe que:

> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
>
> I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Como se pode depreender do nome, a CASC tem por escopo a autocomposição de conflitos

administrativos ou judiciais que envolvam às Administrações Públicas.

Por ser órgão da Administração, deve obedecer ao Regime Jurídico Público e aos seus limites, como os conflitos qualificados, aos quais a Constituição Federal reserva a matéria à jurisdição ou ao ato legislativo.

Vale lembrar ainda que se mesmo no âmbito privado existem conflitos que não podem ser resolvidos por meio da autocomposição, ante o tipo do bem da vida a que se protege, e no âmbito público em maior grau se verifica esta hipótese, decorrência da menor liberdade dada ao gestor público pelo Regime Jurídico Administrativo.

Destacamos, que em nome do princípio da eficiência, deve necessariamente ser composta por servidores capacitados, especialmente nas técnicas da comunicação não violenta, da conciliação, da mediação e da negociação.

Atuando de ofício ou por provocação, podem resolver conflitos internos entre órgãos e entidades da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, ou entre estes e outros Entes da Federação, ou até com os Administrados.

Não obstante muitos desses conflitos hodiernamente sejam resolvidos por Pareceres Jurídicos, a utilização dos métodos autocompositivos podem garantir uma solução construída pelos envolvidos, o que fortalece a possibilidade de acerto da solução, favorece o cumprimento regular do acordado e preserva o relacionamento. Contudo, caso frustrada a autocomposição, a utilização dos Pareceres pode se mostrar vantajosa, ao menos nos conflitos interno entre órgãos, por evitarem eventual judicialização.

De outro lado, como visto anteriormente, a ideia de multiportas implica em se utilizar para o conflito estabelecido, o método mais adequado dentre os vários existentes.

Embalado por esta ideia, e pensando nos conflitos de massa de trânsito em que a Administração de trânsito é parte, temos que um dos instrumentos mais adequados seria o da Transação por Adesão, prevista no âmbito federal no artigo 35, da Lei Federal n. 13.140/2015, que foi estatuído para resolução das controvérsias jurídicas em que haja autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou por meio de parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Não obstante seja normal federal, pode e deve ser introduzida pelos legisladores estaduais, em razão da competência concorrente prevista pelo artigo 24 da Constituição Federal.

De operacionalização prática, pode garantir um ponto final do conflito, se prever a renúncia dos interessados aos direitos aos quais se fundam as controvérsias, especialmente se judicializadas, prejudicando os recursos e as remessas necessárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Jurisdição Contenciosa brasileira apesar de ter se consolidado como a principal porta de entrada dos conflitos para a pacificação social, não conseguiu efetivar satisfatoriamente a missão determinada pela Constituição Federal de 1988.

O esgotamento desse modelo de gestão de conflitos, implicou em repensar o modelo vigente, de modo que não exista mais uma única maneira de resolver adequadamente os conflitos, ou ainda que uma maneira seja necessariamente melhor do que as outras.

Com esse movimento, novas luzes foram direcionadas para as outras portas de resolução de conflitos, como a da autocomposição.

De outro lado, dentre os vários deveres-poderes impostos para a Atividade Administrativa está o de Trânsito, que por sua abrangente presença na vida da sociedade, resulta em elevado número de conflitos, marcado pela característica do contencioso de massa.

Na órbita da Administração Pública estadual, a resolução dos conflitos tem por protagonista a Procuradoria-Geral do Estado, que vem paulatinamente incorporando práticas alinhadas ao novo paradigma da resolução adequada dos conflitos, especialmente com a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC), que são órgãos que tem por finalidade a negociação, a conciliação e a mediação que envolva a Administração Pública.

Embalado por esta ideia, e pensando nos conflitos de massa de trânsito em que a Administração de trânsito é parte, temos que um dos instrumentos mais adequados seria o da Transação por Adesão, que pode ser previsto na legislação estadual, em razão da competência concorrente.

De operacionalização prática, pode garantir um ponto final do conflito, se prever a renúncia dos interessados aos direitos aos quais se fundam as controvérsias, especialmente se judicializadas, prejudicando os recursos e as remessas necessárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. **A Transação por Adesão como importante instrumento de solução consensual dos conflitos que envolvem o Poder Público.** Disponível em: https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/ 1162566794/a-transacao-poradesao-como-importante-instrumento-de-solucao--consensu al-dos-conflitos-que-envolvem-opoder-publico. Acesso em: 25/08/2021.

CURY, Cesar. **Métodos de Resolução de Conflitos de Massa e Efetividade da Decisão Judicial – Breves Notas.** Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume22/volu me22_101.pdf. Acesso em: 27/08/2021.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo [livro eletrônico].** 13ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme "et al". **Código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico].** 4ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

WALD, Arnaldo (org). **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação [livro eletrônico]: Mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos.** 1ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014. - (Coleção Doutrinas Essenciais; v.6).

A POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL/LEGAL DA MEDIAÇÃO VIA TRANSAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Jucelino Oliveira da Rocha[1]

Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares[2]

RESUMO

O artigo aborda a evolução histórica e conceito da mediação no direito brasileiro, examina a viabilidade legal e constitucional do instituto da mediação na Administração Tributária frente aos obstáculos causados pelos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público e os critérios de conveniência e oportunidade dos atos administrativos. Conclusivamente, busca-se superar tais barreiras para introduzir através da mediação a possibilidade de transação nas controvérsias envolvendo a cobrança do crédito tributário inscrito na dívida ativa, diante da fragilidade, complexidade e pouca eficácia do atual sistema de cobrança via ações de execução fiscal.

Palavras-chave: Mediação. Supremacia do interesse público. Crédito tributário. Dívida ativa. Transação. Extinção.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, XXXV, o acesso de todos ao sistema de justiça enquanto direito fundamental do ser humano, o que significa ter direito a um processo justo, legal, a ser desenvolvido em tempo razoável, todavia, o Poder Judiciário sobrecarregado com cerca de 100 milhões de processos, com o seu sistema tradicional de prestação jurisdicional, tem sido um grande obstáculo para a consecução dessa garantia constitucional.

Diante disso, o legislador brasileiro busca há algum tempo a edição de legislação específica com instrumentos alternativos capaz de propiciar ao jurisdicionado outros meios que permitam a resolução de seus conflitos de modo mais efetivo, cabendo citar a mediação, a conciliação, a arbitragem e a negociação.

Neste trabalho busca-se abordar a utilização da mediação através da transação como esse meio capaz de resolver o conflito no âmbito da Administração Tributária entre fisco e contribuinte, utilizando-se das leis pertinentes como a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional, o Código de Processo Civil e a Lei Federal nº 13.140/2015 (Lei da Mediação).

1 Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul desde 2018. Pós-graduado em Direito Administrativo pela UFMS; Advocacia Civil com ênfase no Código de Processo Civil pelo Instituto INFOC-Consultoria Educacional Ltda de São José dos Campos. Foi presidente da Subseção da OAB de Coxim/MS por dois mandatos consecutivos - 2013/2015 e 2016/2018.

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis.

No primeiro capítulo será abordado sobre a evolução histórica e conceito da mediação no direito brasileiro, cuja previsão inicial data da Constituição Imperial de 1824, passando pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, pelo Código de Processo Civil de 2015 e, finalmente, pela Lei de Mediação/2015.

No segundo capítulo será discorrido sobre a viabilidade legal e constitucional da mediação na Administração Tributária frente aos obstáculos da indisponibilidade e supremacia do interesse público, expondo que é possível a mitigação de tais princípios, que não são mais absolutos, pois devem ceder a outros princípios constitucionais maiores, como a função social da propriedade, a dignidade da pessoa humana, o respeito a direitos sociais, a uma arrecadação tributária justa, compatível com os limites do ordenamento jurídico, observando-se o binômio da necessidade-possibilidade.

No último capítulo, aborda-se sobre a viabilidade legal e jurisprudencial de utilização da mediação via transação para redução da dívida ativa tributária, o que se entende possível através da criação de legislação específica com suporte principalmente nos comandos da Resolução nº 125 do CNJ, dos artigos 3º, §§2º e 3º, e 174 do CPC, 156, III, e 171 do CTN, bem como nas leis federais nº 10.259/2001 e 13.988/2020.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DE MEDIAÇÃO CONFORME A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Neste artigo discorrer-se-á somente sobre um dos métodos alternativos de resolução de conflitos que é a mediação[3], que consiste na técnica de negociação facilitada ou catalisada por um terceiro neutro ao conflito, sem interesse na causa.

No direito brasileiro desde a Constituição do Império de 1824, já se praticava mediação, tanto que seus artigos 160 e 161 já estipulavam que nenhum processo deveria ser iniciado antes de uma tentativa de conciliação.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por iniciativa do ex-presidente ministro César Peluso, editou a Resolução nº 125/2010, com o objetivo de melhorar a imagem do Poder Judiciário, assoberbado e sufocado com milhões de processos, com vistas ainda a assegurar ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa, com a redução dos conflitos, mudando da cultura da sentença, para a resolução através de meios alternativos, como a mediação e a conciliação, onde impera a participação decisiva das partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, com a preservação do relacionamento e da paz social.

O professor Watanabe[4], no artigo denominado "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses", destaca:

> O CNJ já vem entendendo que lhe cabe fixar a implementação de diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional de todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista sua unicidade pelo que, na Resolução n. 70, de 18 de março de 2009, dispôs sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário.

3 Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial (is) facilita (m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades. (Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça, pág. 20).

4 Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

Portanto, o papel do Conselho Nacional de Justiça na política pública de tratamento adequado ao conflito foi e está sendo dos mais importantes, porque de sua iniciativa nasceu novos paradigmas para a criação da Lei de Mediação e também mudanças no novo Código de Processo Civil, visando adequar cada vez mais o acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, tentando romper barreiras, com mudança da cultura da litigiosidade, para garantir o acesso a uma ordem jurídica justa, efetiva, tempestiva e adequada, impondo aos tribunais implementar políticas públicas de uso dos meios alternativos de solução dos conflitos, como a conciliação e a mediação, com o estabelecimento de estratégias para geração de nova mentalidade e cultura da pacificação dos conflitos, onde impere a vontade e interesse das partes.

Watanabe[5] destaca que esse papel assumido pelo CNJ não fere a Constituição Federal:

> ...Não interfere esse preceito constitucional com a instituição e implementação de uma política pública adequada de tratamento de conflitos de interesses, a ser adotada pelo CNJ, que supõe, entre outras coisas e cuidados: a) critério técnico-científico na organização do serviço de solução conciliada dos conflitos; b) formação de um quadro de mediadores/conciliadores adequadamente preparados; c) determinação de estratégias na instalação, em todo país, dos setores de conciliação/mediação; d) criação de uma nova cultura na sociedade brasileira, qual seja a da solução negociada e amigável dos conflitos de interesses.

Grande parte da doutrina reconhece que os meios alternativos de resolução de conflitos, especialmente a conciliação e a mediação, disciplinados pela Resolução 125 e legislado e codificado posteriormente pela Lei de Mediação e pelo novo CPC, vem ganhando destaque no cenário jurídico contemporâneo, uma vez que se tratam de instrumentos com menor grau de complexidade, menos onerosos, que permitem uma solução rápida e pacífica dos litígios, trazendo a diminuição de demandas judiciais, e maior pacificação dos conflitos.

Nessa perspectiva, Cintra, Grinover e Dinamarco[6] (2007, p. 33), opinam que: "os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora".

No mesmo sentido, Caetano[7] (2002, p. 104) aduz que:

> [...] os meios alternativos da solução de conflitos são ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômicos e eficazes. Deles é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e sua solução são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito.

Para Buzzi[8] a Resolução 125 do CNJ merece destaque doutrinário nacional, pois traz o seguinte texto:

> O corajoso ato normativo do Presidente do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução 125/2010, já é referência histórica. Trata-se do primeiro marco oficial, institucional, e não apenas político-

5 WATANABE. Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

6 GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidade e incompatibilidades. Publicações da Escola AGU, Brasília, v. 8, mar. 2016, p. 15-36, 2016.

7 CAETANO, Luiz Antunes. Mediação, Conciliação e Celeridade Processual. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-conciliacao-e-celeridade-processual/ Acesso em: 11 jul. 2021.

8 BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Conciliação e mediação: estrutura política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1881/1251. Acesso em: 11 out. 2020.

> -programático, ou de mera gestão, versando sobre o reconhecimento da existência de uma nova modalidade, em que pese ressurge, de se solucionar contendas, e nisso inaugura o novo formato da verdadeira Justiça Nacional, a qual nasce, ou como Fênix, ressurge, sob signo da missão cidadã de implantar métodos que detenham a real capacidade de dar pronta solução, em tempo útil razoável, aos conflitos de interesses apresentados no seio das populações, a bem de imensidões de jurisdicionados que a cada dias mais querem e necessitam se valer desses serviços. (BUZZI, 2011)

Desse cenário surgiu a Lei de Mediação9 nº 13.140/2015, que introduziu a possibilidade do instituto nos conflitos envolvendo a Administração Pública. Está ainda codificada no Novo código de processo civil, no parágrafo 3º do artigo 165, que a define diferenciando da conciliação, como a atuação nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, devendo o mediador auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento do diálogo, da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que geram benefícios mútuos.

Como visto, a mediação é um processo voluntário, que se bem conduzido tem boas chances de ser bem-sucedido, devendo as partes, para isso, se concentrarem nos problemas reais que as levaram a procurar a mediação, participando ativamente para a criação da solução do conflito, encontrando soluções que devem beneficiar a todos, para que os acordos construídos sejam efetivos e duradouros, com resolução não somente da lide mas, principalmente do conflito social.

Em outras palavras, na mediação o mediador tem uma preocupação mais ampla, não pode dar sugestão, as partes, juntas, através do diálogo, da comunicação, que devem chegar a um acordo, este deve ser essencialmente a consequência da vontade das partes.

O principal objetivo é promover a efetiva resolução do conflito, devendo o mediador interferir de forma positiva e imparcial no diálogo, na comunicação, mas não deve interferir no acordo, devendo as partes focar na construção de uma solução com visão no futuro, devendo compreender o passado e o presente para se chegar a tal termo.

A mediação diferencia-se da conciliação, pois nesta as partes, com a ajuda de um terceiro, buscam a possibilidade de acordo, focam todas suas energias no acordo. Nessa técnica, o terceiro pode dar sugestão para o acordo, passar sua visão sobre o conflito para se tentar chegar ao acordo, mas não pode tirar das partes a vontade de decidir. Essa diferença de atuação vem expressa no artigo 165 do CPC:

> Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
>
> § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.
>
> § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
>
> § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

9 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
Parágrafo único. 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.

Portanto, desde a edição da Resolução nº 125 do CNJ, trabalha-se para implantar definitivamente no Brasil o chamado sistema de "Justiça Multiportas", o qual possibilita às partes tentar resolver seus litígios por outros mecanismos que não se resumam àquele oferecido por meio do império estatal.

Cunha[10], revela essa mudança de paradigma após o advento da Resolução 125 do CNJ nos seguintes termos:

> "O direito brasileiro, a partir da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de Processo Civil de 2015, construiu um sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o *método ou técnica* mais adequada para a solução do conflito. O Judiciário deixa de ser um lugar de *julgamento* apenas para ser um local de *resolução* de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma *solução* adequada que faça com que as partes saiam *satisfeitas* com o resultado." (destaques consta do original). (CUNHA, 2018, P. 686).

Nas palavras de Cunha, ob. cit., p. 703, o processo civil brasileiro entrará na fase do processo como local de diálogo e de busca pelo *melhor* caminho para a resolução de cada disputa, destacando esse reconhecimento por Capelletti e Garth que: "colocam a promoção dos meios alternativos de resolução de disputas na terceira onda de acesso, justamente por eles permitirem um menor formalismo e maior proximidade das partes; esse parece ser o caminho a ser trilhado pelo Brasil."

Trilhando esse cenário, o estado brasileiro editou novas regras, fundadas nos princípios basilares da Resolução 125, editando a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), com mudanças significativas insertas também no texto do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), tudo com o objetivo principal de superar a cultura do litígio, valorizando a mediação e a conciliação pois, efetivamente, representam alternativas eficazes para a solução de conflitos e para a realização da justiça, além de permitir o acesso à justiça de forma mais célere e efetiva e, via de consequência, diminuindo a litigiosidade perante o poder judiciário, com melhora de sua imagem perante a sociedade.

Como já visto, os dois métodos autocompositivos mais usados são a mediação e a conciliação. A primeira11 é adequada para resolver demandas com vínculo anterior entre as partes (relações familiares, de vizinhança, escolar, societária, etc). A segunda se aplica para resolução de casos sem vínculo de continuidade (ex. acidentes de veículo, danos extrapatrimonial).

Briquet[12] ao abordar sobre o tema relata que o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima) tem orientação expressa que:

> A mediação transcende à solução da controvérsia, dispondo-se a transformar um contexto adversarial em colaborativo. É um processo confidencial e voluntário, onde a responsabilidade das decisões cabe às partes envolvidas. Difere da negociação, da conciliação e da arbitragem, constituindo-se em uma alternativa ao litígio e também um meio para resolvê-lo. (BRIQUET, 2016, P. 211).

A utilização da mediação na solução de conflitos pode ser o caminho mais eficiente, pois traz

10 Leonardo Carneiro da, CUNHA. A Fazenda Pública em Juízo. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.686.

11 "...a mediação possui finalidade e formalidades próprias e trata o pano de fundo do conflito, visando não só resolvê-lo, mas também restabelecer vínculos afetivos ou de convivência entre as partes. (RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Novo Código de Processo Civil Comentado. Tomo I. São Paulo: Lualri Editora, 2017).

12 BRIQUET, Enia Cecilia. Manual de Mediação. Petrópolis: Editora Vozes, 2016, p. 211.

algumas vantagens ou benefícios[13]:

> **Velocidade do procedimento:** enquanto um processo leva anos para ser solucionado, a mediação acontece em poucos meses. De fato, em alguns casos, basta uma única sessão para que as partes entrem em acordo, uma vez que a comunicação é o principal entrave.
>
> **Efetividade da solução:** a mediação produz compromissos por meio da atuação conjunta entre as partes, enquanto a sentença judicial impõe uma decisão.
>
> **Custos reduzidos:** a economia é o que mais chama atenção na mediação, afinal, o procedimento é dirigido por uma equipe de mediadores, sem a necessidade de formalidades, atos processuais ou produção de provas.
>
> Sendo assim, a mediação pode ser resumida em alguns adjetivos:
>
> 1. Ampla: tem a sua aplicação em todo tipo de controvérsias;
> 2. Rápida: reduz o tempo dos processos;
> 3. Econômica: diminui o custo de processos;
> 4. Flexível: chega a soluções amistosas para ambas as partes;
> 5. Eficaz: bons mediadores conseguem uma porcentagem grande de acordos.

Entretanto, grande parte da doutrina reconhece que a diferença entre os institutos da mediação e da conciliação são bem tênues, variando basicamente nas técnicas utilizadas, dependendo do objeto da disputa e do perfil dos envolvidos. Por isso, entende-se que pode ser aplicado à conciliação as regras da Lei de Mediação, embora essa não trate expressamente daquela, tanto é assim que o CPC no artigo 166, que disciplina os dois institutos, reza que ambos devem ser informados pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada.

Nesse viés, na conjugação interpretativa do artigo 166 do CPC e do artigo 2º da Lei de Mediação, observa-se que na mediação o terceiro imparcial exerce atividade técnica, sem poder de decisão, auxiliando as partes a encontrar, identificar, desenvolver soluções consensuais, devendo fazer uso dos princípios da independência, imparcialidade, confidencialidade, isonomia, autonomia da vontade das partes, oralidade, informalidade, boa-fé, da busca do consenso e da decisão informada.

2 VIABILIDADE LEGAL E CONSTITUCIONAL DA MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA FRENTE AOS OBSTÁCULOS DA INDISPONIBILIDADE E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Os entes federados ao instituir seus tributos devem obediência ao princípio da legalidade inserto nos artigos 145 e 150 da Constituição Federal, com observância do artigo 97 do Código Tributário Nacional, quando, tomando conhecimento da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 142 do CTN[14], realiza a atividade administrativa pelo lançamento, respeitando-se o contraditório e ampla defesa.

Luiz Emygdio[15], registra que:

13 Mediação e conciliação: as vantagens e diferenças das práticas colaborativas. Disponível em: https://blog.datalawyer.com.br/mediacao-e-conciliacao/..Acesso em: 11 jul. 2021.

14 Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

15 ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário, 19. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

> O poder de tributar decorre diretamente da Constituição e é inerente a toda pessoa jurídica de direito público. Todavia, no regime federativo adotado pela CF de 1988 gozam de autonomia política e capacidade para legislar não só o poder central, mas também as entidades periféricas. Assim, o próprio texto constitucional reparte parcela do poder de tributar entre os entes políticos, atribuindo a cada um deles competência tributária para criar determinados tributos (competência tributária Legislativa). (JUNIOR. 2006, p. 204).

Criado o tributo pelas leis respectivas da União, estados, distrito federal e municípios, uma vez não pago na esfera administrativa, poderá ser inscrito na dívida ativa, na forma do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, passando o crédito a gozar da presunção legal de certeza e liquidez, com condição de exequibilidade (artigo 3º, da Lei nº 6.830/80), expedindo-se o título executivo extrajudicial denominado Certidão de Dívida Ativa – CDA, que poderá ser cobrado de forma administrativa ou judicial, inclusive através dos meios alternativos de resolução de disputas, como será visto mais adiante, diante da pouca eficácia das execuções fiscais na persecução desse crédito, surgindo urgência em se encontrar outras formas de cobrança.

Entretanto, digladia-se no meio doutrinário sobre a possibilidade legal/constitucional de utilização dos meios alternativos de resolução de disputas na Administração Tributária, ou seja, na cobrança do crédito tributário inscrito em dívida ativa, diante do dever do Estado de obediência aos princípios da estrita legalidade, da supremacia e da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Malgrado certa divergência doutrinária, o interesse público representa, na sua acepção maior, o interesse de cada um dos indivíduos, enquanto membros de uma sociedade, de um grupo social, simboliza o interesse final de todos os membros dessa coletividade, pois esta é a destinatária final da atividade administrativa. Em outro viés, a Administração Pública deve ter como função primordial a realização do bem comum da coletividade que administra, na forma dos fundamentos previstos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal[16].

Não é por outra razão que Colares[17] registra em sua dissertação de mestrado:

> Pode-se deduzir que nem sempre o interesse público é exclusivo do Estado, já que representa o interesse do todo, do conjunto social, ou seja, a dimensão pública dos interesses individuais, de cada indivíduo, enquanto partícipe da Sociedade" (MELLO, 2008, p. 60). Conforme se percebe, o interesse público pode coincidir com interesse individual, não estando necessariamente em posição de antagonismo, o que demonstra ser equivocado e perigoso colocá-los aprioristicamente como não convergentes.

16 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

17 Colares, Daniel Quintas dos Santos. A Mediação e a Conciliação como instrumentos de negociação no sistema tributário brasileiro. Fortaleza-CE. Dezembro, 2017.

Nessa ótica interpretativa, percebe-se que o direito administrativo vem sofrendo mudanças, influenciado por transformações do estado brasileiro nos últimos anos, que vem sofrendo forte influência de princípios constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana e na preservação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Diante desse cenário, diversos paradigmas estão sendo repensados e superados, causando substancial alteração na qualidade das relações entre a Administração e seus administrados. Um novo olhar parece não permitir mais a clássica ideia absoluta da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. O interesse público hoje está umbilicalmente relacionado com as ideias de bem comum, felicidade, harmonia e vontade geral, não apenas de um indivíduo, mas sim de um grupo determinado ou indeterminado de pessoas.

Pondera-se que mesmo na seara tributária os mencionados princípios não são mais absolutos, pois, diante da necessidade de observância de princípios constitucionais maiores, como a função social da propriedade, a dignidade da pessoa humana, o respeito a direitos sociais, a arrecadação tributária também deve ser justa, compatível com os limites do ordenamento jurídico, observando-se o binômio necessidade--possibilidade, para se conectar com o interesse público legítimo.

Mazilli[18], destaca que "o interesse público não reproduz mais a ideia de unicidade, ou seja, não existe mais o interesse público, mas sim vários interesses públicos, passíveis de tutela jurídica por possuírem compatibilidade formal e material com a CRFB/88". (MAZILLI. 2005, p. 44).

Dessa sorte, no caso concreto, a administração pública deve buscar a resolução do conflito de forma técnica, racional e constitucional, buscando compatibilizar os interesses públicos constitucionais aparentemente opostos, reforçando as ideias de unicidade, sistematicidade e força normativa da constituição.

Visando compatibilizar tais interesses, a via judicial não é mais o único caminho disponível às partes, a evolução do direito deu origem ao nascimento de outras formas de resolução de disputas, dentre elas, a mediação, objeto deste estudo, onde as partes poderão negociar os interesses públicos envolvidos, com a finalidade não somente de garantir a arrecadação do tributo, mas, também, contemplar outros anseios juridicamente relevantes para a Administração Pública.

Portanto, diante das areias que nos move, tanto pelo ângulo constitucional, como legal, administrativo e tributário, parece não restar mais dúvida que a Administração Pública pode celebrar acordos, transigir, transacionar, com os sujeitos passivos, pois os princípios da legalidade, igualdade e supremacia da indisponibilidade do crédito tributário não são mais absolutos.

O princípio da legalidade será respeitado se a autoridade do executivo, seja federal, estadual ou municipal, dentro de sua competência constitucional para tributar, editar leis com previsão de utilização da mediação como meio de consensualização do conflito no âmbito de matérias tributárias, levando em conta princípios constitucionais, como legalidade, vedação ao confisco, etc. Fazendo isso, o acordo celebrado entre fisco e contribuinte traduz a retomada do consentimento dos cidadãos na tributação, em cada situação concreta, pois o acordo reforça obediência ao princípio da legalidade tributária, vestindo o ato celebrado com garantia do consentimento do contribuinte na matéria tributável.

18 MAZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47.

Cláudia Sofia Melo Figueiras[19] em seu trabalho intitulado "A mediação em matéria tributária: uma realidade a pensar no ordenamento jurídico português" também comunga desse entendimento:

> Assim sendo, com a mediação e a possibilidade de celebração de um acordo nesse âmbito, não há risco, em nosso entendimento, de colisão com o princípio da legalidade tributária, tal como não há risco de colisão com o princípio da legalidade de atuação da Administração, pois se a mediação estiver prevista em lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado do Governo, ao aceitar submeter um litígio a um mediador, a Administração Tributária estará, exatamente, a respeitar a normatividade a que está expressamente vinculada. (FIGUEIRAS. 2016, p. 08).

A utilização da mediação na Administração Tributária também não atrita com o princípio da indisponibilidade e supremacia do interesse público, no caso arrecadatório, pois a própria lei tem necessidade de se adequar à realidade fática atual, podendo conferir mais elasticidade ao princípio, abrindo a possibilidade da Administração celebrar acordos, consensualizar, desde que respeitado no contrato os princípios da legalidade, igualdade, boa-fé.

Discute-se também no meio doutrinário se a possibilidade da Administração Pública mediar, transigir, não estaria vedada pelo artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que limita a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício fiscal de natureza tributária que decorra renúncia de receita, pois, qualquer política com esses benefícios fiscais deve ser autorizada pela Lei de Diretrizes Orçamentária, além de observância a todas as condições estabelecidas no mencionado artigo 14.

Entretanto, um exame mais acurado releva o contrário, como ensina estudo de Machado[20]:

> A finalidade da limitação contida no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal é simplesmente evitar que sejam concedidas pelo legislador vantagens a certos contribuintes sem uma razoável justificação, deixando a Fazenda Pública de arrecadar tributos a ela indiscutivelmente devidos. Ocorre que uma característica essencial da transação reside na dúvida quanto a ser devido, ou não, o tributo. A transação tem por objeto por fim a um litígio e para tanto ambas as partes, fisco e contribuinte, transigem sobre o que consideram ser de seu direito. O objetivo das restrições colocadas no art. 14, em referência, seguramente não foi obrigar as Fazendas Públicas a levar seus litígios até o fim. (MACHADO. 2010, p.119).

Então, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Diretrizes Orçamentária, também não são obstáculos ao uso dos meios alternativos autocompositivos, especialmente a transação, que se constitui em avença entre o Estado e o contribuinte a fim de encerrar conflitos de interesses pontuais, o que se distingue das políticas de incentivos fiscais elencadas no artigo 14 da referenciada lei.

A sobrecarga do poder judiciário é visível, sendo que o principal gargalo desse acúmulo são os processos de execução fiscal, que em 2019 representavam 39% dos casos pendentes na justiça brasileira[21],

19 FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo. A mediação em matéria tributária: uma realidade a pensar no ordenamento jurídico português? Salamanca, 2016.

20 Machado, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 119.

21 As execuções fiscais, principais responsáveis pela morosidade do Poder Judiciário, representavam 39% do total de casos pendentes de julgamento em 2019. É o que aponta o relatório *Justiça em Números 2020*, do Conselho Nacional de Justiça. De acordo com os dados do CNJ, de um total de 77,1 milhões de processos que estavam pendentes no final do ano passado, 30,2 milhões eram execuções fiscais. A título de comparação, este é o mesmo número de novas ações ajuizadas em todo o curso de 2019.
A concentração pode ser explicada quando levado em conta o tempo necessário para que esses processos sejam concluídos. A taxa de congestionamento deles, segundo o CNJ, é de 87%. Isso significa que a cada 100 processos de execução fiscal que tramitavam em 2019, apenas 13 foram solucionadas.
Além disso, o tempo de giro desse acervo é de seis anos e sete meses. Assim, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, seria preciso transcorrer mais de meia década para liquidar o estoque existente.

conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, o que se faz concluir que no cenário atual o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ser mitigado, sob pena de se por em cheque valores do próprio Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica, a duração razoável do processo, a eficiência, a celeridade processual e a razoabilidade.

Portanto, diante desse contexto, agregado ao contido nos artigos 1º, 3º, §§ 2º e 3º e 174, do Código de Processo Civil, não há incompatibilidade na utilização do sistema multiportas, podendo, a Administração Tributária, em certas situações autorizadas por leis das respectivas esferas de governo, fazer uso da mediação ou de outras formas de autocomposição na resolução de seus conflitos.

Luciana Carvalho Dias de Medeiros[22], citando Humberto Theodoro Júnior, escrevendo sobre "Autocomposição em Processos Tributários", destaca:

> É justamente diante desse cenário caótico que o presente estudo, pondo-se na contramão do processo judicial como modelo tradicional de pacificação social, objetiva demonstrar a viabilidade de meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo a Fazenda Pública, sendo imperiosa uma mudança de perspectiva, no sentido de que o acesso à justiça não pode ser encarado como sinônimo de acesso ao judiciário, mas sim o direito à solução do litígio por meio de uma tutela efetiva, justa e tangenciada pelas garantias e valores constitucionalmente e processualmente apregoados. (JUNIOR. 2016, p. 22).

O direito de acesso ao judiciário não significa que todo conflito deve ser resolvido na justiça estatal, não basta entregar o conflito nas mãos do Estado para que seja resolvido, é preciso que este tenha condições de solução em prazo razoável, de modo eficiente e eficaz, sob pena de não estar prestando justiça e muito menos resolvendo ou pacificando os conflitos sociais.

Reconhecendo essa deficiência atual do poder judiciário, esclarece o ministro Luiz Felipe Salomão[23], do Superior Tribunal de Justiça:

> O conceito de acesso à justiça, no mundo contemporâneo, deve ser compreendido como garantia de entrada a um justo processo, capaz de proporcionar a resolução de controvérsias com rapidez, segurança e efetividade, mediante a implementação de mecanismos de pacificação social que permitam a desobstrução da justiça estatal, esta vocacionada àquelas lides incompossíveis por outros meios. (SALOMÃO, 2017).

Diante de toda a discussão travada acerca da legalidade ou constitucionalidade da utilização dos métodos autocompositivos de resolução de disputas na Administração Pública, o código de processo civil procurou por uma pá de cal na celeuma, elencando um direito processual civil à luz de normas constitucionais, consagrando a legalidade de utilização do sistema multiportas, estimulando de forma prioritária a consensualidade.

Fernanda Tartuce[24] não deixa dúvida sobre a importância de utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos em quaisquer disputas, inclusive as envolvendo a administração pública.

> A introdução dos meios alternativos não visa substituir ou enfraquecer o poder judiciário, mas, pelo

22 THEODORO JR, Humberto (Coord.). Processo Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 22.

23 ROCHA, C. C.; SALOMÃO, L. F. Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017.

24 TARTUCE, Fernanda. Mediação dos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, p. 171.

> contrário, a oferecer meios mais adequados de resolução de conflitos e inserir-se no âmbito da modernização do Poder Judiciário, facilitando a efetiva prestação jurisdicional. (TARTUCE. 2008, p. 171).

Diante o exposto, buscando não somente desafogar o poder judiciário, mas também imprimir na Administração Tributária uma postura mais ativa, célere, eficiente, de persecução do crédito tributário, parece não soar mais dúvida acerca da legalidade e constitucionalidade do uso dos meios alternativos autocompositivos de cobrança, seja através da mediação, com transação tributária, seja através do protesto autorizado pela Lei nº 12.787/2012.

3 A VIABILIDADE LEGAL DE UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO VIA TRANSAÇÃO PARA REDUÇÃO DA DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA

A viabilidade legal de utilização da mediação como meio de resolução de conflitos, inclusive quando envolver a Administração Pública, nasce do preâmbulo da Constituição Federal[25] que descreve como objetivo maior a instituição de um Estado Democrático, uma sociedade fraterna comprometida com a solução pacífica dos litígios, do artigo 37[26] que reza obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como do artigo 5º, XXXV, que garante não só o direito de acesso à Justiça, mas também a uma ordem jurídica justa, devendo-se buscar uma solução efetiva das controvérsias.

Dessa garantia constitucional sobreveio diversos diplomas legais para buscar concretizar o uso dos meios alternativos, em especial a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, e outros institutos infralegais como os artigos 3º, §§2º e 3º e 174, do CPC, flexibilizando a aplicação irrestrita dos princípios da legalidade, da igualdade e da indisponibilidade do crédito tributário, *in verbis:*

> Art. 3º (...)
>
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. g.n.
>
> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
>
> I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. g.n.

Como visto, a Administração Pública tem como fundamento quebrar paradigmas visando implementar a prática e uso dos meios autocompositivos, inclusive nas lides de ordem tributária, velando pela garantia do máximo acesso à justiça, estrita observância aos princípios da eficiência e do estado democrático.

25 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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.

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

No âmbito tributário, um dos meios alternativos autocompositivos passível de utilização é a mediação, através da transação tributária, onde as partes, fisco e contribuinte, poderão fazer concessões mútuas visando por fim ao litígio de forma mais célere, com pacificação social da lide, sem entrar em discussões pormenorizadas que somente retardaria a prestação jurisdicional.

A utilização da transação como forma de extinção do crédito tributário, desde que autorizada por lei específica, está expressa nos artigos 156 e 171 do Código Tributário Nacional:

> Art. 156. Extinguem o crédito tributário:
>
> (...)
>
> III - a transação;
>
> Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

Portanto, a Administração Pública, se no uso de seu poder discricionário, editar leis com previsão de possibilidade de composição do litígio através de meios autocompositivos, é possível utilizar a transação como forma de pacificação do conflito tributário.

No âmbito federal essa possibilidade está prevista no artigo 10 da Lei nº 10.259/2001:

> Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.
>
> Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

Ainda na seara federal a Medida Provisória nº 899/2019, convertida na Lei nº 13.988/2020, instituiu o instituto da transação tributária, regulamentando de forma definitiva a possibilidade do contribuinte negociar seus débitos fiscais com a União, autorizando a elaboração de acordos entre contribuintes e a administração tributária federal, onde poderão ser concedidos descontos, parcelamentos especiais, ampliação de prazos para pagamento, visando diminuir o contencioso e o estoque tributário, com aumento da arrecadação.

Referida lei estipula ainda que a transação poderá contemplar a concessão de descontos nas multas, juros de mora e encargos legais, oferta de prazos especiais de pagamento, oferecimento e substituição de garantias, quando os créditos forem classificados como irrecuperáveis ou de difícil reparação.

Julgando caso nessa ordem de pensamento o Supremo Tribunal Federal tem decidido que a Administração Pública deve identificar o interesse público a prevalecer no caso específico, levando em conta uma gama de bens jurídicos envolvidos, como duração razoável do processo, eficiência da administração, dignidade da pessoa humana, dentro outros, pois haverá casos em que o emprego dos meios alternativos de resolução de conflitos poderá ser a melhor opção para cumprir os princípios constitucionais, sem que isso implique transgressão ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

> EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos

> em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 253885, Rel. Min. Ellen Gracie, primeira turma, julgado em 04.06.2002, DJ 21.06.2002).

Percebe-se que a ordem jurídica atual avançou bastante para se admitir o uso dos meios alternativos de solução de conflitos, relativizando o princípio da indisponibilidade do interesse público por meio de um de juízo de ponderação, encontrando soluções coerentes, albergadas na própria constituição federal, na legislação federal e em leis específicas, para viabilizar de forma eficaz o uso da autocomposição em demandas de índole tributária, sem ofender o sistema jurídico vigente.

Não bastasse isso, é de outrora ensinamentos de Meireles[27]:

> O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.(MEIRELES. 2007, p. 96)

Entretanto, esse avanço exigirá mudança de cultura, principalmente da administração pública, que deve deixar o conforto do estrito cumprimento da legalidade, para se adentrar mais na discricionariedade conferida pelas leis que admitem a transação, procurando prestar um serviço público com mais qualidade, eficiência, em prol do interesse maior da sociedade.

Outro argumento a autorizar e mesmo impor à administração pública o incurso nos meios alternativos de resolução de conflitos, dentre eles a transação, é a existência de cerca de 39 milhões de processos de execução fiscal em trâmite perante o Judiciário brasileiro, com pouca efetividade de recebimento, o que é agravado não só pelos entraves e morosidade da máquina estadual, mas também pelo fato da maioria dos créditos fiscais já nascerem "podres", devido fechamento das empresas, inexistência de bens penhoráveis, sumiços de sócios responsáveis, etc.

À par desses entraves, cresce a busca por soluções alternativas que permita o acesso à justiça também fora dos tribunais, como o uso da mediação, conciliação, transação, sem querer excluir o direito de acesso à justiça com a possibilidade da cobrança tradicional da dívida via executivo fiscal.

Não bastasse a possibilidade legal e constitucional do uso dos meios alternativos autocompositivos de resolução de conflitos como já mencionado, calcado nos artigos 5º, XXXV e 37 da CF, artigos 3º, §§ 2º e 3º e 174 do CPC, artigos 156, III e 171, do CTN, surgiu em 2015 a Lei Federal nº 13.140, lei geral de mediação, dispondo sobre a mediação, tanto judicial quanto extrajudicial, entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, cabendo destacar seu artigo 1º:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
>
> Parágrafo único. 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. g.n.

27 (MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006).

Mais adiante a referida lei trouxe expresso que os estados têm competência para criar câmaras de resolução administrativa de conflitos, trazendo no artigo 32 suas competências:

> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
>
> I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.
>
> § 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.
>
> § 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.
>
> § 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.
>
> § 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.
>
> § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Como visto, a Lei de Mediação reza que somente a lei pode autorizar a mediação quando o litígio envolver a Fazenda Pública, diante da necessidade de observância do princípio da legalidade, da indisponibilidade do crédito público envolvido, da autonomia administrativa e financeira dos entes federados, todavia, tais exigências não são obstáculos intransponíveis à aplicação dos meios alternativos autocompositivos na seara tributária, bastando, para tanto, lei específica de cada ente federado.

A viabilidade jurídica da mediação na resolução de conflitos envolvendo a Administração Tributária é destacada com sabedoria por Colares[28]:

> Conforme demonstrado, os meios não adversariais de resolução de conflitos são instrumentos juridicamente hábeis para as demandas que envolvem créditos inscritos na Dívida Ativa, tendo em vista que, apesar de representarem direitos indisponíveis são transnacionais. Para que isso seja possível, no entanto, é necessária a edição de lei que autorize e disciplina a aplicação desses instrumentos .
>
> Ao contrário do que se diz amiúde, diversos instrumentos jurídicos podem ser acionados para outorgar poder à Administração Pública nessa área, o que lhe confere considerável capacidade de negociação. Dentre esses instrumentos, a transação é o de maior repercussão, por facultar às partes o poder de fazer concessões mútuas, permitindo construir as soluções consensuais das controvérsias. (COLARES. 2017, p. 93).

Assim, para os créditos de resgate improvável é legalmente possível estabelecer uma política de negociação diferenciada, envolvendo fisco, contribuinte, advogados, contadores, utilizando-se da transação como uma das ferramentas eficazes para se tentar a resolução do conflito fiscal, o que implica em melhor relacionamento entre os envolvidos, contribuindo ainda para a construção de uma cultura de paz social.

Noutro prisma, a transação, prevista em lei, matiza uma nova relação entre fisco e contribuinte, prestigiando a transparência, o consenso, enfim, é um sinal de maturidade democrática.

28 Ob. Cit., p. 93.

Repisando, no caso, a transação é o acordo entre fisco e contribuinte onde, mediante concessões mútuas, poderão resolver seus litígios, com benefícios para ambos, pois, num Estado Democrático de Direito, a finalidade essencial da tributação tem relação direta com a própria sobrevivência do Estado, o qual deve pregar uma convivência harmônica entre os cidadãos, com igualdade de direitos e deveres, com atendimento das necessidades sociais, fortalecendo os laços entre fisco, contribuinte e sociedade.

Com espeque nos diversos dispositivos da constituição federal, do código de processo civil, da lei de mediação, e outros já citados, a União editou a Lei nº 13.988[29], de 14.04.2020, autorizando a União, suas autarquias e fundações, a celebrarem transação, como forma de dirimir seus conflitos, respeitados os princípios da isonomia, capacidade contributiva, transparência, moralidade, duração razoável dos processos, eficiência e publicidade.

Como já exposto neste capítulo, amparados nos artigos 5º, XXXV, e 37 da CF, 156, III, e 171, do CTN, 3º §§2º e 3º e 174, do CPC, 1º, 32 e 35 da Lei de Mediação, dentre outros, os Estados, Distrito Federal e Municípios, também poderão fazer uso da mediação, editando leis específicas prevendo a possibilidade de celebração de acordos de transação na solução de seus conflitos, com vistas não só a fomentar a arrecadação tributária, mas também trazer benefícios aos contribuintes, com possibilidade de pagamento de suas dívidas com descontos de multas, juros, prazos mais dilatados, etc., flexibilizando o interesse público estatal, em prol do interesse público maior de toda a coletividade.

3.1 A transação tributária segundo a jurisprudência pátria e sua expansão nos entes federados

Fundado nas disposições legais e constitucionais dantes citadas, no âmbito judicial observa-se já existir algumas regras prevendo a utilização da transação, cabendo destacar alguns Enunciados da I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios" realizada pelo Conselho da Justiça Federal em agosto de 2016[30]:

O Ministro Luiz Fux, ainda quando integrante do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 929121/MT[31], partilhou desse entendimento, admitindo a transação:

> O instituto da transação tributária, assim como a compensação e a remissão (artigo 156, do CTN), submete-se ao subprincípio da reserva da lei tributária (artigo 97 do CTN), consectário do princípio da legalidade, que decorre do valor supraconstitucional da segurança jurídica.

29 Art. 1 º Esta Lei estabelece os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.
§ 1º A União, em juízo de oportunidade e conveniência, poderá celebrar transação em quaisquer das modalidades de que trata esta Lei, sempre que, motivadamente, entender que a medida atende ao interesse público.
§ 2º Para fins de aplicação e regulamentação desta Lei, serão observados, entre outros, os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência e, resguardadas as informações protegidas por sigilo, o princípio da publicidade.

30 25 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever de criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos com atribuição específica para autocomposição do litígio.
53 Estimula-se a transação como alternativa válida do ponto de vista jurídico para tornar efetiva a justiça tributária, no âmbito administrativo e judicial, aprimorando a sistemática de prevenção e solução consensual dos conflitos tributários entre Administração Pública e administrados, ampliando, assim, a recuperação de receitas com maior brevidade e eficiência.
54 A Administração Pública deverá oportunizar a transação por adesão nas hipóteses em que houver precedente judicial de observância obrigatória.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 929.121/MT. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em: 11 dez. 2007. DJ de 29 mai. 2008.

Como citado em tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal já julgou caso concreto admitindo o uso da transação entre fisco e contribuinte.

> EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 253885, Rel. Min. Ellen Gracie, primeira turma, julgado em 04.06.2002, DJ 21.06.2002). g.n.

Observa-se que tanto a lei pode estabelecer (arts. 171 e 172 do CTN), quanto a jurisprudência vem admitindo, a realização de acordos e transação tributária, desde que respeitados os parâmetros constitucionais, e ainda o juízo de conveniência e oportunidade, sempre que motivadamente atender ao interesse público.

De tudo quanto exposto, verifica-se que o ordenamento e sistema jurídico brasileiro a cada dia procura mais estimular, de diversas formas, o uso dos meios alternativos de solução de controvérsias, não parecendo razoável que os conflitos tributários ficassem alheio a essa realidade.

Por isso, no âmbito dos estados, distrito federal e municípios estão sendo editadas leis prevendo negociação dos créditos via transação tributária, destacando o Estado de São Paulo, com a Lei 17.293/2020, elaborada com base na Lei Federal nº 13.988/2020, a qual estabeleceu duas modalidades de transação de débitos tributários: o modelo por adesão, feito por meio de edital, para dívidas de até 10 milhões de reais, e o modelo individual, feito por iniciativa do próprio devedor, para dívidas acima desse valor, cabendo à Procuradoria-Geral do Estado implementar as medidas de execução.

No Estado do Rio de Janeiro a modalidade foi instituída pela Lei Complementar nº 18, de 28 de dezembro de 2020, regulamentada pelo Decreto nº 47.488/2021, de 17 de fevereiro de 2021, instituindo o Programa de Parcelamento Especial de Créditos Tributários (PEP-ICMS).

Existem leis ainda nos estados do Espírito Santo (Lei nº 10.869/2018), Minas Gerais (Lei nº 6.763/75 e Decreto nº 41.417/00), Rio Grande do Sul (Lei nº 6.537/73), Goiás (Lei nº 16.675/09), Amapá (Lei nº 400/97).

Alguns municípios também começam a editar leis regulamentando o uso da transação tributária, destacando-se os municípios de São Paulo (Lei nº 17.324/2020), Rio de Janeiro (Lei nº 5.966/2015), Blumenau (Lei nº 8.532/2017), dentre outros.

Portanto, os meios alternativos de resolução de conflitos a cada dia serão mais utilizados, dentro dos limites estipulados pelas leis de cada ente federado, porém, sem qualquer pretensão de excluir ou menosprezar o uso das ações judiciais tradicionais, mas de incrementar formas alternativas de solução das controvérsias, inclusive fiscais, com benefícios para a Administração Pública e para os administrados, que poderão pagar seus tributos de uma forma mais justa, acessível, com redução de multa, juros, de forma

parcelada, etc, com benefícios também para o fisco, que assim terá a possibilidade de receber de forma mais célere, inclusive daqueles contribuintes que já tiveram suas atividades encerradas, mas que diante das facilidades concedidas, envidarão esforços para honrar seus compromissos fiscais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se no presente trabalho que é possível a utilização dos meios alternativos autocompositivos de resolução de conflitos, particularmente a mediação via transação tributária, nas lides envolvendo fisco e contribuinte, não tendo mais aplicação irrestrita da tradicional doutrina da indisponibilidade do interesse público e de sua supremacia diante do interesse privado. O interesse público não constitui mais um valor abstrato, autônomo, constitui sim um instrumento de realização dos interesses individuais, que passa à categoria de interesse público quando representa os anseios de um universo de pessoas integrantes de uma comunidade.

Nessa ordem de pensamento é perfeitamente possível utilizar a mediação via transação como uma alternativa para reduzir o estoque de processos na Justiça, ou mesmo o estoque da dívida ativa, desmistificando a ideia de que os anseios do fisco e do contribuinte estão totalmente dissociados, ao contrário, são coincidentes, há margem para coparticipação entre as partes envolvidas, buscando encontrar o melhor caminho para resolução da controvérsia com benefícios mútuos.

Em outras termos, é legalmente possível a utilização da mediação, através da transação tributária, onde as partes, fisco e contribuinte, poderão fazer concessões mútuas visando por fim ao litígio de forma mais célere, com pacificação social da lide, sem entrar em discussões pormenorizadas que somente retardaria a prestação jurisdicional.

Nos últimos tempos a ordem jurídica avançou bastante para se admitir o uso dos meios alternativos de solução de conflitos, relativizando o princípio da indisponibilidade e supremacia do interesse público por meio de um de juízo de ponderação, encontrando soluções coerentes, albergadas na própria constituição federal, na legislação federal e em leis específicas, para viabilizar de forma eficaz o uso da autocomposição em demandas de índole tributária, sem ofender o sistema jurídico vigente.

Assim, para os créditos de resgate improvável, através de lei específica é possível estabelecer uma política de negociação diferenciada, envolvendo fisco, contribuinte, advogados, contadores, utilizando-se da transação como uma das ferramentas eficazes para se tentar a resolução do conflito fiscal, o que implica em melhor relacionamento entre os envolvidos, contribuindo ainda para a construção de uma cultura de paz social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.988, de 14.04.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRIQUET, Enia Cecilia. Manual de Mediação. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Conciliação e mediação: estrutura política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

COLARES, Daniel Quintas dos Santos. A Mediação e a Conciliação como instrumentos de negociação no sistema tributário brasileiro. Fortaleza-CE: Dezembro, 2017. Disponível em: https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F106634201803051740456147 00/Dissertacao.pdf.Acesso em: 07 ago. 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidade e incompatibilidades. Publicações da Escola AGU, Brasília, v. 8, mar. 2016, p. 15-36, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://.cnj.jus.br. Acesso em: 11 jul. 2021.

MAZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2005.

Mediação e conciliação: as vantagens e diferenças das práticas colaborativas. Disponível em: https://blog.datalawyer.com.br/mediacao-e-conciliacao/. Acesso em: 31 jul. 2021.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Novo Código de Processo Civil Comentado. Tomo I. São Paulo: Lualri Editora, 2017.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário. 19ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO POR MEIO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DAS AÇÕES DE SAÚDE

***Kaoye Guazina Oshiro*[1]**

***Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares*[2]**

RESUMO

O presente artigo aborda a problemática da crescente "Judicialização da Saúde" no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, analisando os dados estatísticos de demandas judiciais, e demonstra como a implementação de uma Câmara de Solução Consensual de Conflitos tem o condão de reduzir o número de processos judiciais, além de agilizar o atendimento do cidadão.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Câmara Administrativa de Solução de Conflitos. Autocomposição.

INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, o termo "Judicialização da Saúde" pode ser entendido como a propositura de demandas judiciais com o objetivo de garantir, em favor de indivíduos determinados ou não, o acesso a ações e serviços de saúde, aí incluída a realização de procedimentos diagnósticos e/ou terapêuticos, consultas e internações, a dispensação de medicamentos e insumos médico-cirúrgicos (RAMOS e colab., 2017).

Embora os primeiros registros de demandas judiciais por medicamentos no Brasil remontem a meados da década de 90 (ZAGO e colab., 2016)com sérias repercussões no sistema de saúde público brasileiro. O objetivo deste trabalho foi estudar sua ocorrência em treze municípios de pequeno porte no Meio-Oeste de Santa Catarina, sul do Brasil, no período de 2007 a 2012, analisar os aspectos bioéticos relacionados e propor soluções. Os resultados evidenciaram que, neste período, o valor total/ano das demandas judiciais por medicamentos aumentou quase 10 vezes, beneficiando apenas 175 pacientes, ou 0,134% dos 129.497 habitantes, ao custo de R$ 1.484.389,92 (US$ 740.000, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul este fenômeno é mais recente e pode ser notado com mais intensidade a partir do ano de 2010, quanto o número per capta saltou de 2,16 processos por 100 mil habitantes para 28,62 processos por 100 mil habitantes, conforme indica pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ "Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução" (INSPER, 2018).

Ainda de acordo com esse levantamento, entre os anos de 2009 a 2017, o Mato Grosso do Sul

1 Procurador-Chefe da Coordenadoria Jurídica na Secretaria de Estado de Saúde e Procuradoria de Saúde.

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis.

foi o estado com maior média *per capita* de ações judiciais em saúde, com uma proporção de 111,12 processos para cada 100 mil habitantes, enquanto a média nacional foi de apenas 35,79 processos para cada 100 mil habitantes.

A evolução no número de demandas judiciais de saúde é muito bem demonstrada pela tabela a seguir que integra o estudo encomendado pelo CNJ (INSPER, 2018):

TJ	REGIÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	MÉDIA
TJMS	Centro-Oeste	2,16	28,62	47,95	79,28	112,40	154,45	148,61	211,90	214,70	111,12
TJCE	Nordeste	11,29	10,72	15,86	28,00	46,55	52,63	165,75	65,19	310,68	78,52
TJRN	Nordeste	44,38	66,47	78,75	76,95	74,51	82,47	72,13	77,64	116,68	76,67
TJPE	Nordeste	25,48	28,13	36,61	92,13	132,55	59,62	53,94	63,88	66,09	62,05
TJMT	Centro-Oeste	66,12	77,85	64,86	72,61	67,60	83,02	46,18	45,23	33,58	61,89
TJSC	Sul	3,76	6,21	7,68	14,08	29,69	67,80	102,80	121,37	175,73	58,79
TJAL	Nordeste	14,13	38,35	35,09	60,94	35,41	19,27	48,58	87,38	85,05	47,13
TJMA	Nordeste	34,16	62,50	62,51	51,20	34,66	37,79	31,66	32,18	34,44	42,34
TJSP	Sudeste	9,08	18,74	22,55	33,46	37,86	44,57	48,47	47,72	52,03	34,94
TJRO	Norte	0,00	11,53	14,34	36,41	71,23	17,61	25,73	0,17	0,00	19,67
TJTO	Norte	0,07	0,29	3,00	7,27	12,18	16,97	31,09	38,10	38,70	16,41
TJRJ	Sudeste	114,98	24,72	0,14	0,09	0,25	0,70	1,10	0,73	1,03	15,97
TJAC	Norte	0,00	0,41	1,21	5,80	14,94	27,46	21,78	31,47	32,06	15,01
TJDFT	Centro-Oeste	0,00	0,04	0,11	0,38	0,93	1,54	4,67	19,65	87,61	12,77
TJMG	Sudeste	1,92	3,20	3,86	5,84	8,92	9,64	10,87	17,26	26,26	9,75
TJPI	Nordeste	0,22	0,22	0,22	0,38	0,72	1,25	2,09	1,28	1,89	0,92
TJES	Sudeste	0,09	0,23	0,25	0,28	0,81	0,62	0,79	1,16	1,67	0,65
Total		24,40	20,34	19,97	29,59	35,71	35,95	45,41	43,68	67,04	35,79

Figura 55: Número de Processos Judiciais Relativos a Saúde (LAI)35 a cada 100mil Habitantes

nte: Elaboração própria com base em dados coletados (número de processos relativos a saúde por UF) e dados Justiça em Números (número de habitantes dividido por 100.00

Em virtude desse grande volume de demandas, conforme levantamento realizado pela Secretaria de Estado Saúde de Mato Grosso do Sul, o cumprimento de decisões judiciais no âmbito da saúde custou R$ 94.007.974,00 (noventa e quatro milhões, sete mil, novecentos e setenta e quatro reais) aos cofres públicos entre os anos de 2016 a 2018.

Com intuito de conter o avanço dos problemas causados pela judicialização excessiva de demandas de saúde, no ano de 2019, a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul – PGE/MS, em parceria com a Secretaria de Estado de Saúde SES/MS e com a Defensoria Pública Estadual – DPE/MS, instituiu a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos – CASC/PGE no âmbito das ações de saúde.

O objeto central da referida Câmara consiste na formalização de acordos administrativos pré-processuais entre os entes envolvidos, a fim de que não ocorra a judicialização em situações em que a solução consensual se mostre possível.

O presente trabalho, portanto, tem o condão de demonstrar a atuação da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos no âmbito das ações de saúde como um modelo eficiente para redução da judicialização por meio da solução consensual de conflitos na Administração Pública.

1. A FAZENDA PÚBLICA E AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS:

1.1. Conceito de Fazenda Pública e de Autocomposição de Conflitos:

Tradicionalmente, a expressão Fazenda Pública está relacionada com a área da Administração Pública vinculada à gestão de finanças e implementação de política econômicas, representando o aspecto financeiro do ente público (CUNHA, 2014).

Contudo, com o passar do tempo, o termo Fazenda Pública passou a ter um significado mais amplo que representasse a personificação do Estado (DINAMARCO, 2000), abrangendo as pessoas jurídicas de direito público, aí incluída a União, os Estados/DF, os Municípios, e suas respectivas autarquias e fundações públicas.

Assim, no presente trabalho, o conceito de Fazenda Pública está vinculado à sua acepção mais ampla, representando as pessoas jurídicas de direito público.

O conceito de autocomposição, por sua vez, está vinculado à solução consensual de conflitos sem que a haja uma imposição por parte de um terceiro, podendo ser dividida em três modalidades: a) negociação: quando o conflito é solucionado entre as partes sem a intervenção de um terceiro; b) mediação: quando o conflito é solucionado entre as partes com a presença de um terceiro imparcial, que auxiliará na manutenção da ordem e do diálogo; c) conciliação: quando o conflito é solucionado com a presença de um terceiro imparcial, que interferirá com fatos e informações relevantes sobre o litígio, buscando a melhor forma de solucionar o impasse. (PERPETUO et al., 2018).

1.2. Evolução História:

Historicamente, a Fazenda Pública nunca possuiu uma cultura institucionalizada para a autocomposição de seus conflitos, fazendo com que boa parte de suas controvérsias fossem levadas ao Poder Judiciário como instância decisória.

Esta característica pode ser muito bem observada por meio do Relatório intitulado “Os 100 Maiores Litigantes do País” (CNJ, 2012) que aponta que, no ano de 2011, dos dez maiores litigantes no país, seis integravam a Administração Pública e que, de todos os processos em curso no Judiciário nacional, a Administração Pública (Federal, Estadual e Municipal) é parte em 53,7%, seja como autora ou ré.

De acordo com PIERONI (2018), os motivos que historicamente levaram a Fazenda Pública a preferir a judicialização em detrimento autocomposição são diversos, dentre os quais se destacam: a) a intransigência da Fazenda Pública em juízo; b) o receio dos advogados públicos em serem responsabilizados pela realização de acordos, pela não apresentação de defesa ou desistência de recursos; c) as prerrogativas conferidas à Administração na relação com os particulares

Paralelamente a isso, é inegável que, historicamente, houve uma limitação na adoção de métodos autocomposição pela Fazenda Pública em virtude da interpretação restrita conferida aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Isso porque, segundo acepção clássica do princípio da legalidade, a Administração Pública so-

mente poderia fazer aquilo que a lei expressamente permitisse, impedindo a utilização de qualquer método de autocomposição sem uma previsão legal específica para tanto. Ao seu turno, o princípio da indisponibilidade do interesse público era interpretado como uma vedação para que a Fazenda Pública realizasse qualquer ato de disposição sobre os seus interesses, o que incluiria a realização de acordos.

Mais recentemente, no entanto, a interpretação destes princípios constitucionais tem se alterado a fim de privilegiar uma visão sistêmica de todos os valores esculpidos na Constituição Federal, até mesmo porque o "interesse público" é um conceito aberto que não comporta uma concepção simplista.

Nesse contexto, WRASSE (2017, p. 91) defende, com apoio em JUSTEN FILHO (2016), que o conceito de interesse público deve ser extraído por meio de uma ponderação a partir da sua aplicação em uma situação fática, adequando-o à dinâmica social com intuito de buscar a harmonização de todos os interesses envolvidos.

Com base nesse entendimento, a autora prossegue:

> A indisponibilidade do interesse público se caracteriza pela vedação à autoridade administrativa de deixar de tomar as providências adequadas aos interesses públicos ou retardá-las, por qualquer motivo. Por exemplo, em uma situação de desrespeito ao direito subjetivo, o interesse público seria no sentido de assegurar os direitos violados, sem desperdícios no sentido de resistir a uma lide que gerará mais ônus ao erário. Não existe uma fórmula pronta para definir o que é interesse público, trata-se de uma tarefa complexa que precisará ser ponderada em cada caso (WRASSE, 2017, p. 92).

Essa evolução conceitual a respeito da indisponibilidade do interesse público, aliada a uma (re)interpretação do demais princípios e valores constitucionais, tem acompanhado a própria evolução da Administração Pública, que partiu de uma concepção burocrática nascida com o Estado Liberal, passou por uma concepção gerencial com o surgimento do Estado Social e, mais recentemente, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, tem avançado para uma concepção consensual.

Sob essa acepção consensual, a Administração Pública tende a relativizar o seu caráter autoritário e unilateral na relação com o particular e buscar um diálogo paritário, no qual o particular exerce um papel fundamental para a formação e execução da decisão administrativa com base na consensualidade (PIERONI, 2018).

Sobre o tema, BARREIROS (2017, p. 45) explica que é qualificado "como atuação administrativa consensual, em sentido amplo, toda e qualquer forma de agir da Administração Pública pautada em acordo de vontades", o que pode ocorrer tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial.

Essa mudança na forma de atuação da Administração também vem ocorrendo sob o prisma legal, na medida em que, nos últimos anos, uma série de inovações legislativas vem fortalecendo e incentivando a consensualidade no âmbito público.

A Lei nº 13.129/15, ao alterar a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96), autorizou a administração pública a valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitando-se o princípio da publicidade.

Por outro lado, a Lei nº 13.140/15 veio a disciplinar a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, dedicando um capítulo inteiro para regulamentar a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

O próprio Novo Código de Processo Civil (Lei n 13.105/15) traz uma série de normas tendentes a incentivar os métodos consensuais de solução de conflitos como forma de pacificar controvérsias, promover celeridade, efetivo acesso à justiça e manutenção harmoniosa e permanente das relações sociais.

Mais recentemente, a Lei nº 13.655/18, ao promover alterações na Lei de Introduções às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42), avançou ainda mais para a sedimentação da consensualidade no âmbito administrativo, substituindo mecanismos de controle sancionatório unilateral pela consensualidade.

Neste ponto, veja-se o que dispõem os artigos 26 e 27 da repaginada LINDB:

> "Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.
>
> § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:
>
> I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
>
> II – (VETADO);
>
> III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
>
> IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento."
>
> "Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.
>
> § 1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.
>
> § 2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos".

Ao analisar as mudanças trazidas pela LINDB, Luciano Ferraz (2018) teceu as seguintes observações:

> O reflexo dessa virada conceitual, para o âmbito do controle da administração pública, ditaria — por assim dizer — a necessidade de aproximação, cada vez mais premente, entre fatos (condições de atuação) e normas prima facie (no âmbito do Direito) e entre procedimentos e demandas sociais (no âmbito da administração pública), o que impulsionou a proposta de substituição parcial dos mecanismos de controle sancionatório por mecanismos de controle consensual, com viés essencialmente resolutivo e pragmático

Como se pode facilmente perceber, a Administração Pública vem passando por um visível processo de mutação que tem como objetivo privilegiar o consenso como mecanismo de se garantir a observância do "interesse público".

2. A CÂMARA ADMINISTRATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA PGE/MS:

2.1. Normativa Jurídica:

Com o objetivo de fomentar a utilização de meios consensuais de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública, a já citada Lei nº 13.140/15 possibilitou à União, aos Estados/DF e aos Municípios instituírem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos de Advocacia Pública, observadas as seguintes regras gerais:

> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
>
> I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.
>
> § 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.
>
> § 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.
>
> § 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.
>
> § 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.
>
> § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Seguindo a normativa federal, a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE/MS), por meio da Resolução PGE/MS/Nº 242/2017, instituiu uma Câmara Administrativa de Solução de Conflitos - CASC/PGE com o objetivo de buscar a solução de conflitos em áreas a serem definidas pelo Procurador-Geral do Estado, tendo como parâmetro, conforme o caso, o posicionamento jurisprudencial sobre o tema, bem como os Pareceres emitidos pela própria PGE/MS.

Ainda de acordo com a referida Resolução, a CASC/PGE será composta por um ou mais Procuradores do Estado, designados pelo Procurador-Geral do Estado, e contará com o auxílio administrativo necessário ao seu funcionamento.

2.2. A Atuação da CASC/PGE nas Ações de Sáude:

Considerando toda a problemática já exposta quanto à judicialização da saúde, em outubro de 2019 a PGE/MS firmou com a Secretaria de Estado de Saúde – SES/MS um convênio com o objetivo de estabelecer a mútua cooperação visando à formalização de acordos administrativos na área de saúde no âmbito da CASC/PGE, com intuito de evitar a judicialização do caso ou buscar a conciliação em ações judiciais já em curso, para as situações que serão definidas em conjunto entre os convenentes.

De acordo este Convênio, a PGE/MS comprometeu-se a:

a) disponibilizar a estrutura de sua Câmara para resolução dos conflitos;

b) designar Procurador(es) para presidir as audiências junto à CASC/PGE, com poderes para firmar e homologar os acordos/conciliações entre os partícipes, analisando o parecer emitido pela SES;

c) dirimir eventuais dúvidas jurídicas no cumprimento do convênio.

A SES/MS, por sua vez, comprometeu-se a:

a) envidar esforços para encontrar solução amigável, célere e eficaz para solucionar extrajudicialmente as questões apresentadas na área de saúde;

b) receber e analisar os pedidos encaminhados pela CASC/PGE nos prazos estabelecidos;

c) designar profissionais técnicos qualificados para atuarem junto à CASC/PGE para apresentação de opinativo e parecer técnico;

d) adotar as medidas necessárias ao fornecimento dos medicamentos e, tratando-se de fornecimento contínuo, proceder para que não haja interrupção do tratamento;

e) disponibilizar à PGE/MS acesso aos bancos de dados para verificação de disponibilidade de medicamentos;

f) instaurar, nos termos da Lei nº 8.090/90 e definições do Ministério da Saúde, procedimento de compra de medicamentos para satisfação dos acordos;

g) adquirir os medicamentos oriundos dos acordos pelo seu princípio ativo, nos termos da Lei Federal nº 9.787/99.

Concomitantemente, também foi firmado um convênio com a Defensoria Pública Estadual – DPE/MS com o objetivo de estabelecer a mútua cooperação entre os partícipes junto à CASC/PGE, visando à formalização de acordos administrativos na área de saúde com intuito de evitar a judicialização do caso ou buscar a conciliação em ações judiciais já em curso.

De acordo este convênio, cabe à DPE/MS promover o encaminhamento à CASC/PGE, antes do ajuizamento de demanda judicial, de casos que envolvam o fornecimento de medicamentos pelo Estado nas situações previamente definidas pela PGE/MS em conjunto com a SES/MS.

Para tanto, o encaminhamento a ser feito pela DPE/MS deve ser instruído com: a) os documentos pessoais da parte; b) receituário médico completo em que conste o nome do fármaco, a sua forma farmacêutica e sua concentração, com a quantidade a ser fornecida ao paciente; c) laudo médico ou documento equivalente preenchido pelo médico subscritor em que conste a patologia do(a) paciente com o respectivo CID e que indique, de forma fundamentada, as razões pela indicação do tratamento em detrimento das opções terapêuticas disponibilizadas pelo SUS.

Com o encaminhamento, o caso passa por uma análise técnica pela SES/MS com a emissão de um parecer recomendando ou não o atendimento do pedido. Após, a PGE/MS realiza a análise jurídica, a fim de verificar se pedido atende o posicionamento jurisprudencial sobre o tema e/ou os pareceres da PGE/MS, tal como determina o art. 3º da Resolução PGE/MS/Nº 242, de 30/06/2017.

Por fim, sendo positivas as manifestações do corpo técnico e jurídico, é emitido um ato administrativo forma autorizando o fornecimento do medicamento/insumo ao paciente, sem a necessidade de judicialização da questão.

Na hipótese de o pedido ser negado, a nota devolutiva a ser encaminhada à DPE/MS será acompanhada das razões de ordem técnica e/ou jurídica que embasaram a decisão de indeferimento, o que deverá ser anexado junto com a petição inicial da demanda eventualmente proposta.

Em síntese, portanto, este é o fluxo de atuação da CASC/PGE, em conjunto com a SES/MS, DPE/MS e PGE/MS, no âmbito das ações de saúde:

2.3. Delimitação do Objeto da CASC/PGE - Saúde:

A delimitação das matérias que são objeto de análise pela CASC/PGE é atribuição conjunta da PGE e da SES e deve levar em consideração inúmeras variáveis tais como o índice de judicialização, a taxa de êxito do Estado nas demandas judiciais, o custo e a competência administrativa para o atendimento.

A ideia com tal delimitação foi conferir agilidade e efetividade à Câmara. Isso porque, no âmbito da judicialização da saúde, há uma enorme diversidade de itens pleiteados, de modo que a sua admissão indiscriminada dificultaria e tornaria moroso todo o processo de análise dos pleitos e aquisição dos medicamentos.

Por isso, inicialmente foram selecionados 15 itens (14 medicamentos + fraldas descartáveis)[3] para comporem o rol de itens que poderiam ser objeto de análise pala CASC/PGE, os quais, sozinhos, foram responsáveis por **21,97%** dos itens adquiridos por força da judicialização durante o período de 2016/2018.

A título comparativo, nesse mesmo triênio (2016/2018), estes mesmos itens foram responsáveis por apenas **2,43%** dos valores gastos pelo Estado em compras para atendimento de demandas de saúde.

Como se vê, os itens escolhidos apresentavam um **alto índice de judicialização** e **baixo custo**, de modo que o seu fornecimento administrativo via CASC/PGE trouxe a possibilidade de, em um curto prazo, reduzir o avanço da judicialização sem demandar muito gasto pelo Poder Público.

2.4. Resultados da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos no Âmbito da Saúde no ano de 2020:

A CASC/PGE no âmbito da saúde entrou em efetivo funcionamento em dezembro de 2019, de modo que, para se analisar o seu impacto na judicialização, foram colhidos dados referentes ao exercício de 2020.

Pois bem, de acordo com o relatório extraído do sistema da CASC/PGE, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2020, foram dispensados 10.945 (dez mil novecentos e quarenta e cinco) unidades de medicamentos para **110 (cento de dez) pacientes**.

3 As fraldas descartáveis, no entanto, foram excluídas da CASC/PGE em razão da impossibilidade de padronização para fins de aquisição pela SES/MS.

Isso significa dizer que, em virtude da atuação da CASC/PGE, 110 (cento e dez) novas ações de saúde deixaram de ser ajuizadas no seu primeiro ano de funcionamento, havendo perspectivas para que ocorra a sua expansão.

Isso porque, já neste primeiro momento, a CASC/PGE foi estruturada com capacidade para o atendimento de 12 (doze) pedidos semanais, o significaria mais de 500 (quinhentos) pedidos ao ano.

Contudo, tal capacidade de atendimento ainda não foi atingida em razão de diversos fatores, tais com o advento da pandemia (que resultou em uma grande diminuição no fluxo de novos pacientes), a necessidade de ampliação do rol de medicamentos a serem fornecidos e o atendimento de mais municípios.

De qualquer forma, a perspectiva para os próximos anos é de que a CASC/PGE – Saúde consiga atingir sua plena capacidade de atendimento e, com isso, possa gerar um impacto ainda maior na redução da judicialização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um consenso na atualidade no sentido de que "o repasse contínuo das controvérsias administrativas ao Judiciário como instância decisória também contribui para que a Administração se torne cada vez menos eficiente" (ARAÚJO, 2016, p. 230).

Por isso, a busca da Administração Pública em evoluir de um modelo autoritário e unilateral para um modelo consensual, além de ter o condão de reduzir o número de litígios junto ao Poder Judiciário, também estimula a melhoria e ampliação dos serviços pela própria Administração Pública.

Dentro desse contexto, a instituição de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos de Advocacia Pública, tal como previsto na Lei nº 13.140/15, tem se mostrado como um valioso instrumento para a redução do litígio e à busca da consensualidade entre a Administração e o particular.

Exemplo disso é a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos - CASC/PGE instituída pela Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE/MS) e que tem como uma de suas vertentes de atuação junto às demandas de saúde, por meio de parceria instituída com a Defensoria Pública e a Secretaria de Estado de Saúde.

Já no primeiro ano de funcionamento, a CASC/PGE – Saúde apresentou bons resultados, evitando a judicialização de 110 (cento e dez) novos casos, mas com o potencial de reduzir mais de 500 (quinhentos) novos casos ao ano, com a estrutura atual.

Assim, a expansão da "Administração Pública Consensual" com a busca de um diálogo paritário com o particular na resolução de litígios certamente resultará em uma Administração muito mais eficiente e econômica que observará, de fato, o interesse público e os demais valores e princípios esculpidos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Repercussões do Novo CPC**. v. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. [S.l.]: Juspodivm, 2017.

CNJ. **100 Maiores Litigantes**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 2 out 2021.

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3ª edição ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

INSPER. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**. Disponível em: http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAÇÃO-DA-SAÚDE-NO-BRASIL.pdf. Acesso em: 22 jan 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LUCIANO, Ferraz. **LINDB consagra controle consensual da administração pública**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica. Acesso em: 4 out 2021.

PERPETUO, Rafael Silva e colab. **Os Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Mediação e Conciliação**. Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo, v. 24, 2018.

PIERONI, Fabrizio de Lima. **A Consensualidade e a Administração Pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontífica Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, 2018. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/22206/2/Fabrizio de Lima Pieroni.pdf.

RAMOS, Raquel e colab. **A Judicialização da Saúde Contextualizada da Dimensão Prática das Representações Sociais dos Profissionais de Saúde**. Revista de Direito Sanitário, v. 18, n. 2 SE-Artigos Originais, 26 Dez 2017. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/142010.

WRASSE, Helena Pacheco. **Meios Consensuais de Tratamento de Conflitos Envolvendo Entes Públicos e Particulares: Autocomposição na Administração Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017. Disponível em: https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1929/1/Helena Pacheco Wrasse.pdf.

ZAGO, Bruna e colab. **Aspectos Bioéticos da Judicialização da Saúde por Medicamentos em 13 Municípios no Meio-Oeste de Santa Catarina, Brasil**. Acta Bioethica. [S.l: s.n.], 2016.

ACORDO DIRETO EM PRECATÓRIO: A INDEVIDA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DESÁGIO EM 40%

***Kemi Helena Bomor Maro*[1]**

***Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares*[2]**

RESUMO

O artigo aborda o surgimento e a evolução do Direito Administrativo, destacando o consensualismo da Administração Pública no âmbito dos precatórios. Examina o Acordo Direto instituído pela EC 94/2016 e o limite de 40% constitucionalmente definido para a sua realização. Nesse ponto, o trabalho instiga o leitor a refletir acerca da incongruência da limitação do deságio nas negociações realizadas pela Fazenda Pública em detrimento da liberdade da cessão de crédito de precatório perante o mercado privado. Conclusivamente, defende a necessidade de extirpar a limitação do deságio nos Acordos Diretos ou, alternativamente, limitar na mesma medida, a cessão de precatórios a terceiros.

Palavras-chave: Precatórios, Acordo Direto, Cessão de Crédito, Deságio.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo está em constante evolução. Desde seu surgimento até os dias atuais, o papel desempenhado pela Administração Pública perante os cidadãos tem sofrido mudanças significativas.

O Poder Público, inicialmente visto como autoritário, burocrático e distante dos direitos e garantias patrimoniais do indivíduo, passou a se aproximar do cidadão, a prestar os serviços públicos que lhe foram exigidos e, posteriormente, a dialogar com o administrado, permitindo sua efetiva participação na atuação em prol do interesse público.

Com a Constituição Federal de 1988 edificou-se o regime jurídico constitucional administrativo com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, mais tarde, a eficiência.

Essa conformação, decorrente da supremacia da Constituição, impõe que a interpretação da totalidade do Direito administrativo seja realizada conforme os princípios constitucionais[3].

1 Especialista em Direito Tributário pela UNAES - Centro Universitário de Campo Grande-MS. Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE - Instituto para o Desenvolvimento Democrático de Belo Horizonte-MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Bacharel em Direito pela UNAES - Centro Universitário de Campo Grande. Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul.

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis.

3 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

A legalidade estrita abre espaço ao princípio da juridicidade e, com esse novo paradigma, surge a era da consensualidade no âmbito da Administração Pública.

Nesse contexto, o presente trabalho faz um resgate histórico do surgimento e da evolução do Direito Administrativo, destacando o novo papel da Administração Pública frente aos cidadãos, especificamente em relação ao poder de negociação de seus precatórios, mediante o procedimento denominado Acordo Direto instituído pela EC 94/2016.

I. O SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A instituição do Estado de Direito marca o contexto histórico de nascimento do Direito Administrativo. A compreensão desse fato é relevante para entender que o Direito Administrativo não possui uma origem essencialmente autoritária, a despeito da existência de posições doutrinárias em sentido diverso[4].

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez propagam expressamente a lição de que "o Direito Administrativo surgiu[...] como uma reação direta contra as técnicas de governo do absolutismo"[5].

Afirmam, ainda, que o processo de instituição do Estado de Direito na França após a Revolução de 1789 teve como objetivo central acabar com a ideia de que o Direito poderia ser fundamentado a partir de aspectos transcendentais (naturalmente ligados à figura e à pessoa do monarca absolutista). Para os revolucionários, apenas a vontade geral do povo – noção de concretude intangível, mas que pode ser expressa simbolicamente através da Lei geral e abstrata – é que poderia legitimar o exercício dos poderes públicos[6].

Assim, "não se tratava apenas de retirar do Rei para o povo a origem do Direito e de reduzir todos os atos singulares de comando à mera particularização de leis gerais"[7].

A questão era muito maior: estava-se buscando a afirmação de uma nova forma de se encarar o sistema jurídico, na qual o valor central a ser protegido deveria ser "a liberdade de quem até esse momento encontrava-se na posição de simples súdito passivo, em relação a um poder alheio e transcendente"[8].

Importa destacar que só se percebeu a possibilidade do desenvolvimento de normas destinadas a organizar a estrutura e a delimitar a ação do Poder Público, limitando os espaços de poder das autoridades administrativas, após assente o entendimento de que o Estado – assim como qualquer outra pessoa com personalidade jurídica – poderia se submeter ao Direito[9].

O Direito Administrativo, desde seu desenvolvimento embrionário, foi formulado com base

4 Em sentido diverso, Gustavo Binenbojm afirma que a teoria tradicional do Direito Administrativo "foi elaborada tendo em vista a preservação de uma lógica de autoridade, e não a construção de uma lógica cidadã". Para esse autor, "o surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares[...] representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação". BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.3.

5 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo.* V.I. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfield. Trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 442.

6 Idem.

7 Idem.

8 Idem.

9 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. V. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.52.

não apenas nas prerrogativas do Estado (que conferiam poderes às autoridades administrativas), mas, sim, em um binômio jurídico que tem em seu outro polo a noção de sujeições, isto é, de limitações à atividade do Estado como forma de proteger os direitos dos cidadãos[10].

Há desse modo, uma perspectiva formal (limitação do poder a partir de instrumentos jurídicos) e uma perspectiva material (defesa dos direitos fundamentais) inerentes ao paradigma do Estado de Direito[11].

A fórmula do Estado de Direito nada mais é, portanto, que a institucionalização de um meio objetivo para atingir um fim há muito pretendido pelos grupos que tomavam o poder político com as revoluções burguesas. O que se espera do Estado de Direito, pois, nada mais é do que "ele indique como intervir (através do 'direito') no 'poder' com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos"[12].

II. INFLUÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL E SEU PROCESSO EVOLUTIVO

O contexto histórico do Direito Administrativo evidencia o princípio da legalidade. Com a queda do Regime Absolutista, a lei se tornou o fundamento limitador ou viabilizador da ação estatal.

No período liberal, concebe-se a lei como resultado da decisão política perfeita, a partir do exercício da decisão democrática, visando garantir o direito à liberdade e à propriedade, com restrições à ação estatal. No período social, por outro lado, a lei se concebe como um instrumento para viabilizar as intervenções reiteradamente promovidas no meio social e econômico pelo Estado a fim de garantir uma prestação de serviços e uma proteção a direitos sociais considerados mínimos[13].

A transição do Estado liberal ao Estado social, em um primeiro momento, apresentava-se como solução para os diversos problemas verificados pela exploração do homem, com direitos fundamentais relegados ao segundo plano. Tanto é assim que a Revolução Industrial foi um dos estopins para o início da fase social[14].

A partir de fins dos anos 70 do século XX, o Direito Administrativo passa a sofrer mudanças expressivas, com muita aceleração. Seus temas clássicos, como interesse público, discricionariedade, ato administrativo, contrato administrativo, poder de polícia, serviço público adquirem matizes que os distanciam da elaboração clássica. Novos temas surgiram entre a década de 80 e o fim do século XX, com foco no cidadão, não mais se priorizando como foco a autoridade, por exemplo: processo administrativo, participação, transparência, princípio da eficiência, princípios da proporcionalidade e razoabilidade, princípio

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Origem e formação do Direito Administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*.V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.34.

11 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p.103-105.

12 COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.96.

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

14 Idem.

da confiança legítima, regulação, agências reguladoras. No século XXI emergem, por exemplo: o princípio da boa administração, as políticas públicas, a consensualidade, a administração eletrônica, o governo eletrônico, o Direito Administrativo global, o Direito Administrativo sem Estado.[15]

O Direito Administrativo brasileiro inspirado no Direito Francês caminhou em seu processo evolutivo, apartando-se do perfil impositivo e burocrático para atuar de modo mais próximo ao cidadão e garantir-lhes o bem-estar social.

De uma simples leitura dos principais dispositivos do texto constitucional de 1988, observa-se que o constituinte optou por um modelo de Estado intervencionista, cujos maiores objetivos são a redução das desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse contexto, passa-se a exigir da Administração Pública funções mais numerosas e complexas do que quando vigia o paradigma do Estado liberal.

O liberalismo econômico que pugnava por um Estado mínimo e leve, na linguagem contemporânea, acabou, por via indireta, concorrendo para maior atuação do Estado na defesa do interesse geral. Em seguida à implantação do Estado de Direito, as funções básicas do Estado consistiam na defesa nacional, na política externa, na manutenção da ordem e segurança pública, na prestação jurisdicional e na implantação de infraestrutura básica indispensável ao desenvolvimento econômico. Entretanto, as revoluções industriais e tecnológicas, que se seguiram nos séculos XIX e XX, foram responsáveis pela criação de novas necessidades. Todavia, a prestação de certos benefícios ou serviços para atender a essas necessidades não interessava aos particulares por não representarem atividades lucrativas. A demanda surgiu, a sociedade cobrou e o Estado passou a assumir a prestação de tais serviços.[16]

Pode-se dizer que a Constituição de 1988, com as emendas que se sucederam, atualmente retrata e dá fundamento, em grande parte, ao que tem sido chamado de novo direito administrativo nascido e evoluído em um mundo globalizado, um mundo em que as facilidades de comunicação enfraquecem as fronteiras, aproximam os povos e sua cultura e universalizam o direito[17].

Hodiernamente, o direito administrativo tem se voltado para a construção, consolidação e implementação de procedimentos democráticos que possibilitam aos cidadãos, não mais concebidos como administrados, sua participação na administração pública. O direito administrativo vem saindo de seu "enclausuramento", especialmente em decorrência da afirmação do constitucionalismo e de seu influxo direto na atividade administrativa, apresentando aberturas e mudanças que "reabilitam a pessoa enquanto administrado, em sintonia e pé de igualdade com o status já conquistado enquanto eleitor e jurisdicionado"[18].

15 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em evolução*. 22 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.33.

16 FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo.* 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 43.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: teoria geral e princípios do direito administrativo*.v.1. 2. ed. e-book baseada na 2. ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

18 MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 11. *In:* FUNGHI, Luís Henrique Balta. *Da dogmática autoritária à administração pública democrática.* Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 211, n. 257, maio/ago. 2011.

III. REFLEXOS DA EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS

3.1 Regime jurídico dos precatórios

Dizia Pontes de Miranda que o regime de pagamentos devidos pela Fazenda Pública constitui medida constitucional moralizadora, contra a advocacia administrativa, diante da necessidade de fazê-los na ordem de apresentação dos precatórios[19].

A Constituição Federal, em seu artigo 100, submeteu o Estado ao regime diferenciado de precatórios. Nele, não há possibilidade de penhora – pois bens públicos são impenhoráveis – e o pagamento será promovido somente no exercício financeiro seguinte (se a apresentação formal da requisição ocorrer até o dia 1º de julho anterior). A ordem de pagamento é dada pelo Presidente do respectivo Tribunal, sendo as dotações orçamentárias e os créditos abertos para fins de pagamento da dívida consignados diretamente ao Poder Judiciário (art. 100, §6º, CF).

A regra da ordem cronológica de pagamentos deixou de ser absoluta. Com os desafios surgidos no mundo dos fatos, a EC 62 trouxe uma série de exceções, descendo a minúcias de determinados casos concretos.

Conforme os §§ 1º e 2º do mesmo art. 100, todos os créditos continuam seguindo a ordem cronológica de apresentação dos precatórios, à exceção dos de natureza alimentar – em face dos quais foi instituído duplo grau de preferência: os alimentares (simples) e os alimentares destinados a pessoas com idade igual ou superior a 60 anos (na data da expedição) ou que sejam portadoras de doença grave.

O pagamento pela ordem de registro do precatório requisitório tem como função principal o atendimento a princípios constitucionais, em especial a impessoalidade (não se beneficia um credor em detrimento dos outros; o critério para a ordem dos pagamentos é puramente objetivo) e a igualdade (todos os credores estão em situação jurídica paritária, materialmente isonômica; o eventual discrímen só pode ser normativo, respeitador da Constituição).

3.2 O consensualismo da Administração Pública no âmbito dos precatórios

Com o advento da Constituição de 1988, os pilares da democratização e consensualidade foram evidenciados. Permitiu-se uma postura dialógica dos administrados para com a Administração Pública, abrindo-se canais de participação e discussão, antes da tomada de decisão que envolva interesses de dada coletividade.

A busca pelo consenso constitui um novo método de governar ou administrar, fomenta uma maior integração das forças sociais com vistas à estabilidade social e política e elimina a resistência que costuma acompanhar as intervenções da Administração.

Gustavo Justino de Oliveira afirma que a conformação da Administração Pública consensual

19 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. v. 3, p. 646-647.

não resulta na superação da administração imperativa, mas seguramente diminui seu campo de incidência. Segundo o autor, a expansão do consensualismo para considerável parcela das atividades perpetradas pela Administração provoca uma mudança de eixo do direito administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade continuamente permeada e temperada pela lógica do consenso[20].

A importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea é bem expressada por Odete Medauar:

> "A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.[21]"

Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento[22].

O Acordo Direto em Precatório, surgido com a EC 94/2016 reflete essa nova forma de atuação da Administração Pública, permitindo-lhe negociar seus débitos diretamente com os credores.

IV. O ACORDO DIRETO EM PRECATÓRIO

A Emenda Constitucional 94, de 15 de dezembro de 2016, alterou o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais e acrescentou dispositivos ao ADCT, para o fim de instituir novo regime especial de pagamento aos precatórios em mora.

Por meio dessa alteração constitucional, surgiram duas possibilidades ao ente público para realizar o pagamento de seus precatórios mediante acordos diretos.

A primeira delas está no §20 do artigo 100 da CF/88, na qual atribuiu ao ente devedor a prerrogativa de parcelar o pagamento de precatórios cujo valor seja superior a 15% (quinze por cento) do montante de precatórios incluídos na Lei Orçamentária Anual.

Ou seja, aqueles precatórios cujo valor supera 15% da dotação orçamentária de precatórios apurada nos termos do §5º, art. 100, da CF/88, serão pagos em até 6 parcelas, sendo 15% (quinze por cento)

20 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005 *Apud* SCHREIBER, Rafael. A importância do advogado público na efetivação de acordos como aplicador do direito administrativo contemporâneo. In: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler. *Direito municipal em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3, p. 18.

21 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

22 CARVALHO, Gabriela de. *A nova Administração Pública e o direito administrativo*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, abr. 2014, p.47.

no próprio exercício e o restante em parcelas iguais nos cinco exercícios subsequentes, acrescidas de juros de mora e correção monetária.

Como alternativa a esse parcelamento forçado, previu-se a realização de acordos diretos com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado.

A segunda possibilidade de realização de acordos diretos para pagamentos de precatórios está prevista no §1º do art. 102 do ADCT (numerado do parágrafo único pela EC 99/2017).

Esta última previsão se aplica somente aos entes federativos que estão sob o regime especial de pagamentos de precatórios, isto é, aos estados, o Distrito Federal e os municípios que, em 25 de março de 2015, se encontravam em mora no pagamento de seus precatórios.

Portanto, nesse regime não há a aplicação do §5º, art. 100, da CF/88. Os depósitos mensais destinados ao pagamento de precatórios são fixados em percentuais da Receita Corrente Líquida, necessários à quitação do passivo de precatórios até 31 de dezembro de 2029.

Entre outros instrumentos previstos para viabilizar a quitação do passivo de precatórios, há a possibilidade de destinação de até 50% dos recursos alocados ao pagamento de precatórios para, por opção do ente devedor, promover acordos diretos com redução de até 40% (quarenta por cento) do valor atualizado do crédito.

Assim, há duas possibilidades de realização de acordos diretos: uma para entes devedores que estejam no regime ordinário de pagamento de precatórios nos casos em que o valor do crédito superar o percentual de 15% (quinze por cento) da dotação destinada aos pagamentos de precatórios, apurada nos termos do §5º, art. 100, da CF/88; e outra destinada aos entes federativos que estejam no regime especial de pagamento de precatórios, independentemente do valor do crédito.

Cabe registrar que o acordo direto, na atualidade, tem sido o instrumento mais utilizado pelos entes federados para substituir o pagamento tradicional dos precatórios[23] [24].

4.1 O acordo direto na visão do STF

Um importante fato revelador da importância do acordo direto está na relativização da sua inconstitucionalidade pelo STF, tornando-se o único mecanismo substitutivo, dentre os listados no parágrafo oitavo do art. 97 do ADCT (leilão e quitação por ordem crescente), a continuar vigente na Constituição[25].

Isso porque, cabe rememorar que o acordo direto surgiu na Constituição com a EC 62 de 2009 (inciso III do §8º do art. 97 do ADCT), preconizando: a) regulamentação do acordo pela via legislativa

23 No Estado de Mato Grosso do Sul, o acordo direto em precatório realizado no ano de 2020 foi capaz de obter economia de 28,3% aos cofres públicos, aumentando em 13% o patamar economizado no ano anterior. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/acordos-diretos-em-precatorios-resultam-em-mais-de-28-de-economia-para-ms/. Acesso em: 23 jun. 2021.

24 Conforme levantamento apresentado por Barros Filho, dados coletados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmam que, entre os anos de 2011 a 2019, 38% do total pago em precatório pelo Município de São Paulo se deu por acordo direto. No Estado do Paraná, no biênio 2017-2018, 43% dos precatórios adimplidos no período foram pagos por meio de acordo direto. No Estado de Minas Gerais, trezentos municípios conseguiram zerar os débitos judiciais no período compreendido entre 2007 e 2010. BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Acordos Administrativos público-privados: delineamentos teóricos e prática nos precatórios.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 268.

25 BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit*, p. 269.

própria de cada ente devedor e b) acordo realizado por intermédio de Câmaras de Conciliação criadas pelos entes devedores.

No julgamento das ADI n. 4.357 e 4.425 o STF se debruçou sobre a constitucionalidade dos mecanismos substitutivos de pagamento de precatório, tendo ao final julgado em bloco para declarar a inconstitucionalidade do leilão e de todos os demais institutos listados no parágrafo oitavo do art. 97 do ADCT, incluindo o acordo direto[26].

A modulação temporal de efeitos, contudo, deu sobrevida ao instituto, por mais cinco anos, a partir do julgamento (1º de janeiro de 2016 a 1º de janeiro de 2021)[27].

V. O DESÁGIO APLICÁVEL AOS ACORDOS DIRETOS E A CESSÃO DE CRÉDITOS DE PRECATÓRIOS

Partindo do entendimento então firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o legislador editou em 2016, a EC n. 94, inserindo o parágrafo vinte do artigo 100 da Constituição permitindo a realização de acordo direto, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com deságio máximo de 40% do valor atualizado do crédito, desde que respeitados os requisitos definidos em regulamentação editada pelo ente devedor.

Em 2017, a EC n. 99 inseriu o parágrafo primeiro no artigo 102 do ADCT atualizando a disciplina anterior, nos seguintes termos:

> ADCT
> Art. 102. [...]
> §1º A aplicação dos recursos remanescentes, por opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios, por ato do respectivo Poder Executivo, observada a ordem de preferência dos credores, poderá ser destinada ao pagamento mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado.

O atual regime jurídico-constitucional do acordo direto, portanto, superou a modulação dos efeitos pelo STF, internalizando-o com base nas seguintes normativas: a) respeito absoluto à ordem cronológica dos créditos e, por consequência, à impessoalidade e à isonomia; b) deságio máximo de 40% sobre o valor atualizado do crédito; c) vinculação do acordo a uma conta bancária específica destinatária de 50%

26 "São declaradas nulas com eficácia imediata (não retroativa ou *ex nunc)* as formas de pagamento alternativas criadas pelo art. 97, §§6º, 8º e 9º, do ADCT. São elas: a) leilão pelo maior deságio; b) pagamento em ordem crescente de valor; c) quitação por acordo direto com credor. A partir da presente decisão somente a ordem cronológica de apresentação (e as exceções constitucionais do corpo permanente da Lei Maior, como as listas preferenciais de requisitórios alimentares) pode servir de critério para a ordem dos pagamentos de precatórios. Os efeitos meramente prospectivos dessa declaração de inconstitucionalidade reconhecem a higidez dos pagamentos já realizados segundo tais critérios". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425-DF*. Rel. Min. Luiz Fux, j. 25 mar. 2015, p.15).

27 "Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425-DF*.Op.cit., p.2).

de todos os recursos direcionados para o pagamento de precatórios[28]; d) delegação de competência procedimental e regulamentadora para os entes devedores brasileiros[29].

É inegável que a permissão constitucional advinda com a EC 94 para viabilizar o pagamento de precatórios por acordo direto com os credores, mediante deságio de até 40% (quarenta por cento) do valor da dívida, traz economicidade ao Poder Público, proporcionando aumento da capacidade de pagamento de precatórios do ente devedor, em atendimento ao princípio constitucional da eficiência.

Contudo, há de se observar que, desde a EC 62/2009 fora institucionalizada a cessão de crédito de precatório a terceiro (§§13 e 14 do art. 100, da CF) e foram convalidadas as cessões de precatórios efetuadas antes da promulgação desta Emenda Constitucional, independentemente da concordância da entidade devedora (artigo 5º da EC 62/2009).

Logo, para que a cessão, total ou parcial do crédito representado por precatório (§3º, do art. 100, da CF), produza efeitos jurídicos, bastará simples petição dirigida ao Presidente do Tribunal de origem e à entidade devedora comunicando a cessão realizada.

A Emenda Constitucional conferiu, portanto, ao precatório de qualquer espécie, natureza negocial, equiparando-o a um título de crédito.

Como bem pontuado por Egon Bockmann Moreira[30]:

> "[...]Essa regra veio para (re)institucionalizar normativamente o costume dos mercados de precatórios: o inadimplemento da Administração Pública brasileira gerou o respectivo setor de investimentos (como nos demais mercados de títulos futuros). Bem vistas as coisas, ao não pagar os respectivos débitos, a Fazenda Pública instala os mais variados incentivos ao credor – entre eles, o de transformar uma dívida futura e incerta num valor presente e certo. Isso com o respectivo deságio, que atende ao risco representado pelo volume e histórico de adimplementos do devedor (quanto maior a inadimplência institucional, menor o valor real que o precatório poderá representar). Esta cessão não transmite nem estende ao cessionário as eventuais vantagens personalíssimas do cedente (maior de 60 anos, portador de doença grave etc.). Para gerar efeitos, ela precisa se referir a precatório em aberto e que represente o valor cedido – por isso, sua validade e eficácia subordinam-se à comunicação por meio de petição ao tribunal de origem e à pessoa devedora".

À época do julgamento das ADI n. 4.357 e 4.425, quando o STF analisou a constitucionalidade dos mecanismos substitutivos de precatórios, o Ministro Dias Toffoli ressalvou que o leilão e o acordo direto configurariam "alternativa mais benéfica tanto para os credores como para o Poder Público do que o conhecido "mercado paralelo dos precatórios"[31]. Nas palavras do Ministro:

> [...] a modalidade de leilão, assim como os acordos diretos com os credores, viabilizará, com respeito ao princípio da autonomia da vontade e da isonomia entre os credores, o pagamento de um maior número de precatórios com um menor ônus para o poder público, sem falar que se trata de

28 Consoante bem registrado por Barros Filho, os valores das contas bancárias distintas não se comunicam, de modo que o esvaziamento de uma não importa na transferência de dinheiro para a outra com vistas a se compensarem. Ainda, o dinheiro que sobrar na conta do acordo direto não volta para os cofres públicos, permanecendo para os próximos acordos que forem firmados, na forma do parágrafo quinto do art. 97 do ADCT. BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit*, p. 274.

29 BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit*, p. 273-274.

30 MOREIRA, Egon Bockmann Moreira...[et al.]. *Precatórios: o seu novo regime jurídico [livro eletrônico]: A visão do Direito Financeiro, integrada ao Direito Tributário e ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

31 BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit*, p. 278.

> alternativa a credores com necessidade financeira imediata, que tenha pressa em receber os valores. Com efeito, trata-se de mecanismo que viabiliza oficialmente que credores recebam mais rapidamente o seu crédito, com segurança jurídica e com menor deságio. Além disso, nesse caso, ambas as partes – credor e devedor – são beneficiadas: ganham os credores que receberão mais prontamente seus créditos, ainda que com deságio; e ganham os entes estatais com o aceleramento do ritmo de pagamento das dívidas."

Pela importância e clareza de seus argumentos, transcreve-se abaixo trecho de seu voto a respeito do acordo direto:

> [...] gostaria de ressaltar aqui uma questão curiosa acerca da realização de leilões e de acordos como formas de pagamento de precatórios. No âmbito das relações entre particulares é natural que, numa situação de inadimplência, busque o credor a negociação da dívida, resultando, muitas vezes, no parcelamento das dívidas, na retirada de juros e multas e até mesmo a diminuição desse valor. Se essas orientações são salutares em se tratando de relações privadas, porque não aplicá-las quando estamos diante de entes federativos inadimplentes? No meu sentir, a celebração de acordos – e a realização de leilões é uma forma de transação -, no âmbito da administração pública, são plenamente viáveis, devendo ser estimuladas, pois viabiliza a busca de soluções consensuais entre administrados e administração. A meu ver, a regra do pagamento na ordem cronológica (não temos aqui cláusula pétrea) não é óbice a impedir a adoção de soluções consensuais no pagamento de precatórios, pois o que se deve verificar no caso é se restam atendidos os princípios da impessoalidade e da isonomia. Com efeito, pode parecer que a celebração de um acordo pode dar ensejo à suposição de que a parte envolvida receberá tratamento privilegiado em relação aos demais credores do Poder Público. Contudo, essa situação não ocorre, pois teremos, na hipótese de leilão ou de acordo, situação distinta, pois os credores, nesses casos, não receberão integralmente seus créditos, situação que, por si, os distingue dos demais. Dessa forma, entendo que esses mecanismos, ao lado da hipótese de pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, atendem, em última análise, o princípio da eficiência da Administração Pública (art.37, CF/88), constituindo meio hábil e menos gravoso para o pagamento dos débitos públicos[32].

Diante disso, denota-se que a Constituição permite expressamente a cessão de crédito de precatório a terceiros, sem qualquer limitação do negócio entabulado entre o credor o mercado paralelo de precatórios. Entretanto, o constituinte restringe o acordo direto de precatório ao limite de 40% de deságio.

Assim, o mercado privado atuante no setor de investimentos possui ampla liberdade negocial com os credores estatais, os quais, por sua vez, por força do princípio da autonomia da vontade também estão livres para ceder seu crédito com o deságio que entender conveniente, ainda que possa parecer draconiano.

De outra banda, para a Fazenda Pública negociar os seus débitos, o legislador constituinte impôs o teto de 40% de deságio.

Como já exposto anteriormente o percentual estabelecido pela EC 94 veio a atender à decisão do Supremo Tribunal Federal exarada nas ADI n. 4.357 e 4.425.

Ocorre que, compulsando os debates realizados naquele julgamento, não é possível encontrar a razão pela qual se instituiu essa limitação no acordo direto. Na ocasião, o Ministro Barroso chegou a

32 BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit*, p. 278

sugerir o valor do deságio de até 25%, contudo, no acórdão não há motivação para sustentar a modulação de efeitos do acordo direto sob a condição de deságio máximo de 40%[33] [34].

Desta feita, verifica-se que a questão alusiva ao deságio do acordo direto em precatório não foi devidamente enfrentada e discutida pela Corte Suprema, a merecer uma reanálise do tema, com especial atenção à incoerência existente entre a negociação realizada pela Administração Pública e cidadão frente às cessões de créditos de precatórios formalizadas entre particulares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A solução pacífica dos conflitos é erigida como um dos princípios republicanos da Constituição Brasileira e sua adoção tem sido estimulada pelo legislador, tal como podemos observar do CPC/2015 e a Lei de Mediação e Arbitragem (Lei nº 13.140/2015).

Ora, ao promover acordos diretos em precatórios, acelera-se o ritmo de pagamento das dívidas judiciais: ganham os credores, que receberão mais prontamente seus direitos; ganham os entes públicos, que não correrão o risco de ter uma parcela crescente de suas receitas comprometidas com o pagamento dos precatórios; e ganha a sociedade, que não corre o risco de ter serviços públicos essenciais interrompidos em função de bloqueio judicial das contas dos entes públicos.

Exige-se da Administração Pública contemporânea, um modelo gerencial, por meio do qual se impõe um Estado qualificado para gerir os mais diversos tipos de interesses sociais e econômicos, por meio de uma escolha necessária dos meios adequados mais eficientes e eficazes, operando-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade: adequação, necessidade (do meio adequado menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (Lei de Colisão de Princípios de R. Alexy)[35].

Ademais, acordos vantajosos em ações judiciais atendem às determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a qual impõe a penalização do gasto público irresponsável, determinando o equilíbrio entre receitas e despesas públicas, estabelecendo limites para gastos, endividamento e contém dispositivos destinados a compelir a Administração Pública a liquidar pendências,

33 O Ministro responsável por defender a modulação de efeitos dos acordos diretos, julgados inconstitucionais pelo STF, foi Luís Roberto Barroso que viu neles importante via de pagamento alternativo de precatórios. Na visão do Ministro não seria adequado abandonar simplesmente as formas alternativas de pagamento de precatórios, porque ofensivas supostamente aos princípios erigidos pelo sistema constitucional de precatórios. Seria mais correto propor parâmetros que autorizassem a modulação e permitissem um último suspiro aos acordos no ordenamento jurídico brasileiro. Pois bem. A proposta do Ministro Barroso foi de que os acordos fossem modulados desde que se fixasse um limite de desconto máximo de 25% para as negociações e que a ordem cronológica fosse respeitada. Contudo, da leitura integral do acórdão, não foi possível extrair com clareza quais foram os critérios adotados para a proposta de exatos 25%. O argumento fático foi de que a situação como estava, solta para a negociação livre das partes, favorecia uma postura draconiana da Fazenda Pública ao forçar grandes descontos que acabavam diminuindo consideravelmente o valor original da dívida. Mas, o porquê dos 25% não foi explicado. E o mais espantoso a revelar a decisão política do STF foi que, no decorrer dos debates, chegou-se a outro valor, agora definitivo, de deságio máximo de 40%. Mudou-se, portanto, o entendimento anterior para admitir que os acordos diretos tivessem como um valor máximo de 40% sobre o valor de face do seu precatório. Nada se debateu na decisão a ponto de permitir alguma conclusão do cidadão jurisdicionado a respeito das razões deste novo parâmetro. Cf: BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Op. cit, p. 282-283.

34 Destaca-se que, a par da instituição do limite de deságio do acordo direto em 40% pelo STF, o CNJ, à época da edição da Resolução n. 115 de 2010, objetivando disciplinar o instituto do acordo direto, estabeleceu que o deságio máximo tolerável seria de 50%. (Art. 20, §2º, "b").

35 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010 (teoria e direito público, 7), p. 169-170, 170-174 e 174-178 Apud NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO,

como condição da obtenção de financiamentos para novos investimentos. Assim, a celebração de acordo num processo judicial pendente, em condições vantajosas para o Erário, é um ato em consonância com a disciplina da responsabilidade fiscal[36].

Nesse passo, a limitação constitucionalmente imposta no deságio aplicado aos acordos diretos não se mostra adequada à nova concepção da Administração Pública e vai de encontro ao esforço legislativo até então empregado pelo legislador brasileiro na busca do consensualismo no âmbito do Poder Público.

Para tanto, se faz imprescindível revisar categorias à luz das transformações paradigmáticas que conduzem ao controle mais dialógico, democrático e conciliatório, menos unilateral e preso à legalidade estrita, visto que o efeito da moderna concepção do Estado-sociedade se traduz não mais na rigorosa separação do Estado e do cidadão, mas em recíproca coordenação, como incentivo ao espírito de colaboração e de pacífica coexistência e participação[37].

Conclui-se, portanto, que a restrição do deságio no acordo direto ao teto de 40% é incoerente com o sistema de cessão de créditos de precatório constitucionalmente permitido, para o qual não há qualquer limitação, razão pela qual o instituto merece ser revisto pelo Poder Constituinte Derivado e, por conseguinte, pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Acordos Administrativos público-privados: delineamentos teóricos e prática nos precatórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425-DF. Rel. Min. Luiz Fux, j. 25 mar. 2015, DJe-152 04 ago.2014.

CARVALHO, Gabriela de. A nova Administração Pública e o direito administrativo. Fórum Administrativo — FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, abr. 2014.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). O Estado de Direito: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler. Direito muni-

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

36 NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *Revista da AGU*. Brasília-DF, v. 15, n. 02, abr./jun. 2016, p. 46.

37 FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e princípios fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

cipal em debate. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Origem e formação do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: teoria geral e princípios do direito administrativo.v.1. 2. ed. e-book baseada na 2. ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e princípios fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUNGHI, Luís Henrique Balta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 211, n. 257, maio/ago. 2011.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. v.1. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfield. Trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em evolução. 22 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann [et al.]. Precatórios: o seu novo regime jurídico [livro eletrônico]: A visão do Direito Financeiro, integrada ao Direito Tributário e ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Revista da AGU. Brasília-DF, v. 15, n. 02, abr./jun. 2016.

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

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

O PAPEL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO COMO VETOR PARA INCLUSÃO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Lidiane Cristina Cornaccini Sallesse Lorenzoni[1]

Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares[2]

RESUMO

O artigo aborda a importância da Procuradoria-Geral do Estado como vetor para inclusão e utilização dos métodos adequados de solução de conflitos na administração pública, as dificuldades encontradas e os avanços percorridos pela Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

Palavras-chave: autocomposição, interesse público, Procuradoria-Geral do Estado, governança, vetor.

INTRODUÇÃO

Ao Estado, como membro da República Federativa do Brasil, são atribuídas diversas obrigações (políticas públicas) oriundas do texto constitucional, sejam elas expressas ou principiológicas.

Quanto aos princípios, conforme ensina Canotilho[3] "longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e "positivamente vinculantes".

> É por meio dos bens e serviços ofertados que os governantes atendem às demandas da sociedade nas áreas da saúde, educação, mobilidade urbana, segurança, dentre outras. É também com uma boa concepção e execução das políticas macroeconômicas que o crescimento econômico se sustenta ao longo dos anos, gerando riquezas para financiar esses produtos.[4]

A evolução da sociedade, seus anseios e problemas acarretam ao Estado a necessidade de criar mecanismos para atendimento dessas demandas, que surgem inclusive, de forma inesperada, sem protocolos, como ocorreu com toda crise ocasionada pela COVID-19.

1 Procuradora do Estado desde 2005. Chefe da Procuradoria de Assessoria ao Gabinete-PAG. Pós graduada em Direito Tributário e em Mediação, Conciliação e Arbitragem.

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis.

3 CANOTILHO, José Joaquin Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina:1992.p.352 apud Ricardo Lewandowski no julgamento do Recurso Extraordinário n. 592.581/RS, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

4 RIBEIRO NARDES. João Augusto. *Governança Pública: o desafio do Brasil*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.174.

E como agir? Quais os limites? É possível comprar sem licitação? Devo pagar a verba pleiteada pelo servidor? Posso contratar? Como adquirir medicamentos? Posso fazer acordo?

Essas são apenas algumas das inúmeras indagações realizadas diariamente no exercício da gestão pública.

Os gestores públicos, para planejamento e cumprimento de suas missões, devem respaldar seu agir nos princípios incertos no artigo 37, CF/88, com a indispensável colaboração e orientação jurídica dos Procuradores do Estado.

1. ATRIBUIÇÕES DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

A Procuradoria-Geral do Estado é um órgão essencial à administração pública estadual, a qual se confiou o exercício da advocacia pública do Estado. Tem como missão institucional garantir ao Estado, suas autarquias e fundações, o cumprimento das obrigações perante a sociedade.

A figura do Procurador do Estado organizado em carreira, está inserida na Constituição Federal dentro do capítulo das funções essenciais à justiça, a quem compete, com exclusividade, a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas[5].

"Operou-se, nesse referido preceito da Constituição, uma inderrogável imputação de específica atividade funcional cujos destinatários são, exclusivamente, os Procuradores do Estado[6]".

Conforme pontua Wallace Paiva Martins Junior[7]:

> Os serviços de assessoramento e consultoria jurídicos e representação judicial dos entes e órgãos estatais são profissionais, técnicos, e essenciais, por opção constituinte. Não há espaço para relegá-los ao segundo plano da organização do poder nem render o preenchimento de seus postos ao tradicional expediente do butim ou orientar sua condução pelo pacto de vassalagem. A opção constituinte revela, sobretudo, ao localizar a Advocacia Pública entre as funções essenciais à justiça (e decerto seus agentes entre aqueles que ocupam as carreiras de Estado), uma inequívoca tendência ao incremento de graus de juridicidade, de imparcialidade e de impessoalidade às esferas governamentais. Com esse ambiente não se coadunam velhos hábitos como premiar a assessoria jurídica da campanha político-partidária como bônus da investidura ad libitum nas funções da Advocacia Pública ou o clientelismo ancilar à cláusula during good behaviour.

A exclusividade e unicidade dos Procuradores do Estado para o exercício das funções de representação e consultoria da unidade federada está sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme se infere da ADI 6292/MS:

> Os Estados-membros da Federação, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, consolidaram sua representação judicial por meio da atuação dos procuradores dos Estados, que, organiza-

5 Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

6 Voto do Ministro Celso de Mello na ADI 4843 MC-ED-REF / PB. ADI 4843 MC-ED- Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015.

7 Martins Junior. Wallace Paiva. A Profissionalização e a exclusividade da advocacia pública. In: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (Coord.). Advocacia Pública Contemporânea: Desafios da Defesa do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 23-49 (25). Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2817/2926/20877. Acesso em: 27/07/2021.

> dos em carreira, na qual o ingresso depende de seleção pública de provas e títulos, com participação da OAB, passaram a desempenhar a defesa da Administração Pública Direta Estadual.
>
> A representação dos Estados é feita pelos procuradores de Estado, cabendo a divisão, por matérias ou atuações, ao âmbito interno de organização administrativa das Procuradorias. Assim, firmou-se, como regramento constitucional, a opção pela unicidade institucional, centralizada na atuação da Procuradoria-Geral do Estado, anulando, dessa maneira, a atuação concorrente nas atribuições jurídicas"
>
> .....
>
> Portanto, resta evidente que o exercício da função de representação judicial e de consultoria jurídica no âmbito Estadual e Distrital é de competência exclusiva dos Procuradores do Estado, sendo vedada a criação de Procuradoria de Entidade Pública ou de Procuradoria Autárquica.[8]

O Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, Ulisses Schwarz Viana, externou ser digno de nota o papel da Advocacia do Estado

> Na consolidação do Estado de Direito, como também na dimensão do processo democrático nacional, por sua importante influência na concepção, evolução e defesa das políticas públicas, campo em que ganha igual destaque a defesa, no plano preventivo, dos recursos orçamentários públicos[9].

Veja quão importante é o papel desenvolvido pela Procuradoria-Geral do Estado por meio de seus membros, cuja atuação não está adstrita à representação judicial do Estado, possuindo um papel crucial na defesa dos seus direitos e interesses nas áreas extrajudicial e administrativa, fixando a interpretação administrativa na execução de leis e dos atos do Poder Executivo, atuando lado a lado ao gestor, com apoio à tomada de decisões, ou seja, uma advocacia preventiva e ativa em prol do Estado e dos interesses públicos.

> A Advocacia de Estado, tanto quanto quaisquer dos demais ramos constitucionais das Funções Essenciais à Justiça, serve à sociedade, pois zela, no desempenho de seus respectivos cometimentos fundamentais, a representação judicial e a consultoria, por suas mais importantes instituições— Estado e o Direito — em todas e em cada uma das múltiplas relações da Administração. Assim, enquanto governos e governantes são transitórios e refletem segmentos de maiorias, Estado e Advocacia de Estado são projeções institucionais permanentes de toda a sociedade, o que se reflete nas condições de suficiência e na própria natureza das respectivas investiduras constitucionais.[10]

No Estado de Mato Grosso do Sul, a Lei Complementar nº 95, de 26 de dezembro de 2001, também previu expressamente, como atribuição institucional da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, "*solucionar conflitos no âmbito administrativo entre entes públicos ou entre órgãos e entidades da Administração Pública Estadual e particulares*[11]", além de "*propor medidas necessárias à uniformização da jurisprudência administrativa e zelar pela sua fiel observância*[12]".

8 ADI 6292, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 20-08-2020 PUBLIC 21-08-2020).

9 VIANA, Ulisses Schwarz. Advocacia de estado: perspectivas a partir da teoria dos sistemas. *Revista Brasileira de Advocacia Pública - RBAP*, ano 6, n. 4, p.9, jan./jun. 2017. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/154/20911/34372.

10 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Parte I. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *In:* SOUZA, Luciane Moessa de; GUEDES, Jefferson Carús (Coord.). *Advocacia de Estado*: Questões Institucionais para A Construção de Um Estado de Justiça — Estudos em Homenagem A Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Pg 24. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1200/1231/7722. Acesso em: 24/07/2021.

11 Art.3º, XIII.

12 Art.3º, VII.

Nessa toada, a Procuradoria-Geral do Estado, como órgão jurídico exclusivo do Estado, é quem tem competência e expertise para ser protagonista e incutir no âmbito do Estado os mecanismos que privilegiam a consensualidade.

2. OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conflitos (posicionamentos divergentes), são intrínsecos à vida em sociedade, seja ela no âmbito familiar, escolar, religioso ou trabalho. Sempre onde existir mais de uma pessoa, existirão conflitos, haja vista que cada ser humano é único na sua criação, no seu modo de pensar e agir.

As necessidades de cada indivíduo, ou seja, aquilo que não cessa, é muito peculiar e a forma de enxergar a vida e seus problemas também.

Quando esses conflitos não são resolvidos pelas partes, busca-se, na maioria das situações, a intervenção de um terceiro, qual seja, poder judiciário, amparado no artigo 5º, XXV, CF/88, de que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Tanto a sociedade quanto os operadores do direito foram educados para um

sistema adversarial de resolução das lides, o que resultou no colapso do poder judiciário[13].

Mecanismos como: i) ações coletivas[14]; ii) criação dos juizados especiais para reduzir formalidades e acelerar a marcha processual[15]; iii) súmula vinculante prevista na CF/88[16] com força normativa aos

13 Extrai-se da exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004: "Afinal, o Supremo Tribunal ofereceu, em junho de 1975, um alentado relatório ao Presidente da República, que qualificou de "diagnóstico". (....) O "diagnóstico" assinalou o óbvio: a Justiça brasileira é cara, morosa e eivada de senões que são obstáculos a que os jurisdicionados recebam a prestação que um Estado democrático lhe deve. Tais falhas vieram bem acentuadas em alguns setores; e de maneira mais discreta em outros. Faltou, de maneira geral, uma configuração mais exata da crise; a situação presente decorre da defasagem entre o conservadorismo tão típico das classes jurídicas e o ímpeto desenvolvimentista que se espalhou pela resto da vida do país desde a revolução de 1964". Fonte: Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br) acessado em 21/07/2021.

14 ACORDO COLETIVO. PLANOS ECONÔMICOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. VIABILIDADE. (..) NÃO VINCULAÇÃO DA SUPREMA CORTE ÀS TESES JURÍDICAS VEICULADAS NO ACORDO. INCIDENTE PROCESSUAL RESOLVIDO COM A HOMOLOGAÇÃO DA AVENÇA COLETIVA. I – Homologação de Instrumento de Acordo Coletivo que prevê o pagamento das diferenças relativas aos Planos Econômicos Bresser, Verão e Collor II, bem como a não ressarcibilidade de diferenças referentes ao Plano Collor I. II – Viabilidade do acordo firmado por legitimados coletivos privados, em processo de índole objetiva, dada a existência de notável conflito intersubjetivo subjacente e a necessidade de conferir-se efetividade à prestação jurisdicional. III (...)IV – Decisão do Supremo Tribunal Federal que assume o caráter de marco histórico na configuração do processo coletivo brasileiro, como forma de ampliação do acesso à Justiça, diante da disseminação das lides repetitivas no cenário jurídico nacional atual e da possibilidade de solução por meio de processos coletivos.(...). (ADPF 165 Acordo, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 31-03-2020 PUBLIC 01-04-2020).

15 PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE RESISTÊNCIA E DE LESÃO CORPORAL LEVE. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. EXEGESE DO ART. 61 DA LEI N. 9.099/1995. PENA MÁXIMA COMINADA. CONCURSO MATERIAL. SOMATÓRIO. OBSERVÂNCIA DA PENA MÁXIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. NULIDADE ABSOLUTA. RECURSO PROVIDO.
1. A Constituição Federal, em atenção ao devido processo legal, estatui, como garantia individual, o juízo natural, e impõe que "XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção" e "LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".
2. A criação dos Juizados Especiais concretiza a garantia do acesso à Justiça e permite a materialização da tutela jurisdicional de maneira célere e mais simples. Já no aspecto penal, adota medidas despenalizadoras, reduzindo a característica punitiva para crimes considerados de menor potencial ofensivo.(....)
6. Recurso em habeas corpus provido para declarar a nulidade da ação desde o recebimento da denúncia. (RHC 84.633/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 22/09/2017)

16 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela EC 45/2004).

órgãos do poder judiciário; iv) demais alterações promovidas pela EC nº 45/2004[17] e v) solução de casos repetitivos (art. 928, CPC), buscaram resguardar o acesso à ordem jurídica justa, uniforme e produzida dentro de um tempo razoável, contudo, não foram suficientes para atingimento desses objetivos.

Conforme Relatório Justiça em Números 2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva. Tal número representa uma redução no estoque processual, em relação a 2018, de aproximadamente 1,5 milhão de processos em trâmite, sendo a maior queda de toda a série histórica contabilizada pelo CNJ, com início a partir de 2009[18].

Apesar dessa queda histórica, o acervo de processos judiciais em curso é gigantesco e a taxa de congestionamento[19], embora tenha reduzido, ainda é muito alta[20].

O excesso de demandas represadas prejudica a qualidade da prestação jurisdicional, conforme pontua Rodolfo de Camargo Mancuso[21]:

> A função judicial do Estado não é de extração primária (como o é a administrativa, que atua de ofício), mas sim substitutiva, e, por isso mesmo, não basta, para legitimá-la, a singela produção massiva de sentenças e acórdãos em modo de uma linha de montagem – o fordismo judicial, a que já se referiu em doutrina – mas, antes, há que se priorizar a qualidade dessa prestação jurisdicional, atributo que, naturalmente, fica comprometido, senão já inviabilizado, pela quantidade excessiva de processos, em decorrência da cultura demandista que assola o país.

Nesse passo, mecanismos que promovem a solução adequada dos conflitos de forma autocompositiva[22] são muito bem-vindos e devem ser difundidos no âmbito da administração pública, tais como:

Negociação: resolução do conflito sem a interferência de um terceiro, em que as partes são os atores principais. Essa forma só é possível se houver empatia[23], cooperação, diálogo claro e a consciência de que não existe ganhador ou perdedor, mas sim a melhor forma de resolução do conflito que satisfaça a todos.

17 Tais como: criação do Conselho Nacional de Justiça; número de juízes na unidade jurisdicional proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; distribuição de processos imediata, em todos os graus de jurisdição; efeito vinculante das decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade; demonstração de repercussão geral das questões constitucionais como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário e previsão de justiça itinerante.

18 Fonte: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf . Acessado em 21/07/2021.

19 Indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Ibidem 16, pg. 92.

20 A taxa de congestionamento do Poder Judiciário oscilou entre 70,6%, no ano de 2009, e 73,4%, em 2016. A partir deste ano, a taxa cai gradativamente até atingir o menor índice da série histórica no ano de 2019, com taxa de 68,5%. Em 2019, houve redução na taxa de congestionamento de 2,7 pontos percentuais, fato bastante positivo e, até então, nunca observado. Ao longo de 10 anos, a maior variação na taxa de congestionamento havia ocorrido entre os anos de 2009 e 2010, com aumento em 1,4 ponto percentual. Ibidem 16, pg. 112.

21 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. In: A investida radical e obsessiva contra a crise numérica dos processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-Book. ISBN: 978-85-203-6375-1. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library. Acesso em: 11/08/2021.

22 o objetivo é a solução consensual da controvérsia, sendo o acordo resultado da solução.

23 "A capacidade de se pôr no lugar do outro, por mais difícil que seja, é uma das mais importantes que um negociador pode ter. Não basta saber que ele vê as coisas de forma diferente. Para influenciá-lo, você precisa compreender com empatia o poder do ponto de vista dele e sentir a força emocional com que ele o defende. Não basta estudá-lo como se fosse um besouro num microscópio-você precisa saber como é ser um besouro. Para isso, deve evitar fazer julgamentos enquanto "experimenta" o ponto de vista dele. Assim, como você, ele pode acreditar que está "certo." Fisher, Roger; PATTON, Bruce & URY, Willian. Como chegar ao sim: Como negociar acordos sem fazer concessões. Rio de Janeiro, 2018; Editora Sextante. p.46.

Conciliação: resolução de conflitos com a presença de um conciliador, sem poder decisório, que auxiliará as partes no desenvolvimento de uma comunicação não violenta[24], na análise de suas necessidades, com uma solução para o litígio que agrade a ambos.

Essa forma de resolução é bem proveitosa mesmo que não exista vínculo anterior entre as partes.

Mediação: resolução de conflitos com a presença de um terceiro imparcial sem poder decisório, que auxilia e organiza a comunicação entre os envolvidos no conflito. Conforme define o Código de Processo Civil, o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de modo que possam, por si próprios, mediante o restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, § 3º).

Acerca desses mecanismos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o intuito de aperfeiçoar o acesso à ordem jurídica justa e implementar a mudança de paradigma, publicou a Resolução n. 125/2010[25], normativo que trouxe os meios consensuais (em especial conciliação e mediação) e adequados para solução de conflitos.

Certamente a encampação pelo CNJ da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário apresentou um impacto muito positivo, garantindo maior credibilidade e aceitação do instituto, inclusive como autoridade competente para sustentar a mudança de cultura no próprio contexto do poder judiciário.

Embora a referida Resolução seja direcionada aos problemas jurídicos e conflitos de interesses nos processos judiciais, é utilizada como pilar aos outros ambientes que utilizam a mediação e conciliação para resolução de conflitos, além de envolver a interlocução com diversos seguimentos (OAB, Procuradorias, Ministério Público, Defensoria Pública).

Outrossim, com a entrada em vigor do CPC/2015, passou-se a impor aos entes federados a criação de câmaras e mediação e conciliação e a promoção da solução consensual dos conflitos no âmbito administrativo (artigo 174 e 3º, §3º).

Também em 2015, entrou em vigor a Lei Federal nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

A utilização de meios consensuais vai ao encontro dos anseios da sociedade, possibilitando a

24 Conforme ensina Mayara Carvalho "o turning point da CNV é o fato de enxergar toda e qualquer manifestação individual como comunicação de necessidades humanas básicas. Ao exercitar escuta empática, por exemplo, comunico-me exclusivamente com possíveis necessidades não atendidas do outro, não importa o modo como ele as expresse. Da mesma maneira, ao praticar autoempatia, procuro não me julgar, nem me punir e me afasto de noções como "vergonha" e "culpa". Pela autoempatia, olho para cada uma das minhas ações, tentando entender o que sentia e de que necessitava ao agir daquele modo. Nesse caso, não importa se as ações são minhas ou do outro, nem sequer se são atitudes que se alinham ou se afastam da vida: um olhar empático enxerga sempre necessidades". CARVALHO, Mayra. O DIÁLOGO COMO FERRAMENTA PARA "FAZER AS PAZES": uma introdução à comunicação não violenta e aos compromissos toltecas. Academia.edu, 2021.p. 26. Disponível em: https://mayaracarvalho.academia.edu/research. Acesso em 04/08/2021.

25 Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

participação ativa dos envolvidos na efetiva solução dos conflitos, com maior celeridade e efetividade do real sentido de acesso à justiça.

No que concerne à eficácia desses meios para promoção do acesso à justiça, Rodolfo Camargo Mancuso[26] ensina:

> O conceito de acesso à justiça não pode mais se manter atrelado a antigas e defasadas acepções – que hoje se podem dizer ufanistas e irrealistas – atreladas à vetusta ideia do monopólio da justiça estatal, à sua vez assentado numa perspectiva excessivamente elástica de "universalidade/ubiquidade da jurisdição" e, também, aderente a uma leitura desmesurada da "facilitação do acesso", dando como resultado que o direito de ação acabasse praticamente convertido em … dever de ação, assim insuflando a contenciosidade ao interno da sociedade e desestimulando a busca por outros meios, auto ou heterocompositivos. Em verdade, o inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988, ao vedar que a lei venha excluir do Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, não foca o jurisdicionado como seu precípuo destinatário, mas, antes, o próprio legislador; de outro lado, tampouco aquele enunciado garante que venha sempre examinado o mérito dos históricos de danos temidos ou sofridos, sabido que a resolução do fulcro das demandas depende do atendimento das condições de admissibilidade da ação, e, ainda, que o processo que lhe serve de instrumento atenda aos pressupostos de existência e validade. O novo CPC, embora não se valha da terminologia condições da ação, elenca os casos em que o juiz sentencia sem resolver o mérito, dentre eles quando "verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual" (inc. VI do art. 485).

Desde o ano 2000, o administrativista Diogo de Figueiredo relatou a importância de inserção na atividade administrativa de aberturas consensuais de negociação:

> O avanço da consensualidade e dos consequentes mecanismos de coordenação – a cooperação e a colaboração- leva à valorização dos resultados da ação administrativa, ou seja, passa-se a considerar que tão importante quanto a administração submissa à legalidade (a busca da eficácia), deve ser a boa administração, fiel à legitimidade (a busca da eficiência), em que definem ambas, tanto a eficácia como a eficiência distintos e covalentes direitos subjetivos públicos do administrado.[27]

É necessário, portanto, internalizar na administração pública que acesso à justiça não está adstrito ao processo judicial e que existem outros meios mais eficazes e céleres para a busca do bem comum que não só podem, mas devem ser utilizados.

3. A PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO COMO VETOR

Conforme extrai-se do tópico anterior, não existe dúvida jurídica quanto à possibilidade de utilização dos meios adequados de resolução de conflitos pela administração pública, que além de serem inerentes aos princípios que a regem, agora estão estampados no Código de Processo Civil[28] como obrigação do Estado e dos advogados.

26 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. In: Considerações Preliminares e Aclaramentos Conceituais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-Book. ISBN: 978-85-203-6375-1. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library. Acesso em: 11/08/2021.

27 Moreira Neto, D. de F. (2000). Uma nova administração pública. Revista De Direito Administrativo, 220, 179-182. (181). Disponível em: https://doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47533. Acesso em 28/07/2021.

28 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O óbice para resolução consensual de conflitos na administração pública não é legal, mas sim cultural, a dificuldade de rompimento da postura defensiva e adversarial, cuja forma de atuação vai de encontro ao princípio constitucional da eficiência e do ordenamento jurídico vigente.

Existe uma cultura muito forte dentro da própria instituição (PGE) do dever dos Procuradores em protegerem o interesse público, que, na verdade, representa somente uma faceta desse interesse, qual seja, a proteção dos cofres públicos.

Além disso, há a cultura do ganha *X* perde, na qual se compreende que a demanda é exitosa quando um vence e outro perde (negociação baseada em posições).

Há um sentimento de que a ação interessada dos particulares (vontade) teria, como conteúdo, satisfações ou benefícios pessoais. Já a ação desinteressada administrativa (finalidade) teria, como conteúdo, o interesse geral ou a utilidade, o que acaba por gerar uma relação de oposição entre os interesses púbicos e privados[29].

E esse sentimento pré-estabelecido de contrariedade de interesses ocasiona um bloqueio mental, impedindo que se enxerguem oportunidades eficazes para solução da controvérsia.

Como assevera Marshal B. Rosenberg " quando falamos uma linguagem que nos nega a possibilidade de escolha, renunciamos à vida em nós mesmos por uma mentalidade de robô que nos separa de nossa própria essência"[30].

Parafraseando a fala de Marshal com a atuação do Procurador do Estado, esse servidor não pode aceitar a ideia de ser mero robô multiplicador de peças judiciais, mas sim nunca se desvencilhar da essência de sua atuação verdadeiramente vocacionada ao atendimento dos interesses públicos.

Em muitas situações, o interesse público primordial nada mais é do que conceder o direito tutelado pelo cidadão ou servidor. Mas como é difícil reconhecer e conceder esse direito de forma consensual!

Não existe dúvida jurídica quanto, por exemplo, ao dever de indenizar quem foi privado indevidamente de sua liberdade, quem teve dano patrimonial ocasionado por carro oficial, quem perdeu um ente querido por ação de agentes do Estado.

Nesses casos, a única discussão existente seria do *quantum debeatur*, que poderia ser resolvida por meio de negociação.

Essa percepção de reconhecer no interesse do cidadão um interesse público a ser tutelado, deve ser construída e desenvolvida primeiramente dentro do próprio órgão jurídico e, posteriormente, ser exteriorizada para toda administração pública.

Conforme externado por Maria Paula Dallaria Bucci[31]:

29 HAEBERLIN. Mártin. Uma teoria do interesse público: Fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017, p.156.

30 ROSENBERG. Marshall B. Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. [tradução Mário Vilela]. - São Paulo: Ágora, 2006. p.194.

31 BUCCI, Maria Paula Dallari. Um decálogo para a advocacia pública. *In:* MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (Coord.). *Advocacia Pública Contemporânea*: Desafios da Defesa do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Pg.20. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2817/2926/20876. Acesso em: 24 jul. 2021.

> Uma Advocacia Pública moderna, num Estado democrático de direito tem a missão de auxiliar na construção de vias jurídicas para o processamento dos conflitos sociais, com base nas seguintes ideias-chave. 1 EMPATIA. Compreender as motivações que inspiram o gestor público, as circunstâncias do problema trazido e as vantagens das soluções cogitadas. Desarmar-se. Comprometer-se com a causa pública. Contribuir para a recuperação do sentido da expressão "interesse público", não mais carregada de retórica autoritária, mas significando o autêntico encontro de aspirações da pluralidade dos agrupamentos sociais.

A evolução da negociação é muito bem colocada na obra Como Chegar ao Sim de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, em que é apresentada a visão integrativa de resolução de conflitos (Método Harvard de Negociação), ou seja, a concentração de esforços deve ser em colaborar com o outro lado para construir soluções integrativas, para que os interesses de cada lado sejam atendidos (ganha x ganha), com a produção de resultados sensatos, eficientes, preservando os relacionamentos.

> O terceiro grande entrave para a solução criativa de problemas é a suposição de que o tamanho do bolo é fixo: quanto menos para você, mais para mim. Raramente ou nunca isso é verdade. Em primeiro lugar, ambos os lados sempre podem ficar em situação pior do que estão agora. O xadrez parece um jogo de soma zero; se um perde, o outro ganha – até que um cachorro passa correndo, derruba a mesa, espalha cerveja e deixa os jogadores numa situação pior que antes.
>
> Além do interesse comum em evitar perdas mútuas, quase sempre existe a possibilidade de ganhos mútuos. Isso é comum quando desenvolvemos um relacionamento mutuamente vantajoso ou satisfazemos os interesses de ambos os lados com uma solução criativa.[32]

Desarmar-se, ter empatia, analisar o problema colocando-se no lugar da outra parte, observando sem julgar, analisando os sentimentos, as necessidades, ou seja, a utilização da comunicação não violenta dentro da advocacia pública.

É intrínseco ao ser humano a resistência às mudanças. Quando essas mudanças estão relacionadas ao servidor público, essa resistência é intensificada em razão do "medo" da responsabilização pelos órgãos de controle, o que torna a transferência da resolução do litígio para poder judiciário mais "segura", embora na maioria dos casos essa forma de resolução não resolva o problema em si.

Conforme explicitado por Rodrigo Valgas dos Santos[33], Direito Administrativo do Medo significa " a interpretação e a aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público."

Para superar esse medo e as práticas já sedimentadas de atuação que tudo contesta, recorre, procrastina, que o Estado não faz acordo, com fundamento na falsa ideia de proteger os cofres públicos, é necessário um aparato de conscientização, capacitação e orientação da gestão superior a seus pares nesse sentido, ou seja, a boa governança deve estar presente dentro da instituição.

De acordo com a Comissão Econômica das Nações Unidas para a África (UNECA, 1999), a governança é definida como o uso do poder e dos recursos políticos, econômicos e administrativos para ge-

32 FISHER, op.cit, p.94.

33 Direito Administrativo do Medo. Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. Revista dos Tribunais. 1ª edição, 2020, pg. 39.

rir uma nação. Com base nessa definição, a boa governança refere-se à gestão eficiente e eficaz de recursos e problemas públicos e do atendimento às necessidades essenciais da sociedade[34].

Certamente a boa governança exercida pelo dirigente do órgão, com auxílio de sua equipe, é um importante mecanismo para transformação cultural da forma de atuação da Procuradoria-Geral do Estado, órgão jurídico e exclusivo do Estado e, nessa toada, com a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos pela administração pública.

O Procurador-Geral do Estado é a pessoa da mais alta confiança pessoal e profissional do Governador do Estado, vez que por ele foi escolhido para dirigir a instituição.

No Estado de Mato Grosso do Sul e em muitos outros Estados, esse importante mister somente pode ser exercido por integrantes da carreira de Procurador do Estado em atividade.

Assim, se o Procurador-Geral do Estado, a quem compete a direção, o comando e a coordenação das atividades da Procuradoria-Geral do Estado e a orientação, coordenação e supervisão do Sistema Jurídico do Estado[35], não abraçar e acreditar nessa nova visão de resolução de conflitos e organizar sua "casa" para tanto, amparado numa boa governança, esse modelo não será difundido no Estado.

O alicerce e toda estrutura para utilização dos meios adequados de solução de conflitos pelo Estado advém da PGE. A partir da certificação da credibilidade da utilização desses métodos entre os Procuradores fica muito mais fácil e natural transmitir segurança jurídica e confiança em sua utilização extramuros da Procuradoria.

O Governador do Estado e os dirigentes dos órgãos e entidades da administração, ou seja, pessoas que detêm competência legal para coordenar e decidir os caminhos que serão trilhados para o alcance dos objetivos e compromissos assumidos com os cidadãos, não possuem, ou ao menos não é requisito para investidura no cargo, formação jurídica que lhes proporcione posicionar-se sobre as formas de solução de conflitos que devem ser adotadas, de maneira que todo caminho a ser trilhado é apresentado pela Procuradoria.

Assim, aquela ideia ultrapassada de que o governo não gosta de fazer acordo, que prefere "empurrar" a dívida para o próximo governante deve ser superada e desmistificada.

Ora, existem muitos meios legais para incrementar a arrecadação e o desenvolvimento do Estado. O governo não precisa armar-se de forma adversarial para atingir seus objetivos. Pelo contrário, é muito mais simpático e eficiente perante a sociedade resolver o problema, reconhecer o direito.

A segurança jurídica e confiança dos agentes públicos no trabalho desenvolvido pela Procuradoria-Geral do Estado são primordiais para o bom funcionamento dessa engrenagem complexa e desafiadora de transformação no modo de enxergar e atuar da administração pública na resolução e, também, na prevenção dos conflitos.

34 SCHWELLA, Erwin. Inovação no governo e no setor público: desafios e implicações para a liderança. Revista do Servidor Público. Brasília 56(3) 259-276. Jul/Set 2005. Disponível em: https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/229/234. Acesso em: 24/07/2021.

35 Artigo 8º, I, da Lei Complementar Estadual n. 95, de 26 de Dezembro de 2001.

4. AVANÇOS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Não há como virar a chave e de um dia para o outro alterar de forma abrupta a abordagem de atuação da Procuradoria-Geral do Estado.

Nesse sentido, paulatinamente aquela postura litigiosa adotada começou a ser remodelada.

Os dados constantes dos tópicos 4.1, 4.4 e 4.5 podem ser visualizados pelo seguinte QR Code.

4.1. Medidas judiciais não interpostas- Pedido para interposição de recursos aos tribunais superiores

Com foco na produtividade efetiva, de qualidade e eficiência da administração pública, ações deixaram de ser contestadas e recursos deixaram de ser interpostos, com fundamento em decisões específicas para o caso concreto (PDIR[36]) ou então, em decisões proferidas com efeitos genéricos[37], diante de situação repetitiva e matéria pacificada.

Dados extraídos do acervo da PGE/MS, demonstram a ascensão dos números de medidas judiciais que deixaram de ser apresentadas em juízo.

Em **2015**: 5.132**, 2016**: 8.120, **2017**: 9.575, **2018**: 11.462, **2019**: 20.562 e **2020**: 14.924.

Além disso, para prevenir a interposição de recursos meramente procrastinatórios aos tribunais superiores, existe no Regimento Interno da PGE/MS a figura do PIR[38] (pedido de interposição de recurso), para que a chefia imediata e a direção superior analisem a viabilidade econômico-financeiro-social, a prevenir o interesse público.

Outrossim, visando a simplificação de procedimentos, em 2019 houve a delegação de competência pela Procuradora-Geral do Estado às chefias para análise e decisão de PDIR e PIR nas situações delineadas na Resolução PGE/MS/Nº 266, de 24 de Setembro de 2019[39].

Essas medidas minimizam o custo da máquina administrativa e judicial, gerando uma economia significativa para o Estado e para o próprio Poder Judiciário, além de transmitir uma visão positiva do Estado perante o Poder Judiciário e, também, perante a sociedade.

36 Pedido de Dispensa de Interposição de Recursos e Outras Medidas Judiciais.

37 O Procurador-Geral do Estado, diante de situação repetitiva e de matéria já pacificada perante os Tribunais Superiores, pode atribuir efeito genérico à decisão que dispensar a interposição de recurso, gerando daí por diante uma mera anotação por parte do Procurador, conforme Anexo X da Resolução PGE/MS/N. 194, de 23 de abril de 2010. https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/05/Resolucao-194-10-Regimento-Interno-atualizado-ate-a-Res-329.pdf- consulta em 24/07/2021.

38 Anexo XI da Resolução citada no item anterior.

39 http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2019/09/Resolu%C3%A7%C3%A3o-266-Delega-competencia-chefias-especializadas-1.pdf- consulta em 24/07/2021.

4.2. Criação da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos-CASC

Por meio da Resolução PGE/MS/N.º 242, de 30 de junho de 2017[40], foi criada no âmbito da PGE/MS, a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos, com o objetivo da busca pela solução de conflitos em áreas definidas pelo Procurador-Geral do Estado, tendo como parâmetro, conforme o caso, o posicionamento jurisprudencial sobre o tema, bem como os Pareceres emitidos por esta Procuradoria.

Foi um início bem tímido, porém importante para desabrochar a discussão do tema na instituição, com colheita de frutos nos anos subsequentes, conforme será apresentado abaixo.

4.3. Remodelação das Competências das Procuradorias Regionais

Até o ano de 2019, as Procuradorias Regionais do Estado de Mato Grosso do Sul, delineadas por critério territorial, tinham a competência de atuar em todos os processos judiciais de sua região, independentemente da matéria, medida essa que dificultava uma atuação coordenada e eficiente dos Procuradores e da PGE/MS.

Os Procuradores Regionais cuidavam de assuntos tributários, pessoal, saúde, educação, etc.., ou seja, não tinham condições de se especializarem em determinada área. Além disso, em razão dessa pulverização, não existia uma padronização na forma de atuação nas ações.

Com o objetivo de aperfeiçoar a eficiência e qualidade dos trabalhos desenvolvidos pela PGE, com a uniformização de rotinas e padronização de atuação nos processos judiciais pelas Especializadas e Coordenadorias da PGE, ou seja, organizar a "casa" para que estivesse preparada para adotar posturas proativas tendentes a reverter o quadro de litigiosidade, foi dado início ao projeto piloto de remodelação das competências das Procuradorias Regionais.

Iniciou-se com a assunção de competência pela Coordenadoria de Saúde das ações de saúde de todo Estado e aos poucos, com as demais áreas.

Ao final do projeto, houve alteração do Regimento Interno da PGE/MS[41], de forma que os Procuradores Regionais agora atuam dentro de determinada especializada/coordenadoria e não mais em todas as matérias de sua região, gerando eficiência, atuação concentrada, teses uniformes, com melhor tratamento das ações e otimização dos recursos públicos.

4.4. Acordos diretos em precatórios

Como fruto do diálogo institucional[42], envolvendo Procuradoria-Geral do Estado, Governadoria e Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, foi publicado o Decreto n.14.894, de 20 de dezembro de 2017[43], regulamentando a realização de acordo direto para pagamento de precatórios, nos termos do inciso

40 http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/Resolu%C3%A7%C3%A3o-242-cria-camara-de-solu%C3%A7%C3%A3o-de-litigios-na-pge.pdf. Consulta em 11/08/2021.

41 http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/01/RESOLU%C3%87%C3%83O-PGEMSN%C2%BA-271-DE--19-DE-DEZEMBRO-DE-2019..pdf. Consulta em 28/07/2021.

42 A importância do diálogo institucional foi relatada pelo Ministro Roberto Barroso quando do julgamento da ADPF 709 MC-Ref. Julgamento: 05/05/2020. Publicação: 07/10/2020.

43 http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/fd8600de8a55c7fc04256b210079ce25/579b64a7a1b876f6042581fd0041036b?OpenDocument&Highlight=2,14.894. Consulta em 30/07/2021.

III do § 8º do art. 97 e do parágrafo único do art. 102, ambos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

Em 2018[44], no 1º procedimento junto à CASC/PGE para realização de acordo direto em precatórios, 23 acordos foram efetuados, o que ocasionou um desembolso de mais de R$ 1.703.166,40 e uma economia para o Estado de R$ 1.268.044,23.

Talvez um dos pontos para que os números desse primeiro procedimento não tenha sido o desejado, foi o temor dos credores em oferecerem um desconto em seus créditos e o Estado não efetuar o pagamento, ou seja, a visão pela sociedade de que o Estado é um mau pagador.

O efetivo cumprimento desses acordos pelo Estado foi muito importante para remodelar sua imagem, tanto que no edital lançado em 2019 com novas condições oferecidas – descontos de 5% a 40%, foram realizados 1016 acordos, com pagamento de mais de 43 milhões de reais e uma economia de quase 18 milhões aos cofres públicos.

Diante da solidificação da confiabilidade do cumprimento dos acordos pelo Estado, houve grande procura para realização de novos acordos, motivo pelo qual, no mesmo ano, foi publicado outro edital que rendeu 1731 acordos, ultrapassando 52 milhões de reais em pagamentos e 21 milhões de reais de economia.

Com o edital lançado no ano 2020, que ainda está em andamento, foram contabilizados até maio do corrente ano, 287 acordos, com o pagamento de R$ 29.413.758,53 e uma economia de R$ 2.691.465,84.

Esses acordos foram responsáveis pelo aquecimento da economia e crescimento do Estado, algo extremamente importante nesse momento delicado, conforme muito bem pontuado pela Procuradora-Geral do Estado, Fabíola Marquetti Sanches Rahim[45]:

> Essa presença constante na busca do Estado em quitar seus compromissos com os credores reflete, direta e indiretamente, no impulsionamento da economia local e, neste momento imposto pela pandemia, é também um dos fatores que contribuíram na estratégia do Governo para que o Estado continuasse crescendo. "Assim como a covid-19 surpreendeu todo o mundo, acreditamos que as famílias que tinham precatórios a receber puderam fazer bom uso dos valores recebidos e, de certa forma, acabaram investindo no setor econômico do Estado.

Os acordos firmados retratam muito bem a visão integrativa de resolução de conflitos, com geração de benefícios mútuos, ou seja, os credores saíram satisfeitos por terem recebido seus créditos de forma muito mais célere, o Estado foi beneficiado tanto com o cumprimento de seus compromissos quanto com a geração de economia aos cofres públicos. Além disso, todos os cidadãos sul-mato-grossenses foram beneficiados indiretamente com o crescimento econômico promovido por meio desses valores injetados na economia.

4.5. Fornecimento administrativo de medicamentos

Após diversas reuniões, ensaios, adequações, que permearam por mais de um ano, foi firmado

44 https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/PaginaDocumento/45228/?Pagina=23. Consulta em 30/07/2021.

45 https://www.pge.ms.gov.br/governo-do-estado-alcanca-economia-de-r-43-milhoes-em-pagamentos-de-precatorios/ Consulta em 30/07/2021.

em 2019: i) convênio entre a PGE/MS e Secretaria de Estado de Saúde[46] e ii) convênio entre a PGE/MS e a Defensoria Pública Estadual[47], com o intuito do Estado fornecer determinados medicamentos na via administrativa.

Por meio da Resolução Conjunta PGE/SES/Nº 002, de 7 de outubro de 2019[48], ficou estabelecido que seriam objeto de análise e conciliação junto à CASC/PGE na área de saúde, os medicamentos e insumos não incorporados ao SUS constantes em lista a ser definida e atualizada pela Coordenadoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde - CJUR/SES em conjunto com a Diretoria de Assistência à Saúde - DAS/SES.

Veja então que o fornecimento administrativo de medicamentos pelo Estado por meio da CASC/PGE, sem a necessidade do paciente socorrer-se e desgastar-se pela via judicial, não são aqueles estabelecidos por lei como de sua competência, são medicamentos não incorporados ao SUS, o que demonstra um grande avanço no reconhecimento pelo Estado de seu papel de prestar um serviço público de saúde célere e eficiente e um grande avanço do bom trabalho realizado com a união das instituições, o que é reconhecido pelos cidadãos:

> Procuramos a Defensoria Pública e todo o processo foi muito rápido. Esta parceria entre as instituições está fazendo diferença para a população sim. Nunca tivemos problemas e aqui [Casa da Saúde] facilitam muito a nossa vinda. São atenciosos e disponibilizam medicamentos por até três meses com a mesma receita, o que ajuda bastante, principalmente, neste período de pandemia", esta é a afirmação de Adalzira de Andrea Nazareth, tutora de um dos beneficiados pela Câmara Administrativa de Solução de Conflitos, da Procuradoria-Geral do Estado (Casc/PGE)[49].

No ano de 2020, foram dispensadas pela CASC/PGE, 10.945 unidades de medicamentos e foram atendidos 110 pacientes.

Conforme informado pelo Procurador do Estado e chefe da Coordenadoria Jurídica da Saúde, Kaoye Guazina, esse é um projeto piloto realizado em Campo Grande, mas a logística está sendo adequada para ser ampliado para todo o Estado, o que aumentará o fornecimento de medicamentos aos pacientes pela CASC/PGE.

4.6. Acordo firmado com o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

A Procuradoria-Geral do Estado identificou em uma de suas especializadas, que grande parte das demandas envolviam processos relacionados à responsabilidade do Estado em arcar com os honorários periciais dos processos em que uma das partes era beneficiária da justiça gratuita.

Esse problema foi apresentado pela PGE/MS ao Governador do Estado, bem como o direcionamento jurídico para sua resolução de forma consensual, o que foi prontamente aceito.

Mais uma vez a interlocução entre os poderes se fez presente e com o intuito de se promover a

46 visando a formalização de acordos administrativos na área da Saúde, junto à Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (Casc/PGE).

47 visando a formalização de acordos administrativos na área de saúde com intuito de evitar a judicialização do caso ou buscar a conciliação em ações judiciais já em curso, para as situações definidas em Resolução Conjunta da PGE e da SES.

48 http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-PGE-SES--002-2019-CASC.pdf. Consulta em 31/07/2021.

49 https://www.pge.ms.gov.br/atendimento-da-casc-surpreende-populacao-assistida/. Consulta em 31/07/2021.

contínua melhora da prestação jurisdicional, desburocratizar e agilizar a tramitação dos processos judiciais, foi firmado acordo entre o Estado e o Tribunal de Justiça[50], dispensando a intimação e manifestação dos Procuradores do Estado nos autos judiciais em que são arbitrados honorários periciais em valores que não excedem o previsto na Resolução CNJ nº 232/2016[51].

E não é só, o acordo ainda prevê que nesses casos, quando o valor dos honorários periciais enquadrar-se como pequeno valor e a parte beneficiária da assistência judiciária gratuita (AJG) restar vencida com trânsito em julgado, deverá o juiz do processo, independentemente de pedido de cumprimento de sentença e intimação do Procurador do Estado, expedir requisição de pequeno valor.

Com esse acordo, todos ganham: i) Estado: cumprimento de sua obrigação legal de arcar com honorários periciais quando o beneficiário da justiça gratuita for sucumbente na ação, aliado à economia com a menor movimentação da máquina administrativa; ii) Tribunal de Justiça: economia com a menor movimentação da máquina judicial; iii) perito: que receberá seus honorários com mais agilidade e menos burocracia e iv) jurisdicionado: que terá agilidade na tramitação de seu processo.

A adoção dessa importante medida vai ao encontro da consensualidade, garantindo o efetivo cumprimento dos princípios constitucionais da confiança recíproca, economicidade, eficiência, celeridade, sustentabilidade e dignidade.

4.7. Resolução administrativa – Indenização de licença-prêmio não gozada

Diversos servidores que possuíam direito ao recebimento de licença-prêmio/especial não gozada judicializaram a questão.

Após análise jurídica pela PGE/MS, foi orientado ao Governador do Estado e à Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização que a melhor solução seria a realização de acordo, com o reconhecimento pelo Estado do direito do servidor, deixando-o satisfeito e evitando o desgaste do ajuizamento de novas ações, o que foi acolhido.

Por meio da Procuradora do Estado da Coordenadoria Jurídica da PGE/MS na Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização, Doriane Gomes Chamorro, foram realizados 105 acordos.

Doriane relatou que como "*motivador para a realização desses acordos foi a expectativa de redução de demanda judicial daquele assunto. Por outro lado, a parte receberia de uma só vez o saldo remanescente da indenização, o que certamente poderia ajudar a resolver suas questões financeiras.*"

Além disso, Doriane afirmou que ficou muito satisfeita com a mudança de postura da gestão, "melhor para o Estado e melhor para o servidor".

Com a finalidade de resolver definitivamente a questão, já foi apresentada pela PGE/MS e autorizada pelo Governado do Estado, a realização de acordo nas ações judiciais em curso sobre o tema, cujos procedimentos estão em andamento.

50 https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/Termo-Acordo-Estado-e-TJMS_honor-rios-periciais-assinado-1.pdf. Consulta em 31/07/2021

51 https://atos.cnj.jus.br/files/compilado172202202007065f035dba6140b.pdf. Consulta em 31/07/2021

4.8. Capacitação de Procuradores do Estado

Para impulsionar a utilização dos meios adequados de solução de conflitos no âmbito da PGE/MS, foi disponibilizada no ano de 2020, a capacitação de 11(onze) Procuradores do Estado na área, por meio do custeio da Pós-Graduação de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Instituto para o desenvolvimento democrático-Idde.

Essa capacitação proporciona conhecimento, aperfeiçoamento das técnicas de negociação, abre horizontes, motivando esses servidores a saírem da zona de conforto, com aplicação na prática de seus estudos, além de serem multiplicadores de conhecimento dentro da instituição.

4.9. Comitê Gestor Colaborativo

Sem dúvida, um dos pontos mais sensíveis de uma instituição é a comunicação. Muitas vezes, nem as pessoas de um determinado setor se comunicam, trocam ideias e experiências.

Essa situação é agravada quando se leva em conta pessoas de setores diversos. São um mundo à parte.

A instituição é una, as divisões são necessárias para uma melhor organização das tarefas e essas tarefas são concatenadas, de forma que sem comunicação e integração, nada flui bem.

E com esse objetivo, de melhorar a integração entre os setores da PGE/MS, foi criado, por meio da Resolução PGE/MS/Nº 315, de 26 de fevereiro de 2021[52], o Comitê Gestor Colaborativo, um órgão colegiado de natureza consultiva, e que tem por finalidade assessorar o Procurador-Geral do Estado, garantindo que a tomada de decisão e a sua implementação leve em consideração os interesses do conjunto das unidades da Procuradoria.

O primeiro produto elaborado e discutido pelos membros do Comitê foi o estabelecimento do sistema de incentivo à procedimentalização de tratamento das demandas repetitivas, por meio da Resolução PGE/MS/Nº 334/, de 26 de julho de 2021[53].

Além de possibilitar a uniformização das manifestações jurídicas nas demandas repetitivas, referido sistema tem como objetivo *"identificar situações que demandem ações preventivas, corretivas e de diálogo entre os órgãos, para que seja aplicada a melhor técnica para solucionar ou evitar o conflito"*.

Essa medida reforça ainda mais que a PGE/MS prima pelo diálogo institucional, prevenção e solução adequada dos conflitos.

4.10. Adequação orçamentária

Uma das dificuldades vivenciadas para a implementação de acordos na via administrativa, que resultem em encargo econômico para o Estado, é a falta de orçamento específico para essa finalidade, o que

52 https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/Resolucao-315-Comite-Gestor-Colaborativo-final.pdf. Acesso em 31/07/2021.

53 Resolucao-334-2021-Demandas-repetitivas.pdf (pge.ms.gov.br). Acesso em 31/07/2021.

acaba por desestimular essa prática.

No âmbito da PGE/MS, existe na Lei Orçamentária Anual a unidade orçamentária "conciliação e solução de conflitos", o que já é uma grande conquista. Porém, o valor destinado para referida unidade era de apenas R$ 2.000,00[54].

Por meio da boa gestão da PGE/MS, houve uma suplementação orçamentária para a unidade "conciliação e solução de conflitos"[55], no importe de R$ 3.000.000,00, o que corresponde a um aumento de 150.000%, ou seja, o Estado, por acreditar no bom trabalho desenvolvido pela PGE/MS para solução adequada dos conflitos, passou a dar condições financeiras para sua realização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mudanças requer esforço, planejamento, engajamento, busca pela realização de algo que se acredita ser o melhor e que proporcione realização.

A crise oriunda da COVID-19 foi capaz de desmistificar muitos dogmas. A necessidade de se utilizar meios de trabalho antes vistos com maus olhos, como *home office*, reuniões e audiências *on line*, veio de forma abrupta, sem escolhas, mas deixou como legado a certeza de que esses meios funcionam e, em muitos casos, são mais adequados que os métodos considerados únicos e tradicionais.

Nenhum exército ganha uma batalha se não houver um líder que bem conduza os soldados e se não houver uma boa integração e comunicação entre eles.

Da mesma forma, é necessário que a direção do órgão jurídico do Estado conduza seu time para o caminho da pacificação e esse time fortalecido, conduza o restante da administração pública para trilhar o mesmo caminho.

"Boas leis não bastam: é necessário um bom Direito, construído por todos os seus operadores[56]."

E que esse momento especial de rompimento de barreiras seja também aplicado efetivamente aos métodos adequados de solução de conflitos na esfera pública, com um bom Direito construído para a promoção da pacificação social e o devido cumprimento do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASPERT, Maria Cecília de Araújo. A mediação e a conciliação de demandas repetitivas. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03/06/2021.

54 https://www.sefaz.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/LOA-2021-Download-2.pdf. p.178. Acesso em 05/08/2021.

55 https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO10515_21_05_2021. p.2. Acesso em 05/08/2021.

56 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Parte I. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *In:* SOUZA, Luciane Moessa de; GUEDES, Jefferson Carús (Coord.). *Advocacia de Estado*: Questões Institucionais para A Construção de Um Estado de Justiça — Estudos em Homenagem A Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pg.34. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1200/1231/7722. Acesso em: 24/07/2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda Constitucional nº 45, de 2004-Exposição de Motivos**. Disponível em: Portal da Câmara dos Deputados (https://www.camara.leg.br/). Acesso em 11/08/2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/compilado215055202105076095b-63fb50ad.pdf. Acesso em 11/08/2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado--em-25-08-2020.pdf. Acesso em 21/07/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Março, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 11/08/2021.

BRASIL. Lei nº 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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, Junho, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 11/08/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ribeiro Dantas. **RHC 84.633/RJ**. Julgado em 14/09/2017, DJe 22/09/2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio. Acesso em 02/08/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4843 MC-ED-REF / PB**. Relator Min. Ministro Celso de Mello. Julgado em 11/12/2014, Processo Eletrônico DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em 31/07/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 165 Acordo**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 01/03/2018, Acórdão Eletrônico DJe-080 DIVULG 31-03-2020. PUBLIC 01-04-2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em 31/07/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 6292**. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 29/06/2020, Processo Eletrônico DJe-208 DIVULG 20-08-2020 PUBLIC 21-08-2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em 25/06/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 709 MC-Ref**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgado em 05/08/2020, processo eletrônico DJe-244 DIVULG 06-10-2020 PUBLIC 07-10-2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em 31/07/2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Um decálogo para a advocacia pública. *In:* MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (Coord.). *Advocacia Pública Contemporânea*: Desafios da Defesa do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2817/2926/20876. Acesso em: 24 jul. 2021.

CANOTILHO, José Joaquin Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina:1992. apud Ricardo Lewandowski no julgamento do Recurso Extraordinário n. 592.581/RS, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

CARVALHO, Mayra. **O diálogo como ferramenta para "fazer as pazes": uma introdução à comunicação não violenta e aos compromissos toltecas**. Academia.edu, 2021. Disponível em: https://mayaracarvalho.academia.edu/research. Acesso em 04/08/2021.

FISHER, Roger; PATTON, Bruce & URY, Willian. **Como chegar ao sim: Como negociar acordos sem fazer concessões**. Rio de Janeiro, 2018; Editora Sextante.

HAEBERLIN. Mártin. **Uma teoria do interesse público**: **Fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017.

HEINEN. Juliano. Interesse Público: premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos. Salvador: JusPodivm, 2018.

JESUS, Karla Tatiane de. **Governo do Estado alcança economia de R$ 43 milhões em pagamentos de precatórios**. Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, 2021. Disponível em: https://www.pge.ms.gov.br/governo-do-estado-alcanca-economia-de-r-43-milhoes-em-pagamentos-de-precatorios/. Consulta em 30/07/2021.

JESUS, Karla Tatiane de. **Atendimento da Casc surpreende população assistida**. Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, 2020. Disponível em: https://www.pge.ms.gov.br/atendimento-da-casc-surpreende-populacao-assistida/. Consulta em 31/07/2021.

MATO GROSSO DO SUL (Estado). Lei Complementar nº 95, de 26 de dezembro de 2001. **Dispõe sobre a organização da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul e o estatuto da carreira de seus membros, e dá outras providências**. Disponível em:http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/66ecc3cfb53d53ff04256b140049444b/99c7b4e15e02a88504256bfd0066cc-c7?OpenDocument&Highlight=2,95. Acesso em 11/08/2021.

MATO GROSSO DO SUL (Estado). **Decreto nº 14.894, de 20 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre a realização de acordo direto para pagamento de precatórios, nos termos do inciso III do § 8º do art. 97 e do parágrafo único do art. 102, ambos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, introduzidos, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nº 62, de 9 de dezembro de 2009, e nº 94, de 15 de dezembro de 2016. Disponível em: http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/fd8600de8a55c7fc04256b210079ce25/579b64a7a1b876f6042581fd0041036b?OpenDocument&Highlight=2,14.894. Consulta em 30/07/2021.

MATO GROSSO DO SUL (Estado). **Lei nº 5.618, de 17 de dezembro de 2020**. Estima a receita e fixa a despesa do Estado para o exercício financeiro de 2021. Disponível em: https://www.sefaz.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/LOA-2021-Download-2.pdf. Acesso em 31/07/2021.

MATO GROSSO DO SUL (Estado). **Decreto "O" nº 053/2021, de 20 de maio de 2021**. Abre crédito suplementar à(s) Unidade(s) Orçamentária(s) que menciona e dá outras providências. Disponível em: https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO10515_21_05_2021. Acesso em 31/07/2021.

MATO GROSSO DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. **Resolução PGE/MS/Nº 194, de 23 de abril de 2010**. Aprova o Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado. Campo Grande, MS, 2010. Disponível em: https://www.pge.ms.gov.br/legislacao/regimento-interno/. Consulta em 27/07/2021.

MATO GROSSO DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. **Resolução PGE/MS/Nº 242, de 30 de junho de 2017**. Cria a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos no Âmbito da Procuradoria-Geral do Estado. Campo Grande, MS, 2017. Disponível em: http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/Resolu%C3%A7%C3%A3o-242-cria-camara-de-solu%C3%A7%C3%A3o-de-litigios-na-pge.pdf. Consulta em 11/08/2021.

MATO GROSSO DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. **EDITAL/CASC/PGE/MS/N.º 001, DE 18 DE JUNHO DE 2018**. Divulga a abertura de procedimento junto à Câmara Administrativa de Solução de Conflitos da Procuradoria-Geral do Estado – CASC/PGE para apresentação de pedidos de acordo direto em precatórios, nos termos do art. 97, § 8º, inciso III e do art. 102, parágrafo único do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em: https://www.spdo.ms.gov.br/diario-doe/Index/PaginaDocumento/45228/?Pagina=23. Consulta em 11/08/2021.

MATO GROSSO DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. **Resolução PGE/MS/Nº 266, de 24 de setembro de 2019**. Delega competência aos Procuradores-Chefes e Coordenadores, nos termos que especifica. Campo Grande, MS, 2019. Disponível em: http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2019/09/Resolu%C3%A7%C3%A3o-266-Delega-competencia-chefias-especializadas-1.pdf. Consulta em 24/07/2021.

MATO GROSSO DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. **Resolução Conjunta PGE/SES/Nº 002, de 7 de outubro de 2019**. Regulamenta as hipóteses que serão objeto de análise e conciliação junto à Câmara Administrativa de Solução de Conflitos – CASC/PGE na área da saúde. Campo Grande, MS, 2019. Disponível em: http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta--PGE-SES-002-2019-CASC.pdf. Acesso em 31/07/2021.

MATO GROSSO DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. **Resolução PGE/MS/Nº 315, de 26 de fevereiro de 2021**. Dispõe sobre a criação do Comitê Gestor Colaborativo no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado. Campo Grande, MS, 2021. Disponível em: EXMO SR (pge.ms.gov.br). Acesso em 31/07/2021.

MATO GROSSO DO SUL. Procuradoria-Geral do Estado. **Resolução PGE/MS/Nº 334, de 26 de julho de 2021.** Dispõe sobre o sistema de incentivo à procedimentalização de tratamento das demandas repetitivas. Campo Grande, MS, 2021. Disponível em: https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/Resolucao-334-2021-Demandas-repetitivas.pdf. Acesso em: 11 de agosto de 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. In: A investida radical e obsessiva contra a crise numérica dos processos. **São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-Book.** ISBN: 978-85-203-6375-1. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library. Acesso em: 11/08/2021.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **A Profissionalização e a exclusividade da advocacia pública**. *In*: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (Coord.). *Advocacia Pública Contemporânea:* Desafios da Defesa do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2817/2926/20877. Acesso em: 27 jul. 2021.

MOREIRA NETO, D. DE F. Uma nova administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, v.

220, p. 179-182, 1 abr. 2000. Disponível em: https://doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47533. Acesso em 28/07/2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Parte I. **A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito**. *In:* SOUZA, Luciane Moessa de; GUEDES, Jefferson Carús (Coord.). *Advocacia de Estado*: Questões Institucionais para A Construção de Um Estado de Justiça — Estudos em Homenagem A Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1200/1231/7722. Acesso em: 24 jul. 2021.

RIBEIRO NARDES, João Augusto. **Governança Pública: o desafio do Brasil**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ROSENBERG. Marshall B. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. [tradução Mário Vilela]. - São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. Revista dos Tribunais. 1ª edição, 2020.

SCHWELLA, Erwin. **Inovação no governo e no setor público: desafios e implicações para a liderança**. Revista do Servidor Público. Brasília 56(3) 259-276. Jul/Set 2005. Disponível em: https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/229/234. Acesso em: 24/07/2021.

VIANA, Ulisses Schwarz. Advocacia de estado: perspectivas a partir da teoria dos sistemas . *Revista Brasileira de Advocacia Pública - RBAP*, ano 6, n. 4, jan./ jun. 2017. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/154/20911/34372.

WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ÁVILA, Henrique. **Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA UM NOVO PARADIGMA PRINCIPIOLÓGICO

***Luiza Iara Borges Daniel*[1]**

***Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares*[2]**

RESUMO

O artigo analisa a solução pacífica dos conflitos na Administração Pública. Inicialmente, examina como o bem-estar social está atrelado ao desenvolvimento de uma Administração consensual e os efeitos benéficos da consensualidade para indivíduos, sociedade e Administração Pública, contribuindo para sua evolução. Em seguida, revisitam-se os princípios da legalidade, indisponibilidade e supremacia do interesse público propondo uma leitura a partir de suas próprias realidades, superando eventuais óbices à autocomposição administrativa. Por fim, analisa o papel da advocacia pública na autocomposição dos conflitos e aponta alguns caminhos possíveis para a transposição das dificuldades para a efetiva implantação da consensualidade na Administração Pública.

Palavras-chave: Bem-estar social; Administração consensual; princípio da legalidade; interesse público; advocacia pública.

INTRODUÇÃO

Há um tempo em que é preciso
Abandonar as roupas usadas
Que já tem a forma do nosso corpo
E esquecer os caminhos que
Nos levam sempre aos mesmos lugares.
É o tempo da travessia
E se não ousarmos fazê-la
Teremos ficados sempre
À margem de nós mesmos.
Tempo de Travessia – Fernando Pessoa

1 Procuradora do Estado lotada na Procuradoria de Assuntos Administrativos da Procuradoria-Geral do Estado.

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis.

O ordenamento jurídico brasileiro tem passado nos últimos tempos por uma intensa produção legislativa no sentido de regulamentar as hipóteses de autocomposição de conflitos chegando até a Administração Pública que figura em boa parte das demandas em trâmite no Poder Judiciário.

Não obstante a avalanche de processos que se acumulam no Judiciário, a necessária busca da consensualidade no âmbito do Administração Pública tem raízes mais profundas que se assentam no verdadeiro papel do Estado (*lato sensu*) perante a sociedade que representa e nas funções que lhe são acometidas para a consecução de seu fim.

A interpretação dos princípios basilares do direito público que regem a atividade administrativa, a exemplo do princípio da legalidade e os dos atinentes ao interesse público, a partir de suas próprias realidades autorizará senão determinará o uso de métodos de solução pacífica dos conflitos na Administração Pública quando eleitos como a melhor opção para o tratamento adequado dos conflitos num determinado caso concreto.

Nesse cenário de inovações, a advocacia pública, com seu mister constitucional de garantir a orientação jurídica do ente público que representa, terá um relevante papel para quebrar os velhos paradigmas já empoeirados e partir para a efetiva implementação da política da consensualidade na Administração Pública na perspectiva de uma evolução não somente jurídica, mas cultural de nossa sociedade.

1. Evolução da sociedade e da Administração Pública: o caminho da solução pacífica dos conflitos.

A compreensão do conceito da *finalidade do Estado* (*lato sensu*) sedimenta a base na qual se justifica a atuação do Poder Público nas suas mais variadas facetas, tais como, na garantia de direitos (fundamentais, sociais, difusos, coletivos), na prestação de serviço público, na promoção de políticas públicas, nas parcerias com a sociedade, no exercício da atividade econômica constitucionalmente permitida (art. 173, *caput*, CF) e no gerenciamento de sua atividade administrativa instrumental a toda a atuação pública *etc*.

Tradicionalmente, tem-se que a finalidade do Estado, como sociedade politicamente organizada, é a realização do *bem-estar coletivo* como consequência, inclusive, do desenvolvimento da personalidade de seus indivíduos que integram o componente de seu povo, consoante escólio do i. jurista Dalmo de Abreu Dallari[3]:

> O problema da finalidade do Estado é de grande importância prática, sendo impossível chegar-se a uma ideia completa de Estado sem ter consciência de seus fins. […] Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum [...] ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. Mas se essa mesma finalidade foi atribuída à sociedade humana no seu todo, não há diferença entre ela e o Estado? Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: este busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo.

Sobreleva entender que, também, permeado por esse substrato de um ideal maior do Estado

3 Elementos de Teoria Geral do Estado. 30.ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 107/112.

que a Constituição Federal de 1988 conferiu à Administração Pública[4] *status* constitucional, destacando-a a cumprir seu papel na prestação de serviços públicos, ladeada pelo Governo a quem compete a definição das escolhas políticas. Dentro de um conceito amplo de Estado, a Administração Pública compõe, assim, o viés funcional e gerencial das diversas atividades por ele exercidas.

Sucedeu-se, então, o reforço das normas constitucionais sobre a atuação da Administração Pública decorrente de um movimento que a doutrina moderna vem conceituando como *constitucionalização do direito administrativo*, deslocando o Estado de sua posição tradicional como eixo central do constitucionalismo para os particulares.

Diogo Figueiredo Moreira Neto[5], ao nominar o fenômeno de *estatocentrismo* para *antropocentrismo constitucional*, rememora que tal transformação, ainda em curso, ocorre como uma reação aos impactos causados pelas grandes catástrofes da humanidade ocorridas por todo o século XX, como as terríveis Guerras Mundiais, a Guerra Fria, a extinção da União Soviética, nas quais houve uma deturpação dos interesses do Estado sobrepondo-os a interesses assentados pelo humanismo renascentista e em detrimento a valores relacionados à vida e à dignidade da pessoa humana.[6]

Assim, a *constitucionalização do Direito Administrativo* ao trazer o indivíduo para o centro da atividade estatal impõe à Administração Pública um retorno aos valores e princípios de sua base de formação a fim de garantir o cumprimento de seu mister constitucional que é o devido gerenciamento da função executiva dos Poderes do Estado para atendimento do bem comum.

É dizer que a Administração Pública deixa de estar centrada em seus próprios dilemas e passa a se comprometer cada vez mais com o indivíduo e a sociedade que ele compõe, *e que são o seu foco*, trilhando no caminho de uma ordem constitucional democrática, humanitária, participativa e cidadã em sua essência.

A Administração Pública é impulsionada, então, a uma nova forma de administrar na busca desse bem comum para o indivíduo e a sociedade que são, de fato, o seu centro. Alinha sua atuação agora calcada na participação ativa desses indivíduos e dessa sociedade que é chamada a colaborar com as ações estatais definindo o rumo das escolhas públicas mais eficazes em seus resultados.

4 Nesse sentido, a Prof.ª Odete Medauar conceitua Administração Pública, em seu aspecto funcional como um "... conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo. Nesse enfoque, predomina a visão de uma estrutura ou aparelhamento articulado, destinado à realização de tais atividades." E traça suas diferenças com o conceito de governo: "Este tem a ver com a tomada de decisões fundamentais à vida da coletividade, com vistas até ao seu futuro; Administração significa realizar tarefas cotidianas e simples. Também se diz que o governo é dotado de função primordialmente política e fixa as diretrizes da vida associada, cabendo à Administração a tarefa de simples cumprimento de tais diretrizes;". In Direito Administrativo Moderno. 22.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 42/45. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1553. Acesso em: 22 jul. 2021.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Constitucionalização do Direito Administrativo. Revista da Procuradoria-geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF, ano 10, n. 2, jan./ dez. 2012. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/173/20869/33623. Acesso em: 22 jul. 2021.

6 Luis Roberto Barroso preleciona acerca dos efeitos que tais movimentos históricos e sociais irradiaram sob o âmbito jurídico, o que passou a ser conhecido como neoconstitucionalismo:
"O novo Direito Constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.". ("A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo." In Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas, 2.ª ed., coord. Alexandre Santos de Aragão & Floriano de Azevedo Marques Neto, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 56. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1447. Acesso em: 22 jul. 2021).

Ou seja, o Poder Público não se basta por si só, requer aproximação do particular, democratização de sua conduta, demandando de si e de seus administrados uma postura dialógica, negocial, para a consecução de seu mister constitucional.

Nesse enfoque, ganha relevo na doutrina conceitos como *Governança* e *Administração consensual* permeados por uma modificação desse papel do Estado, antes titular de um insofismável poder de império para um Estado garantidor dos direitos fundamentais e do bem-estar coletivo.

Yrene Patrícia Nohara[7] ensina que a preocupação com o tema da governança teve início no Brasil com a Reforma Administrativa na década de 90 da qual resultou a positivação da *eficiência* no rol dos princípios da Administração Pública conforme Emenda Constitucional n.º 18/98.

Destaca que o sentido da *governança* traria uma desejada atuação célere e eficiente da Administração Pública dentro das balizas estabelecidas pelo ordenamento jurídico, causando paulatinamente uma adaptação dos institutos do direito administrativo à nova forma de gestão do Poder Público.

Pretende-se, pois, com a governança gerir a real necessidade apresentada pela sociedade governada, do que se deflui a concretização de soluções eficazes e satisfatórias ao atendimento do interesse público administrado. Sua dinâmica impõe uma proximidade com o administrado, uma atuação dialógica na busca de uma resposta mais profícua ao problema apresentado.

Nesse diapasão, o jurista Rodrigo Pironti Aguirre de Castro[8] bem ilustra o entendimento aqui esposado:

> A expressão governança quer significar administrar pelo diálogo, pelo consenso, pela orientação decisória dirigida em uma arena pública (mas nem tanto), capaz de detectar materialmente as reais necessidades sociais e aplicá-las em um contexto de eficiência, satisfação e felicidade, estabelecendo-se um "governo relacional", que tem por finalidade:
>
> > A construção do desenvolvimento humano de forma compartilhada com a sociedade civil e cujo modo específico de governar é o que denominamos governança democrática. Como já assinalamos reiteradamente, sempre existiu a governança entendida, simplesmente, como gestão das interdependências ou das relações entre o governo e os atores e setores da cidadania. Isto, porém, de maneira altamente residual e condicionada por outras funções e dimensões que serviram de eixo estruturador da ação de governo. A novidade, a mudança de paradigma, está no fato de que a governança torna-se o modo próprio do governo relacional. E este modo de governar, que se baseia e se estrutura a partir da gestão relacional ou das interdependências, deixa de ser residual para ser o modo principal ou estruturante do governo.

E é dentro desse mesmo contexto que Gustavo Justino de Oliveira e Cristiana Schwanka[9] vislumbram a *Administração Consensual* como a nova face da Administração Pública no século XXI que *"... contrastaria com a Administração pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade*.".

7 "Governança pública e gestão de riscos: transformações no Direito administrativo." *In: Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção: Integridade para o Desenvolvimento*, coord. Marco Aurélio Borges de Paula & Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 399/401. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1550/4204/26736. Acesso em: 22 jul. 2021.

8 O modelo de Estado Gerencial: rótulo x cultura administrativa – por um Estado não esquizofrênico e responsável. *Interesse Público - IP*, ano 22, n. 97, p. 227/228, maio/ jun. 2016. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21399/51256. Acesso em: 23 jul. 2021.

9 A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*, ano 24, n. 32, p. 37, abr./ jun. 2008. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/69/492. Acesso em: 23 jul. 2021.

No escólio dos juristas a orientação advinda da Administração Consensual sinaliza um novo rumo da Administração Pública que passa a valorizar e privilegiar um novo modelo de gestão agora baseado em *associação*, *coordenação, cooperação, colaboração, e nas diversas formas de solução pacífica dos conflitos como acordo, negociação, conciliação, transação etc,* e que estabelecerá, assim, vínculos contínuos com a sociedade como forma de melhor consecução de suas finalidades voltadas ao atendimento do bem comum.

Sobre a atual relevância do papel do consenso para melhor tratativa das relações entre particulares e a Administração Pública consigna a i. Prof.ª Odete Medauar[10]:

> ... passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. [...]. A administração volta-se para coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Conclui-se, assim, que a Administração Pública ao longo de sua trajetória na gestão da coisa pública, impulsionada pelos movimentos eclodidos das próprias necessidades sociais, evolui democratizando sua forma de atuação para atendimento do bem-estar coletivo por meio de prévios e necessários processos de negociação nos quais as bases de um eventual ajuste ou cooperação a ser firmado serão discutidas11.

Sob o outro vértice, importante asseverar que tal resultado almejado requer, também, uma participação ativa da sociedade e do particular chamado à negociação na busca do atendimento da meta ideal, provocando uma expansão da consciência individual e social na medida em que favorece a autodeterminação que impõe a cada um a responsabilidade pela tomada da decisão mais profícua para a solução do conflito.

A interação proveniente do diálogo entre as partes do conflito na busca da consensualidade ocasiona, também, uma vantagem ainda mais profunda, qual seja, as partes terão uma melhor compreensão da origem e da evolução dos conflitos de interesses que comumente fazem parte das relações jurídicas, seja no âmbito da Administração Pública, nas relações de trabalho, empresariais, pessoais, familiares, sociais, etc.

Dessa forma, na continuidade de suas relações jurídicas, futuramente, as partes terão melhores condições para antever e evitar o surgimento de novos conflitos ou, ainda, poderem frear conflitos ou conduzir de uma forma mais proveitosa ou apropriada a todos a evolução de conflitos inevitáveis por meio do aprendizado quanto à percepção da necessária atenção ao real interesse de cada uma das partes da relação12 e, na via contrária, da boa-fé e lealdade quanto à assunção de suas factíveis responsabilidades.

10 *O direito administrativo em evolução*. 2.ª edição. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 211.

11 "Associa-se, agora, a nova fase da Administração Pública à gestão desprovida da suprema tônica impositiva e voltada à conquista do convencimento, vendo no consensualismo a chave explicativa da evolução e transformação por que passa a Administração Pública, cuja forma de atuar gradativamente assimila as referências do acordo, da negociação, da coordenação, da colaboração, da cooperação, de modo que a eficácia e a legitimidade da atuação pública decorram da qualidade da interação entre setor público, privado e terceiro setor, em relações menos verticalizadas e mais horizontais, com compartilhamento do poder, concertação e contratualização, acordos, conciliação e transação administrativos.". (UNGARO, Gustavo Gonçalves. Democracia administrativa: transparência e participação. *In*: *Direito, Instituições e Políticas Públicas – O Papel do Jusidealista na Formação do Estado*. coord. Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho *et al*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 102.)

12 A apreensão do real interesse de cada uma das partes envolvidas em conflitos resulta da técnica da escuta ativa desenvolvida pelo método da Comunicação não violenta do psicólogo norte americano Marshall Roserberg.

Nesse ponto, válida a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[13]:

> No passado, o único limite que atuava era o moral, inspirado pelo sentimento religioso. Com o Estado de Direito, surgiu o limite da legalidade, estabelecido pela lei. Com o Estado Democrático, de feição pluriclasse, afirma-se o limite da legitimidade, dependente do consenso sócio-político.
>
> De um lado assim, as barreiras da ordem jurídica, postas pelos padrões da lei, e, de outro, as da vontade popular, impostas, se possível, permanentemente, através da participação política. Estava feita a distinção entre a democracia clássica, voltada à escolha dos governantes, e a democracia emergente deste final de século XX, voltada à escolha de como se quer ser governado.
>
> Essa segunda forma de participação se vai adensando nos diferentes países: tanto materialmente, conforme seu grau de amadurecimento democrático, como formalmente, na medida em que se multiplicam os instrumentos de coordenação operativa entre sociedade e Estado (associações e parcerias), na linha da consensualidade.
>
> A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência), propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

E, nesse sentido, também, as vantagens da consensualidade no âmbito da Administração Pública podem incutir definitivamente na forma de administrar e na gestão das relações jurídicas travadas com o Poder Público prevenindo e solvendo litígios de maneira mais eficaz e primando, ao final, pela evolução da própria atividade administrativa[14].

Assim, a evolução dos conceitos de consensualidade a serem aplicados na sociedade e na Administração Pública aptos a viabilizar, na prática, sua efetiva implementação impulsiona, por conseguinte, a uma mudança ainda maior, de gênero comportamental das próprias partes em conflito na direção de uma sociedade mais evoluída.

2. O princípio da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular: uma releitura ou uma ressignificação?

Costumeiramente, a preocupação da Administração Pública em participar de métodos de solução pacífica de conflitos, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial, estava basicamente relacionada a antigos dogmas do direito administrativo, como (1) princípio da legalidade; (2) indisponibilidade do interesse público; e (3) supremacia do interesse público sobre o particular.

No entanto, a real percepção da abrangência de tais institutos jurídicos apenas reforça o enten-

13 Mutações do direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

14 "...Assim como um acidente tem o potencial de alterar o comportamento futuro do causador do dano, os protocolos de conduta da Administração podem ser alterados a partir da visão transformadora dos conflitos de que seja parte.

Isso leva à ideia de transformação dos conflitos com a Administração Pública. Nessa perspectiva, o conflito não é visto como algo negativo a ser eliminado, mas como uma oportunidade de mudança positiva da realidade. Segundo John Paul Lederach, a transformação do conflito envolve o engajamento em esforços de mudança construtiva que não apenas incluem a resolução de problemas específicos e pontuais, mas vão além disso.17 Em geral, os conflitos com a Administração são tratados apenas como casos específicos a serem eliminados. Com o aprimoramento do uso dos meios consensuais com o Poder Público, vislumbra-se a possibilidade de os episódios conflituosos servirem como oportunidade de alteração do comportamento estrutural da Administração. Com isso, o erro passado pode levar ao acerto futuro. A solução consensual do interesse público, ao buscar resolver conflitos atuais, pode levar à prevenção de problemas futuros. E a prevenção dos conflitos é a forma mais eficiente para a atuação da Administração.". (WATANABE, Kazuo; SANTANA, Daldice; TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual do interesse público. *In:* MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). *Democracia e Sistema de Justiça*: Obra em Homenagem Aos 10 Anos do Ministro Dias Toffoli No Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 352. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4000/4154/25715. Acesso em: 11 ago. 2021)

dimento não somente da viabilidade, mas, também, da necessidade de se valorar as técnicas alternativas de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública, conferindo a cada caso concreto o tratamento mais adequado ao atingimento da finalidade pública perseguida.

Nesse sentido, rememora-se, de início, que o *princípio da legalidade* tem sede no art. 37, *caput*, da Constituição Federal[15] e estabelece, em suma, que a Administração Pública deve atuar somente conforme a lei e dentro de seus limites, não se admitindo, portanto, atuação *extra*, *ultra* ou *contra legem*.

A doutrina contemporânea evoluiu o conceito de legalidade para *juridicidade* na construção de uma ideia de uma Administração Pública vinculada não apenas aos preceitos da lei determinante, mas sim a todo o Direito, o que incluiria as regras e princípios previstos na Constituição Federal.

E no aspecto da legalidade, atualmente, diversos diplomas normativos, em número cada vez mais crescente, prevêem expressamente a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos envolvendo atividades da Administração Pública[16].

Possível concluir, pois, que a lei não somente autoriza como, na verdade, determina a tentativa de composição consensual de conflitos no âmbito da Administração Pública[17].

Sob outro viés atrelado ao princípio da legalidade e dentro da análise ora pretendida, deve ser enfatizado que ao Poder Público, a quem o ordenamento jurídico impõe uma série de obrigações aptas a assegurar ora a própria Administração e ora a realização de políticas públicas - *sempre no intuito de resguardar o bem-estar coletivo* - compete o dever de zelar pelo cumprimento efetivo de tais cominações legais com vista ao interesse público.

É dizer que o que lhe é imposto por meio de lei é devido ao particular ou à sociedade dentro da relação jurídica que consequentemente se forma no seio social entre Administração Pública e administrado.

Cabe aqui destacar, para a devida compreensão, que a entabulação de acordos (sentido *lato*) pressupõe, em tese, que ambas as partes signatárias têm direito albergado na lei e fazem *concessões mútuas* ou *somam suas atuações* para compor um conflito existente ou propor uma ação conjunta.

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

16 Pode-se citar: os termos de ajustamento de conduta (TAC) do art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Ação Civil Pública); art. 53 da Lei Federal n.º 8.884/94 (compromisso de cessação de prática sob investigação no CADE); art. 23, XV e 23-A da Lei n. 8.987/95 (concessões e permissões de serviço público); Lei n.º 9.3017, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997 (acordos ou transações no âmbito da Administração Pública Federal); art. 16 da Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013 (acordo de leniência na Lei Anticorrupção); arts. 3.º, 6.º, 174 e 175 da Lei n.º 13.105/15 (Código de Processo Civil); Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação); art. 26 da LINDB, acrescentado pela Lei nº 13.655/18; art. 10-A do Decreto-Lei n.º 3.365/41 incluído pela Lei n.º 13.867, de 26 de agosto de 2019 (Lei Geral das Desapropriações); art. 151 da Lei n.° 14.133, de 1.º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações).

No âmbito do Direito Regulatório, pode-se citar: art. 3°, V. da Lei n° 9.427, de 26 de dezembro de 1966 (Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL); art. 19, XVII, da Lei n° 9.472, de 16 de julho de 1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL); art. 20, 27, parágrafo único e 43, X da Lei n° 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Agência Nacional do Petróleo- ANP); art. 29, II, b, da Lei n° 10.223, de 6 de junho de 2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ).

17 Os juristas Kazuo Watanabe, Daldice Santana e Bruno Takahashi sustentam que, na verdade, o Poder Público pode realizar acordos, sem necessidade de lei expressa para tanto, uma vez que é a própria Constituição Federal quem os autoriza, seja por força de seu preâmbulo que declara que o povo brasileiro é comprometido, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, assim como pelos objetivos da República Federativa do Brasil na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I), bem como pelo princípio da solução pacífica dos conflitos que governa o país em suas relações internacionais (art. 4.º, VII) e que pode ser aplicado, também, ao âmbito interno. (Ibidem, p. 345).

À luz de tais entendimentos, é possível concluir que a inserção do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública e dentro dos propósitos aqui expressos, implica simplesmente em a mesma reconhecer suas obrigações legais, quando existentes, bem como os direitos e limites da parte oposta, ponderando e valorando a atuação de cada um na relação jurídica formada, a fim de em existindo conflito jurídico, procederem as partes às concessões mútuas cabíveis, no caso concreto, para propor uma equação que ponha fim à controvérsia sem que para isso devam se socorrer unicamente a uma decisão adjudicada pelo Poder Judiciário.

Os juristas Kazuo Watanabe, Daldice Santana e Bruno Takahashi[18] foram precisos ao enfrentar o tema:

> Em conformidade com o §6º do art. 37 da Constituição Federal, as "pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". **Esse dispositivo deixa evidente que, uma vez definida a sua responsabilidade pelo dano causado, o Poder Público tem o dever de solucionar os conflitos de que faça parte, independentemente de autorização superior ou de qualquer ordem judicial. Se a Administração tem certeza da sua responsabilidade, o importante é possuir critérios para solucionar o conflito.**
>
> **Esse dever está adstrito aos princípios previstos no caput do mesmo art. 37, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência** Observa-se, assim, que não há menção da forma ou do mecanismo a ser utilizado pela Administração na solução de conflitos, a significar que o tratamento não necessariamente deve decorrer de decisão adjudicatória. Em especial, **há diversos casos em que os princípios constitucionais, sobretudo o da eficiência, recomendam a utilização dos meios consensuais**. (grifei)

Nesse panorama, forçoso concluir que, em verdade, viola o princípio da legalidade, norteador basilar de um Estado de Direito, o combate por meio de teses fáticas ou jurídicas que desconsidere o direito da parte contrária, sejam essas partes, em qualquer dos polos da relação, entes públicos e/ou particulares.

A realidade fática e jurídica nos conduzirá indubitavelmente à assunção de nossas próprias responsabilidades legais.

É preciso, no entanto, que reste entrementes de dúvidas, que tal entendimento não significa sobremaneira ceder a ajustes com a parte contrária em todos os casos que lhe são postos e cujo direito invocado não encontra assento no ordenamento jurídico, pois nesse caso o agente público agiria *contra legem* e desalinhado da finalidade pública dos atos administrativos que lhe são acometidos, estando sujeito, por consequência, à eventual sanção imposta pelas normas que regem sua atuação.

Ao contrário, é imperioso destacar que a atuação consensual do Poder Público somente é admitida quando encontrar fundamento dentro do primado da legalidade ou juridicidade, tanto sob o ponto de vista jurídico de sua atuação quanto o ponto de vista jurídico do direito titularizado pela parte oposta.

Assim, é o entendimento do próprio ordenamento jurídico, seja por meio das normas constitucionais, seja por meio inovações legislativas autorizadoras de autocomposição no âmbito público, que rompe com a visão tradicional que impedia a resolução de conflitos pelo Poder Público a pretexto de uma visão estrita e limitada do próprio princípio da legalidade.

18 Idem, p. 344.

É preciso, pois, proceder a uma releitura do princípio da legalidade ou juridicidade a fim de buscar sua acepção em seu aspecto mais profundo, observando a lei e o direito, a fim de que o Poder Público cumpra o preceito legal sob o enfoque da finalidade da lei (interesse público) zelando, ainda, pelo direito do administrado, também resguardado pelo ordenamento jurídico, assumindo, cada um, portanto, eventuais falhas e omissões a fim de compor o direito quando necessário.

De outra parte, tem-se os princípios relacionados ao interesse público, quais sejam, a supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público que seriam, também, numa concepção rigorosa, óbices à entabulação de acordos pela Administração Pública.

Tal visão, no entanto, não é mais consentânea com a real atualidade da atividade administrativa, vejamos.

Tradicionalmente, interesse público corresponderia ao interesse de uma coletividade como um todo que transcenderia, portanto, aos meros interesses individuais para o fim de atingir necessidade ou utilidade de maior relevo refletidora de maiores benefícios ou valores gerados numa dada sociedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello[19], a propósito, leciona que o interesse público decorre das necessidades dos indivíduos enquanto componentes da sociedade, e não de *per si* considerados em suas singularidades:

> ... existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas -, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente **pessoal** destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os procederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras. [grifo do original]

É possível, pois, compreender que o interesse público corresponderia justamente aos próprios anseios sociais ou os gerais dos indivíduos enquanto integrantes de uma dada sociedade então levados a cabo pela representatividade do Estado[20].

Nessa toada, para que o Estado pudesse cumprir com o seu mister de proporcionar à coletividade que representa os anseios de que a mesma necessita, ou seja, o *bem-estar coletivo,* foi necessário que o ordenamento jurídico lhe conferisse determinadas prerrogativas em relação aos particulares, e que constituem sua principal característica, dentre elas, a *supremacia do interesse público sobre o particular*[21].

Tal prerrogativa, a que a doutrina eleva à categoria de princípio ante a carga valorativa da finalidade pública que a sustenta, enseja o entendimento de que em determinados momentos, havendo conflito de interesse público e interesse privado, haverá a prevalência do interesse público a fim de se privilegiar o

19 Curso de Direito Administrativo. 28.ª edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2011, p. 61.

20 Nesse sentido, Marçal Justen Filho: "O interesse público se perfaz com a satisfação de necessidades de segmentos da população, em um momento concreto, para realizar os valores fundamentais. O interesse público é o interesse da sociedade e da população, mas voltado à realização dos valores de mais elevada hierarquia" (Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, n. 26/1999. Ed. Malheiros: São Paulo, p. 129).

21 Classicamente, a doutrina brasileira concebeu os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público como conteúdo do nominado regime jurídico administrativo para a definição propriamente das bases em que se assentaria a ciência do Direito Administrativo.

grupo social como um todo e como condição para a existência, inclusive, da própria sociedade[22].

Ao lado do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular encontra-se o *princípio da indisponibilidade do interesse público* que significa, em suma, que a Administração não pode dispor de bens e interesses públicos porque não é a titular dos mesmos, age simplesmente em nome de terceiros, a sociedade, a qual lhe confia a guarda de tais bens para a realização de uma finalidade de interesse público.

Kazuo Watanabe, Daldice Santana e Bruno Takahashi[23] prelecionam que "*O conceito de interesse público é altamente indeterminado. Deve ser identificado na situação concreta*.".

E de fato não há nenhuma definição legal e nem mesmo terminológica, sob o ponto de vista jurídico, para uma precisa conceituação de interesse público, de modo que apenas uma avaliação dentro de um caso concreto pode inferir seus contornos e melhor modo de atuação numa determinada situação.

No entanto, propugna-se de maneira prévia e abstrata, dentro do panorama de Administração Pública, repita-se, cuja finalidade precípua e razão de sua própria existência é o atendimento ao bem-estar coletivo, que o interesse público presente nas variadas hipóteses a serem tratadas num cenário de conflito entre o Poder Público e terceiros encontrar-se-á sempre delimitado pelos princípios gerais que regem a atividade administrativa (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade)[24] e, por conseguinte, dentro da própria norma legal que rege a hipótese.

Isso porque, tais princípios gerais da atividade administrativa orientam o aplicador do direito a aclarar o que é e o que não é aceitável para uma devida delimitação do interesse público num caso concreto, assim como a própria norma legal[25] ao ditar seu conteúdo, identificando direitos e impondo obrigações ao Poder Público e administrados, apresenta o norte a ser seguido para a possível identificação dos limites do interesse público que está abrigando na hipótese.

Serão essas as diretrizes que num juízo de ponderação deverá o aplicador do direito observar num determinado caso concreto para definir qual interesse público e qual a medida desse interesse público será passível de autocomposição.

Assim, dentro dos aspectos conferidos pela própria lei encontra-se o liame necessário para se destacar qual o interesse público existente em cada hipótese concreta em que se revelar um conflito de interesses com o Poder Público, de modo que poderá o intérprete ao analisar o conteúdo normativo que incide num caso concreto, definir os exatos contornos jurídicos para aplicação da norma de acordo com o

22 Como exemplo, pode-se citar, as desapropriações, o poder de polícia exercido pelo Estado, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, os prazos especiais à Fazenda Pública no âmbito judicial, os prazos especiais de prescrição contra a Fazenda Pública etc.

23 Op.cit, p. 346.

24 Dispõem os arts. 37, caput, e 70, caput, da Constituição Federal:

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

(...)

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.". (grifei)

25 Necessário relembrar que a norma legal destinada a regular a atividade administrativa impõe ao seu executor a prática de atos vinculados e discricionários, cujos limites de cada um, no momento de sua aplicabilidade, serão os que diretamente encerrarão os limites do interesse público subjacente na hipótese concreta.

interesse público que a permeia e delimita.

Reforçando o entendimento, importante mencionar que o insigne Celso Antônio Bandeira de Melo[26] sustenta o interesse público como o interesse do próprio Estado e da sociedade na execução e acatamento da ordem jurídica estabelecida, atrelando o primado do interesse público, na prática, ao conceito de *legalidade* ou *juridicidade.*

Em sentido similar, o i. doutrinador e procurador do Estado do Espírito Santo Cláudio Madureira[27], também se apoiando no escólio do mestre administrativista Bandeira de Mello, destaca a estreita ligação entre os princípios do interesse público e o da legalidade ou juridicidade na medida em que considera que o atingimento daquele pressupõe a observância do ordenamento jurídico, *in verbis*:

> E isso precisamente porque, nessa perspectiva, o interesse público identifica-se com a juridicidade, com o cumprimento dos enunciados prescritivos que compõem o ordenamento jurídico-positivo, pelo que a sua realização pressupõe, sempre, a fruição dos direitos subjetivos conferidos aos indivíduos pelas leis e pela Constituição.
>
> Ao ensejo, Bandeira de Mello leciona que "quando a Constituição estabelece que a desapropriação depende de justa indenização do desapropriado, o que está em pauta, afora o interesse individual do desapropriado, é o interesse público"390. De igual modo,
>
> > quando a Constituição estabelece o princípio pelo qual o Estado responderá pelos danos que causar a terceiros, é óbvio que qualificou como sendo de interesse público o direito do lesado a ser indenizado pelo Estado, de fora parte o interesse estritamente individual do agravado em obter a cabível recomposição de seu patrimônio.391
>
> Em tais hipóteses "não estão em choque interesses individuais e interesse público", porque os interesses individuais aventados restaram contemplados 392 pelo ordenamento jurídico-positivo, o que faz com que a sua fruição por particulares corresponda ao interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida,393 portanto ao interesse público.

Sob tais perspectivas, é de se concluir, portanto, que o devido cumprimento da norma legal, conferindo-se os direitos e executando-se as obrigações conforme nela estipulados, é a demonstração de que o interesse público eleito para aquela hipótese estará sobejamente assegurado.

Desta feita, possível compreender que a supremacia do interesse público sobre o particular não constitui óbice algum à possibilidade de utilização de autocomposição de conflitos na Administração Pública uma vez considerado que o interesse do particular está resguardado dentro da lei, sendo que presente eventual direito vindicado por esse terceiro em face da Fazenda Pública, o interesse público no cumprimento da norma também estará resguardado.

Embasada, ainda, na proposição ora apresentada, pode-se concluir que o interesse público ser indisponível não significa que não é passível de autocomposição. Mas deve ser entendido que ele não pode ser objeto de livre disposição pelo agente público, pois o mesmo dele não detém a titularidade, mas apenas a guarda, sendo que, repita-se, os próprios termos da norma legal e de sua interpretação identificarão os limites precisos para satisfação do interesse público velado pela norma.

Afastar-se a possibilidade de concretização de solução pacífica de conflitos que envolva a

26 Idem, p. 73.

27 "Importância teórica e prática da adoção pela Administração Pública de conceito de interesse público compatível com os ditames da legalidade estrita". *In:* Advocacia Pública: Coleção Fórum Anape. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Pg. 86. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1406/1459/4093. Acesso em: 7 ago. 2021.

Administração Pública embasado em pretenso resguardo do interesse público numa ótica prematura e imprecisa, sem se fazer uma detida análise dos limites e interesses nela previstos, sopesando-os dentro de um determinado caso concreto, importa sobremaneira em verdadeiro desprestígio ao interesse público.

O interesse público não é estático, não é padronizado. É instituto jurídico aberto dotado de elevada carga valorativa, impondo ao operador de direito, mediante a análise acurada das normas legais e do caso concreto, bem como de aplicação de critérios técnicos encontrar a fórmula mais apropriada a zelar pela sua tutela.

O entendimento dos juristas Leila Cuéllar e Egon Bockmann Moreira[28] retrata o posicionamento aqui adotado[29]:

> Atualmente, não se pode litigar sem antes haver a firme tentativa de conciliar: trata-se de aplicação expressa do princípio da legalidade, em vários foros e instâncias. Alterou-se a lógica normativa da solução de controvérsias que tocam à Administração Pública: se, antes, a propositura de uma ação (e a sentença judicial) eram requisitos para a conciliação; hoje, esta é pressuposto de qualquer processo judicial. A antiga regra do ajuizamento irrestrito de demandas atualmente precisa ser compreendida como exceção. O prestígio ao interesse público exige que se evitem os conflitos; mas, caso surjam os impasses, a solução precisa evitar o acesso ao Judiciário – que só pode ser acionado em último caso. Trata-se, é preciso que se reitere com intensidade, de decorrência do princípio da legalidade.

Em suma, para excluirmos eventuais dogmas instalados sobre os referidos princípios ora abordados que impedissem, de antemão, qualquer possibilidade de realização de autocomposição pela Administração Pública, é necessário, pois, fazermos apenas uma releitura dos mesmos a partir de seus próprios elementos integrantes e acrescentando como novo a crescente evolução legislativa que vem ocorrendo nos últimos tempos e que impulsiona à utilização de soluções pacificadoras de conflitos como opção à jurisdição estatal impositiva.

Não se trata, assim, de atribuir aos mesmos um novo significado, mas apenas de voltarmos os olhos a sua leitura e interpretá-los de acordo com as suas próprias realidades, relacionando-os com a novel forma de atuação da Administração Pública que cada vez mais próxima deve estar do administrado.

3. O papel da advocacia pública na execução da política pública de tratamento adequado de solução dos conflitos no âmbito do Poder Público

A advocacia pública[30], ao lado de outras atividades jurídicas[31], integra o rol constitucional das

28 Administração Pública e mediação: notas fundamentais . *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano 18, n. 61, p. 122, jan./ mar. 2018. Disponível em: ttps://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/21602/56797. Acesso em: 13 ago. 2021.

29 Nesse ponto, interessante colacionar trecho do voto da Ministra Ellen Gracie, relatora do Recurso Extraordinário n. 253885/MG, no qual se considerou válido um acordo firmado entre servidores públicos e o Município de Santa Rita do Sapucaí tendo em vista que a solução adotada pela Administração era a que melhor atendia ao interesse público no caso concreto: "Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados a sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse.". Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322. Acesso 12/08/2021.

30 No âmbito federal e estadual, o exercício da advocacia pública é feito, respectivamente, por meio da Advocacia-Geral da União (art. 131, CF) e das Procuradorias dos Estados (art. 132, CF).

31 Ministério Público (art. 127 a 130), advocacia privada (art. 133) e Defensoria Pública (art. 134 a 135).

funções essenciais à justiça propulsoras da jurisdição, a qual, por essência, é inerte.

No entanto, ao longo dos últimos anos a amplitude do conceito do que vem a ser acesso à justiça sofreu sensível modificação impulsionada pelo aumento exponencial de processos judiciais que vem ocasionando o abarrotamento no Poder Judiciário[32], cuja sobrecarga direciona à prestação do serviço público jurisdicional de forma morosa e insatisfatória ao atendimento da população.

A par disso, o Poder Público adentra a esse cenário como um dos maiores litigantes do Judiciário[33] brasileiro dada, também, à grandeza de sua estrutura e ao plexo de atividades por ele realizados.

Nesse contexto que parte da doutrina passou a propagar o entendimento de que o *princípio do acesso à justiça* insculpido no inciso XXXV do art. 5.º da Constituição Federal[34], não mais garantiria apenas o acesso formal ao Poder Judiciário na via da judicialização dos conflitos e interesses, mas sim, um acesso a uma *ordem jurídica justa* mediante, dentre outros, a oferta de métodos adequados, tempestivos e efetivos a serem utilizados para os variados tipos de demandas que desembocam no Judiciário[35].

E sob influxo dessa evolução doutrinária fora editada a Resolução n.º 127, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça instituindo a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado de interesses no âmbito do Poder Judiciário como uma ação estratégica na busca de uma eficiência operacional do Poder Judiciário e que coloca a mediação e a conciliação como opção à resolução judicial de conflitos.

O leque normativo se abre ainda mais estimulando a Administração Pública a uma mudança de mentalidade na solução de suas pendências descompassada do formalismo que não mais encontra relevo na atualidade.

Nesses termos, fora editado o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015) que instaura no Brasil o sistema multiportas estimulando a utilização de métodos de solução consensual de conflitos ao invés do uso concentrado da jurisdição estatal, inclusive para a Administração Pública, impingindo-a a instalar suas Câmaras de conciliação e mediação (art. 174); na mesma época, fora editada a Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015 que altera a Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996) incluindo, expressamente, a Administração Pública para seu cumprimento (art. 1.º,

32 O último relatório "Justiça em Números" do CNJ publicado em 2020, referente ao ano de 2019, apontou 77,1 milhão de processos no Poder Judiciário. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso 26/08/2021.

33 Estudo realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) apontou que, entre os anos de 2010 a 2013, em 08 de 11 unidades da Federação analisadas o Poder Público foi o maior litigante no polo ativo no primeiro grau de jurisdição em um grupo de 100 maiores litigantes. Disponível em https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf. Acesso em 26/08/2021.

34 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

35 "Ora, o inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988 deve ser interpretado, como ficou acima sublinhado, não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada. Daí a conclusão de que cabe ao Poder Judiciário, pelo CNJ, organizar os serviços de tratamento de conflitos por todos os meios adequados, e não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processos contenciosos, cabendo-lhe em especial institucionalizar, em caráter permanente, os meios consensuais de solução de conflitos de interesses, como a mediação e a conciliação." (WATANABE, Kazuo. Acesso à Ordem Jurídica Justa: Conceito Atualizado de Acesso à Justiça — Processos Coletivos e Outros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 89. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2828/2941/24726. Acesso em: 15 ago. 2021).

§ 1.º) e superando, então, qualquer objeção inicial quanto à utilização da arbitragem pelo Poder Público; em seguida, fora editada a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015) que dedicou capítulo próprio à autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.[36]

Assim, o panorama atual desafia a advocacia pública ao implemento dos novos instrumentos jurídicos disponíveis a sua atuação impulsionando-a ao protagonismo da nova lógica processual a fim de estabelecer, na prática, a mudança tão esperada advinda da atuação do Poder Público frente aos seus conflitos.

Fórmulas prontas não mais atendem à complexidade e à necessidade da sociedade moderna. A vida é muito mais dinâmica do que o direito pode supor.

Se o advogado público tem a representação exclusiva da atividade jurídica de representação judicial e extrajudicial do Estado (*lato senso*) é dele a competência, também, *exclusiva*, de direcionar e coordenar o Poder Público rumo à novel forma de resolução de seus conflitos jurídicos.

Para tanto, é necessário compreender que a mudança de atitude do advogado público perpassa pela análise de dois pontos de fundamental relevância.

Primeiro, a superação do entendimento equivocado de que os princípios da legalidade e os relativos ao interesse público pudessem constituir óbice à utilização de métodos conciliatórios no âmbito do Poder Público, conforme abordagem feita no item precedente deste estudo.

Segundo, a exata compreensão de que a atividade do advogado público está estribada nos princípios que regem o *múnus* público que exerce, pois não se pode olvidar que advogados públicos são espécies de agentes públicos e porquanto estão compelidos ao cumprimento de todos os princípios que orientam a atividade da Administração Pública e que encontram amparo no texto constitucional, dentre eles, a legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade etc.

Nesse ponto, ora trazido, o princípio da efetividade ganha especial relevo.

Erigido a princípio constitucional da Administração Pública pela Emenda 19/98 que o inseriu no *caput* do art. 37 tem seu esteio nas modernas concepções de Governança Pública e objetiva sobretudo *"... que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. (...) exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento da comunidade e de seus membros*."[37].

No âmbito da advocacia de Estado e atinente a sua atividade fim, pode ser traduzido como o dever do advogado público em buscar a solução jurídica mais adequada e que melhor atenda o caso concreto com vista ao cumprimento da juridicidade e do interesse público perseguidos.

Será o advogado público, no exercício de sua atividade consultiva ou contenciosa, que estará incumbido de demonstrar juridicamente ao gestor público a solução jurídica mais adequada ao tratamento do conflito apresentado, prevenindo litígios desnecessários ou fadados ao fracasso, elegendo, nessas hipóteses, um dos meios de autocomposição (*v.g* conciliação, mediação, *Dispute Board Resolution,* acordos do art. 26 da LINDB etc), heterocomposição alternativa (arbitragem) ou, ainda, por vezes, escolhendo a via judiciária quando essa for potencialmente a melhor opção num dado caso concreto, sopesando os riscos de

36 Consoante visto no capítulo 2 deste trabalho, diversas outras normas foram editadas. Porém, para os fins gerais deste capítulo interessam mais as citadas no texto acima.

37 MEIRELLES, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 44.ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2020, p.. 88/89.

cada uma das hipóteses, os resultados que podem ser alcançados, os custos envolvidos, inclusive, com as economias que podem ser feitas e o tempo a ser demandado.

Somente nesse agir, tomadas todas as precauções típicas da área jurídica para se proceder a escolhas dos instrumentos jurídicos adequados agora não mais ao combate do conflito, mas sim, ao tratamento adequado do mesmo, alinhado à tendência contemporânea da necessária análise prévia da consensualidade, poderá o advogado público, indubitavelmente, desincumbir-se de seu mister constitucional embasado no princípio da eficiência.

Nesse aspecto, profícuo o entendimento do jurista Lucas Rocha Furtado[38]:

> O exame da eficácia requer do administrador público a avaliação dos resultados que as atividades por ele desenvolvidas geram em favor da sociedade. Se não houver benefícios, devem os responsáveis por referido órgão corrigir os rumos por meio da definição de novos modelos ou estratégias.

Há necessidade, pois, de planejamento da atividade do administrador público e, inclusive, da jurídica exercida pela advocacia pública quando vista sob a ótica da exclusividade da representação judicial estatal e de sua integração ao Poder Público.

A esse planejamento se agregam a identificação das reais necessidades da Administração Pública e sua subsunção jurídica e ao primado do interesse público, à análise da relação custo/benefício de suas atuações, o mapeamento das situações de risco elevado frente às perspectivas reais do conflito e outras mais decorrentes das melhores práticas de Governança Pública.

É de se concluir, por conseguinte, que a atuação jurídica do advogado público desatrelada de tais ideais se encontra, na atualidade, descolada do princípio da eficiência que o deveria guiar enquanto agente público que é.

Leila Cuellar[39] [40] apresenta a nova missão do advogado (público ou privado) destacando-o como "gestor de conflitos" ou "arquiteto de processos dinâmicos" na medida em que o mesmo é responsável não apenas pela solução do caso concreto, mas pela busca da prevenção, da melhor solução e da melhor forma de se chegar a tal solução.

E de forma prática, Leila Cuellar sintetiza sua análise propondo que:

> .... é preciso que o jurista detenha conhecimentos necessários acerca dos meios de solução, mas também esteja apto a avaliar as peculiaridades dos conflitos, do direito material envolvido, da natureza das partes (e da relação que estas mantêm entre si), dentre outros fatores, para definir o meio de solução mais adequado ao caso concreto.[41].

38 *Curso de Direito Administrativo. 5.edição*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 98. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1145. Acesso em: 20 ago. 2021.

39 Artigo intitulado "O advogado como arquiteto de processos.". Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/justica/o-advogado-como-arquiteto-de-processos-9cbzniej6vfh1jivzmp1rtrhr/. Acesso em 15/08/2021.

40 Comentando trecho da obra "A Advocacia na Mediação" de autoria de John W. Cooley, Leila Cuellar ressalta que:
"Afirma o autor que hoje o advogado tem papel importante, para muito além de suas atribuições usuais de litigante ou consultor. O vaticínio é o de que "estamos passando para uma era em que se premiará a capacidade de o advogado conceber 'processos' para a solução de disputas, além das tarefas tradicionais de conceber 'problemas' e 'soluções'."
Ou seja, os advogados não mais vivem num mundo de simplicidade binária, onde servem aos clientes soluções fechadas, preconcebidas, idênticas às que se fazia há 10 ou 20 anos. Os desafios são bastante mais complexos e demandam criatividade para arquitetar processos dinâmicos, a fim de projetar e construir o ambiente jurídico que melhor resolva a controvérsia.". (Idem)

41 Ibidem.

Refletindo sobre o tema é possível inferir que o exercício da advocacia pública requer, em tempos atuais, constante aprimoramento jurídico e social necessários ao *múnus* público, sem os quais não conseguirá o profissional desta era aproximar o Direito dos fatos sociais os quais, na prática, transformam o curso da história.

Mas para que a busca da solução consensual dos conflitos se concretize, de fato, no âmbito da Administração Pública é preciso, ainda, afastar o temor de responsabilização funcional do agente público[42], consoante enfatizam Kazuo Watanabe, Daldice Santana e Bruno Takahashi: "*Sem a garantia de que eventual acordo será chancelado pelos superiores hierárquicos ou pelos órgãos de controle externo (especialmente tribunais de contas), o advogado público não se sente confortável para celebrar acordos*."[43].

Com esse propósito, o art. 40 da Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), aplicado o âmbito da Administração Pública Federal, traz importante resguardo aos agentes públicos atuantes em processos de autocomposição no âmbito do Poder Público Federal:

> Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

Kazuo Watanabe, Daldice Santana e Bruno Takahashi[44] defendem que tal dispositivo seja aplicado, inclusive, à composição judicial[45].

Em acréscimo, propugna-se, neste trabalho, seja tal regra devidamente replicada para os demais entes públicos, observada a competência legislativa constitucional de cada um, a fim de que todos os demais agentes públicos das demais esferas possam usufruir da mesma segurança jurídica para o exercício de tal mister.

Necessário valorar, ainda, dentro do ambiente da Administração Pública, a necessidade de se fixar parâmetros objetivos dos limites e das possibilidades para guiar a atuação dos agentes públicos (e, dentre eles, os advogados públicos) na valoração e ponderação do interesse público incidente na hipótese e que necessariamente fundamentará a eventual entabulação de um método de autocomposição de conflitos.

E nesse aspecto, a atuação da advocacia pública, também, é sobremaneira imprescindível vez que a orientação jurídica dos entes públicos a ela compete.

Desse modo, variadas medidas são passíveis de gerar segurança jurídica aos gestores públicos e advogados públicos para entabulação de autocomposições administrativas, tais como pareceres normativos com força vinculante para toda a Administração Pública; súmulas administrativas de maté-

42 Note-se, nesse ponto, que se fala agora em "agente público", gênero do qual faz parte a categorias dos advogados públicos, vez que a assunção pela responsabilidade de acordos tendentes a pôr fim a litígios passa pelo crivo de diferentes tipos de agentes públicos.

43 Ibidem, p. 348.

44 "Seria igualmente defensável aplicar esse dispositivo à composição judicial, até porque o juiz, na homologação, não se limita a agir como simples carimbador do acordo produzido pelas partes, sem juízo crítico algum sobre o que está chancelando.". (Ibidem, p. 348)

45 Para o advogado público, o art. 184 do CPC/2015 prevê, a menor do que o art. 40 da Lei de Medição, a responsabilização civil em caso de dolo ou fraude no exercício de suas funções. E o art. 28 da LINDB assegura ao agente pública sua responsabilização apenas nos casos de dolo ou erro grosseiro, também, a menor do que a garantia do art. 40 da Lei de Mediação.

rias jurídicas sedimentadas nos Tribunais Superiores; autorizações genéricas dispensando o advogado público de ajuizar ações, apresentar defesa ou recorrer, minorando perdas financeiras decorrentes dos ônus da sucumbência; fixação de limites de valores para apresentação de proposta de acordo em processos em fase executiva; matérias repetitivas selecionadas no âmbitos das procuradorias com elevada chance de insucesso perante as Cortes locais com fixação de diretrizes jurídicas e de valores, se for o caso, para realização de acordos na via administrativa pelo próprio ente ou órgão de origem, ou na via judicial, pelos advogados públicos; propositura de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR, arts. 976 a 987 do Código de Processo Civil) com posterior autorização genérica de acordo na via administrativa, mapeamento de processos onde não há custos financeiros envolvidos, mas apenas obrigações de fazer e não fazer *etc*.

Não se olvide, ainda, de casos não repetitivos, mas nos quais há falha do Poder Público cabalmente constatada, seja na via judicial[46] ou seja na via administrativa, e que podem ser objeto de acordo mediante análise crítica do advogado público consoante a legislação e a jurisprudência acerca do tema e muitas vezes com economia de gastos na execução de eventual obrigação em prol do erário público.

Propõe-se aqui, também, não obstante a autorização genérica advinda do art. 26 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), prever-se uma fase obrigatória de análise acerca da possibilidade de autocomposição de conflito em processos administrativos, a exemplo do que ocorrera no Código de Processo Civil de 2015.

Mais do que uma autorização expressa na lei, a ser valorada em cada caso concreto, ter-se-ia, na hipótese, uma mola propulsora em direção ao novo papel assumido pelo Estado (*lato sensu*), o de pacificador de conflitos.

E por certo o caráter ainda exploratório na utilização dos meios consensuais de conflito pela Administração Pública, porque ainda inovador e não tão utilizado quanto o deveria, também, causa ao agente público, e dentre eles o advogado público, um certo temor das Cortes de Contas.

Mas as Cortes de Contas como integrantes do Poder Público, submetidas que estão ao mesmo princípio da eficiência, incumbidas de análise de economicidade e outros (art. 70, *caput*, Constituição Federal), devem, também, primar pela gestão de resultado e competência, componentes da eficiência administrativa, imbuindo dessa forma seu espírito julgador na análise dos casos vindouros.

Não obstante ainda incipientes as autocomposições administrativas se comparadas com a tutela judicial até então vivenciada, estando o agente público, portanto, à mercê de casos paradigmáticos que possam orientar sua atuação, neste momento, a elaboração pelas Cortes de Contas, *v.g.,* de *boas práticas administrativas* para utilização em métodos consensuais pelo Poder Público contribuiria, em muito, com o enfrentamento da nova realidade que a todos se impõe.

O novo precisa tomar forma e lançar suas luzes por toda a Administração Pública sob pena de olharmos nossa realidade apenas pelo retrovisor. Assim ela nunca será a atual, mas a passada que insiste em nos paralisar.

46 No curso do processo judicial uma das formas de autocomposição é o reconhecimento do pedido, no qual o réu se submete volitivamente ao pedido do autor (art. 487, III, do CPC), além da transação que implica em concessões mútuas (art. 487, III, b, CPC) e da renúncia do autor ao direito pleiteado (art. 487, III, "c", do CPC.

É preciso relembrar que o mister do advogado público é a defesa do Estado, patrimônio da sociedade. Não defende gestores públicos enquanto pessoas físicas, mas defende o erário público, a função administrativa exercida pelos agentes públicos que deve seguramente refletir os ditames e contornos da juridicidade. Seu compromisso é, pois, diretamente com a sociedade e o Estado (*lato sensu*) que a ela representa e serve.

E é o exercício da lei e da Constituição Federal com toda sua carga valorativa e principiológica que sedimenta a inteireza do conceito de Direito e que rege, repita-se, a atividade administrativa em toda a sua extensão, que integrará o advogado público, em sua verdadeira essência, dentro da estrutura do Estado (*lato sensu*).

Mais que um dever é, pois, uma missão.

Por certo, esse papel do novo advogado público lhe exigirá a análise jurídica por excelência e livre de amarras que não mais condizem com a realidade vivenciada pelo atual direito administrativo e na busca de uma transformação muito além da jurídica, uma transformação social calcada no cumprimento de seu compromisso assumido com o Direito e a sociedade.

A judicialização em massa que também vem ocorrendo em face do Poder Público expõe uma beligerância dos integrantes dessa sociedade, pessoas físicas, jurídicas, públicas e privadas, uma forma irrefletida e extrema de pôr fim aos próprios problemas. É o reflexo de algo interno que não se ajusta bem, seja de uma ou de ambas as partes do conflito.

Sob outra ótica reflete, por vezes, um descompasso com os anseios sociais retratando políticas públicas que podem não atingir a plena efetividade ou, ainda, a própria lei que não é adequadamente cumprida. Mas, também, pode refletir por parte dos administrados a busca incessante de direitos não tutelados, ou não tutelados da forma em que pleiteados seja porque não previstos em lei, seja porque não congruentes em critérios de razoabilidade ou proporcionalidade.

Enfim, para qualquer dos males o operador do direito propulsor da jurisdição (advogado público, particular, defensor público, membro do Ministério Público) ou o magistrado quando for o caso, será essencial para conduzir a cultura do diálogo aberto na busca da melhor solução para o caso concreto, contribuindo, assim, para o aprimoramento cultural necessário para o pleno desenvolvimento social e evolução humanitária dos povos.

E ao advogado público, precipuamente, cabe a árdua, porém, grata tarefa de conduzir a Administração Pública ao cumprimento do Direito que a rege e de sua finalidade que é a persecução do bem-estar comum.

Não se olvide, porém, que nem sempre o Judiciário será evitável. Há casos que somente a justiça estatal poderá substituir a vontade das partes, mormente os de maior complexidade ou impasse jurídico relevante. Mas o caminho unidirecional da jurisdição estatal não pode mais ser a regra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação dos métodos autocompositivos no âmbito da Administração Pública é pre-

mente e reflete uma tendência mundial de comportamento da própria Administração Pública alinhada que deve estar a critérios de efetividade e boas práticas de governança, os quais, inclusive, decorrem da própria noção conceitual de Estado (*lato sensu*).

Nessa perspectiva, a redução de ações judiciais será uma consequência de um bem muito maior a ser alcançado: a mudança cultural, de velhos paradigmas que ainda transitam no âmbito da Administração Pública numa falsa percepção da própria realidade que a estrutura.

Nesse cenário em que o Direito criou a sua própria realidade, a advocacia pública, destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça, terá um importante papel na concretização desses instrumentos democráticos incentivadores do diálogo aberto na busca da efetiva evolução e desenvolvimento da atividade administrativa e da sociedade contemporânea.

Mais do que uma inovação legislativa, a valoração da utilização dos meios autocompositivos de conflitos se impõe à advocacia pública como um modo contemporâneo de atuação jurídica com vista a cumprir os primados da legalidade, eficiência e interesse público que regem a atuação de todos os agentes públicos.

Há necessidade, sob outra via, de se conferir segurança jurídica aos advogados públicos criando parâmetros para sua atuação a fim de viabilizar a efetiva implantação da solução pacífica dos conflitos na Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28.ª edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. "A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo." *In* **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**, 2.ª ed., coord. Alexandre Santos de Aragão & Floriano de Azevedo Marques Neto, Belo Horizonte: Fórum, 2017. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1447. Acesso em: 22 jul. 2021.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. "O modelo de Estado Gerencial: rótulo x cultura administrativa – por um Estado não esquizofrênico e responsável." **Interesse Público - IP**, ano 22, n. 97, maio/jun. 2016. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21399/51256. Acesso em: 23 jul. 2021.

CUELLAR, Leila. "O advogado como arquiteto de processos". Gazeta do Povo, 14 de dezembro de 2018, [Caderno] Justiça. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/justica/o-advogado-como-arquiteto--de-processos-9cbzniej6vfh1jivzmp1rtrhr/. Acesso em 15/08/2021

CUELLAR, Leila. MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, ano 18, n. 61, p. 122, jan./mar. 2018. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/21602/56797. Acesso em: 13 ago. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30.ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

Furtado, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. *5.edição. Belo* Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1145. Acesso em: 20 ago. 2021.

JUSTEN Filho, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26. Ed. Malheiros: São Paulo. 1999.

MADUREIRA, Cláudio. Importância teórica e prática da adoção pela Administração Pública de conceito de interesse público compatível com os ditames da legalidade estrita. *In:* **Advocacia Pública: Coleção Fórum Anape**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1406/1459/4093. Acesso em: 7 ago. 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1553. Acesso em: 22 jul. 2021.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ª edição. São Paulo: Editora RT, 2003.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44.ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Constitucionalização do Direito Administrativo. **Revista da Procuradoria-geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF**, ano 10, n. 2, jan./ dez. 2012. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/173/20869/33623. Acesso em: 22 jul. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NOHARA, Yrene Patrícia. "Governança pública e gestão de riscos: transformações no Direito administrativo." *In:* **Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção: Integridade para o Desenvolvimento**, coord. Marco Aurélio Borges de Paula & Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1550/4204/26736. Acesso em: 22 jul. 2021

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiana. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C**, ano 24, n. 32, p. 37, abr./ jun. 2008. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/69/492. Acesso em: 23 jul. 2021.

UNGARO, Gustavo Gonçalves. "Democracia administrativa: transparência e participação." *In*: **Direito, Instituições e Políticas Públicas – O Papel do Jusidealista na Formação do Estado**, coord. Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho & André Tito da Motta Oliveira, Rafael Hamse Issa e Rafael Wallbach Schwind. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

WATANABE, Kazuo. SANTANA, Daldice. TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual do interesse público. *In: **Democracia e Sistema de Justiça*: Obra em Homenagem aos 10 Anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal**, coord. Alexandre de Moraes & André Luiz de Almeida Mendonça. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4000/4154/25715. Acesso em: 11 ago. 2021.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa: Conceito Atualizado de Acesso à Justiça — Processos Coletivos e Outros Estudos**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2828/2941/24726. Acesso em: 15 ago. 2021.

OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA SEARA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS EM BUSCA DA EFETIVIDADE.

Senise Freire Chacha[1]

Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares[2]

RESUMO

O presente artigo tem por escopo propor a conciliação e a mediação extrajudicial na resolução consensual de conflitos ambientais envolvendo a Administração Pública, e o papel da advocacia pública na prevenção de conflitos na seara ambiental extrajudicial, com enfoque na atuação dos órgãos ambientais estaduais, especificamente com relação aos processos oriundos de infrações (Lei Federal n. 9.605/98), e propor a instituição do Núcleo Ambiental do IMASUL.

A conversão de multas ambientais em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente é um instrumento que permite o diálogo entre o autuado e o órgão ambiental, otimiza tempo, recursos, adesão na causa ambiental e a cultura da pacificação.

Palavras-chave: métodos alternativos de autocomposição – o papel da advocacia públicapreventiva - seara ambiental extrajudicial – conversão de multas em prestação de serviços – efetividade da política pública estadual – otimização de tempo e recursos - instituição do Núcleo Ambiental do IMASUL.

INTRODUÇÃO

O tema a ser tratado neste artigo é instigante e desafiador, no Capítulo que se apresenta analisaremos os métodos alternativos de resolução de conflitos, que envolvem a Administração Pública, especificamente, a negociação, a conciliação e a mediação na esfera extrajudicial para melhor serem aplicados junto aos órgãos ambientais estaduais que fazem parte do SISNAMA[3] – Sistema Nacional do Meio Ambiente. Procuram infundir a cultura da pacificação entre os protagonistas do processo administrativo, em

1 Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Bacharel em Ciência Jurídicas pela Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso. Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul desde de 1990. Coordenadora Jurídica da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar desde 1990.

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis.

3 Art. 6º. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, assim estruturado:

I - (...)

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

específico ao que diz respeito à conversão de multas em prestação de serviços ao meio ambiente[4].

A esse respeito, os métodos alternativos de resolução de conflitos podem ser utilizados como instrumentos que auxiliam na implementação de políticas públicas mais efetivas, que otimizam e fortalecem a pacificação social em prol do meio ambiente economicamente sustentável/equilibrado. Método utilizado neste artigo é de revisão bibliográfica.

I. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A SEREM UTILIZADOS NA SEARA EXTRAJUDICIAL, ESPECIALMENTE JUNTO AOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS ESTADUAIS QUE FAZEM PARTE DOSISTEMA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE – SISNAMA.

1.1. A conciliação e a mediação extrajudicial que envolvem a Administração Pública junto aos órgãos ambientais estaduais que fazem parte do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA.

Como é notório, a Administração Pública, no uso do poder de polícia, lavra autos de infração que originam processos administrativos nos órgãos ambientais, que percorrem em sua maioria, longas vias, tanto administrativa como judicial, o que gera dispêndio de tempo, energia dos envolvidos, recursos do erário (custos administrativos e judiciais) e nem sempre atingem a finalidade essencial: uso da educação ambiental[5] como ferramenta de conscientização, capacitação e empoderamento do cidadão, que na qualidade de partícipe da sociedade intergeracional assume responsabilidades evitando-se a degradação do meio ambiente. Para iniciarmos a contextualização da situação, faremos breve mergulho nas normas ambientais que envolvem o tema.

Com o advento da atual Carta Magna[6], o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi alçado à categoria de direito fundamental da pessoa humana, necessário não apenas à sadia qualidade de vida, mas à própria preservação da vida em nosso Planeta, cujas responsabilidades são compartilhadas entre o poder público e a coletividade, instituindo de forma inovadora a proteção do meio ambiente como princípio de ordem econômica[7].

O marco inicial é a Lei Federal n. 6.938/81[8], recepcionada pela Constituição Federal/88, que em seu art. 2º, inciso I, disciplina que o meio ambiente deve ser considerado um patrimônio público a ser

4 Decreto Federal n. 6.514/08, que "Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações e dá outras providências".

5 Lei Federal n. 9.795/99, que "Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de EducaçãoAmbiental e dá outras providências".

Art. 1º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividadeconstroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

6 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

7 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...) VI - defesa do meio ambiente;

8 Lei Federal n. 6.938/81, "Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências".

necessariamente assegurado e protegido, em razão do uso coletivo e o considera como "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", (art. 3º, inciso I).

Ao incursionar na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, observa-se que no art. 9º,encontram-se elencados seus instrumentos, e destaca-se o inciso IX, que trata sobre as penalidades disciplinares ou compensatórias, em razão do não cumprimento das medidasnecessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.

Conectando esse conceito legal ao art. 225, *caput*, da CF/88, observa-se que qualquer pessoa, física, jurídica, da iniciativa privada ou do poder público, pode ser enquadrada como poluidora e por sua vez ser responsabilizada nas esferas: civil, criminal ou administrativa (art. 225, § 3º, da CF/88), pois são independentes entre si.

No âmbito federal, a **infração ambiental** é tratada por meio da Lei n. 9.605/98, que "dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências". Em seu art. 70[9], conceitua infração administrativa como toda ação ou omissão que transgrida as regras jurídicas de uso, gozo,promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

A utilização dos recursos ambientais, portanto, é atividade submetida ao poder de polícia do Estado que servirá de parâmetro para os limites de utilização legítimos, segundo a ordem jurídica vigente. Trata-se de poderoso instrumento de harmonização de direitos fundamentais, fazendo com que os direitos individuais sejam exercidos com respeito aos direitos de terceiros. A sua legitimidade depende da estrita observância das normas legaise regulamentares, fazendo com que o agente atue dentro dos contornos estabelecidos pelaregra de direito[10].

Nessa senda, a competência para aplicação das penalidades administrativas por infringência às normas ambientais é comum nas três esferas de governo, sendo que a LeiComplementar n. 140/11[11], em seu art. 17, conferiu prioridade ao órgão responsável pelolicenciamento ou autorização quanto à lavratura do auto de infração e instauração do processo administrativo, o que não afasta a competência dos demais entes federativos nouso do poder de polícia.

Recentemente, o Decreto Federal n. 6.514/08, passou por modificações significativas, pormeio

9 Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicasde uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativoos funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitanias dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 2º Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.

§ 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade.

10 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 175.

11 Lei Complementar n. 140/11, "Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981".

do Decreto n. 9.179/17[12], o qual possibilita a conversão de multas em prestação de serviços ambientais, mediante assinatura de Termo de Compromisso de Conduta, independentemente da reparação dos danos ambientais caso tenha ocorrido e terá efeitosna esfera civil e administrativa, sendo que o inadimplemento do Termo implica inscriçãodo débito em dívida ativa e na esfera civil, execução imediata das obrigações pactuadas,por ter natureza de título executivo extrajudicial[13].

A seguir teceremos breves considerações acerca das peculiaridades de cada método autocompositivo e analisaremos sobre a possibilidade de aplicação na resolução do conflito nos órgãos ambientais do SISNAMA.

1.2. Negociação, Conciliação e Mediação: apontamentos rasos dos conceitos e técnicas que tratam desses métodos alternativos (adequados) de composição, em busca de aprimoramento de políticas públicas mais efetivas.

O tema política pública alcança acordes elevados quando se busca a participação dialógica e, nesse sentido, posicionou-se a autora Maria Paula ao adotar que a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau de interpretação entre as esferas jurídica e política, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os doissubsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos de comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública[14], incluído nesse norte os

12 Decreto Federal n. 9.179/17, "Altera o Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, para dispor sobre conversão de multas".

Art. 146. Na hipótese de decisão favorável ao pedido, as partes celebrarão termo de compromisso, que estabelecerá os termos da vinculação do autuado ao objeto da conversão de multa pelo prazo de execução do projeto aprovado ou de sua cota-parte no projeto escolhido pelo órgão federal emissor da multa

§ 1º O termo de compromisso conterá as seguintes cláusulas obrigatórias:

I - nome, qualificação e endereço das partes compromissadas e de seus representantes legais; II - serviço ambiental objeto da conversão;

III - prazo de vigência do compromisso, que será vinculado ao tempo necessário à conclusão do objeto da conversão que, em função de sua complexidade e das obrigações pactuadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de dez anos, admitida a prorrogação, desde que justificada;

IV - multa a ser aplicada em decorrência do não cumprimento das obrigações pactuadas; V - efeitos do descumprimento parcial ou total do objeto pactuado

VI - reparação dos danos decorrentes da infração ambiental, caso existentes; e VII - foro competente para dirimir litígios entre as partes.

§ 2º Na hipótese da conversão prevista no inciso I do caput do art. 142-A, o termo de compromisso conterá: I - a descrição detalhada do objeto;

II - o valor do investimento previsto para sua execução; III - as metas a serem atingidas; e

IV - o anexo com plano de trabalho, do qual constarão os cronogramas físico e financeiro de implementação do projeto aprovado.

§ 4º A assinatura do termo de compromisso suspende a exigibilidade da multa aplicada e implica renúncia ao direito de recorrer administrativamente.

§ 5º A celebração do termo de compromisso não põe fim ao processo administrativo e o órgão ambiental monitorará e avaliará, a qualquer tempo, o cumprimento das obrigações pactuadas.

§ 6º A efetiva conversão da multa se concretizará somente após a conclusão do objeto, parte integrante do projeto, a sua comprovação pelo executor e a aprovação pelo órgão federal emissor da multa

§ 7º O termo de compromisso terá efeito nas esferas civil e administrativa.

§ 8º O inadimplemento do termo de compromisso implica:

I - na esfera administrativa, a inscrição imediata do débito em dívida ativa para cobrança da multa resultante do auto de infração em seu valor integral, acrescido dos consectários legais incidentes; e

II - na esfera civil, a execução judicial imediata das obrigações pactuadas, tendo em vista seu caráter de título executivo extrajudicial.

13 Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

(...) III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

14 BUCCI, Maria Paula Dallari, Direito Administrativo e políticas públicas – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241 e 242.

métodosconsensuais de resolução de conflitos.

Nesse desiderato, o direito de acesso à justiça, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88, que implica em acesso à ordem jurídica justa e as soluções de conflitos, ocorre de formacorrente e progressiva, em prol de pacificação social, aperfeiçoando mecanismos, em especial, dos consensuais como a negociação, conciliação e a mediação, evitando a excessiva judicialização dos conflitos e quantidades significativas de recursos e execuçãode sentenças.

No mesmo norte é a lição do Professor Kazuo Watanabe[15]:

> O **princípio de acesso à justiça,** inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado quepropicie aos indivíduos o **o acesso à ordem jurídica justa,** no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, umaatenção por parte do Poder Público, em especial o Poder Judiciário. Assim cabe ao Judiciárionão somente organizar os serviços que são prestados por meios de processos judiciais, comotambém aqueles que socorram cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício dacidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução de conflitos, pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada pormeio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação".

É válido pontuar que essa política pública criada há mais de 10 anos, voltada a soluções dos conflitos nasce não somente da necessidade de desafogar o Poder Judiciário, mas, especialmente, para que as partes sejam atores desse processo inovador, onde seus interesses sejam atingidos, preservando o entendimento e relacionamento entre elas, ondepossam compartilhar responsabilidades, em prol de uma justiça coexistencial, cujos métodos sejam incorporados na sociedade brasileira, que passa por momentos sérios de crise econômica, social, ambiental e sanitária, propiciando o acesso à justiça de forma pacificadora, adequada, eficiente e tempestiva.

Vários normativos editados nos últimos anos, encontram-se em sintonia com os fundamentos da política judiciária instituída pela Resolução n. 125/10, dentre estes, destacam-se: a Lei Federal n. 13.105/15, que trata do CPC/15 (arts. 3º, §§ 2º e 3º[16], e art. 174[17]); a Lei Federal n. 13.129/15 (altera alguns dispositivos da Lei Federal n. 9.307/96 - Arbitragem); Lei Federal n. 13.140/15, que regulamenta o instituto da mediação e ainda trata, em seu Capítulo II, da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público (arts. 32 a 40) com previsão de câmaras de prevenção e resolução administrativa

15 WATANABE, Kazuo, Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses, in PELUZO, Min, Antonio Cezar e RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.3.

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

§ 1º (...)

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

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

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

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

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

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

de conflitos; a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 26[18] da LINDB), com as recentes alterações da Lei Federal n. 13.655/18, regulamentada pelo Decreto Federal n. 9.830/19 e a Lei Federal n. 14.133/21(Lei de Licitações).

A respeito desses métodos, as Professoras Beatriz Bovendorp e Camila Linhares[19] lecionam:

> (...) esses métodos caracterizam uma tendência moderna e têm sido mundialmente utilizadosem escalas crescentes, dentro da ótica de uma cultura participativa, onde o cidadão passa a ocupar papel relevante ao protagonizar soluções mais adequadas, eficientes e apropriadas para suas questões e conflitos. Estamos construindo todos uma cultura dialógica e participativa, de cooperação entre os envolvidos diante dos interesses comuns.

Nesse cenário, o advogado da atualidade, com mudança de mentalidade e quebra de paradigmas, deve exercer o papel de pacificador da sociedade, contribuindo para o acessoda justiça, conforme preceitua, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogadosdo Brasil[20], em seu art. 2º, inciso VI, afirmando que o advogado deve "estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios".

Para que os advogados tenham essa conduta colaborativa é necessário conhecimento acerca do manejo de mecanismos consensuais, cujos saberes serão ecoados pela forma que conduzem com as partes a solução dos conflitos, sendo que diante das controvérsias,alguns fatores são indispensáveis, dentre estes: a realização de diálogo prévio com as partes; ciência da real causa do litígio; o que se pede; as circunstancias do pedido; os legítimos interesses; o direito aplicável e as alternativas que devem ser usadas nestes meios com vistas a explorar as possibilidades de ganhos mútuos.

Nessa linha de raciocínio, a Professora Fernanda Tartuce[21] leciona:

> (...) Em certas hipóteses, percebendo as limitações decorrentes das parcas razões de seu cliente, é importante que o advogado cogite com ele sobre as vantagens de assumir responsabilidades e evitar derrotas públicas em juízo, promovendo reflexão sobre a pertinência de adoção de meios consensuais; nesse cenário, o advogado deve e podefuncionar como um eficiente agente da realidade.

A intenção não é esgotar o tema, e, sim, realizar um sobrevoo acerca dos métodos alternativos de resolução de conflitos e suas particularidades, com a finalidade de semearnesse solo fecundo a promoção e a viabilidade de políticas públicas consensuais por parteda Administração Pública.

18 Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgãojurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interessegeral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;II – (VETADO)

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidospor orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sançõesaplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

19 LINHARES, Camila; BOVENDORP, Beatriz. *Gestão de conflitos na atualidade.* Belo Horizonte, 2018,no prelo.

20 Resolução n. 02/2015, "Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB".

21 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 5ª. ed. ver. Atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método: 2019, p.110.

A Negociação, nas palavras do Professor Carlos Eduardo de Vasconcelos[22]:

> O que é negociação? É o planejamento e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou troca de interesses. A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte. Nesse sentido, a negociação cooperativa, dependendo da natureza da relação interpessoal, pode adotar o método integrativo (para relações continuadas e com vistas a ampliar os campos de atuação comum) ou o distributivo (para relações episódicas, quando se busca compartir os bens materiais e imateriais em negociação). Em qualquer acordo busca-se um acordo de ganhos mútuos.

A Negociação é um método autocompositivo direto, em que as partes são protagonistas na construção da solução de maneira consensual, podendo haver, inclusive, a contratação de especialista em negociação.

No Manual de Mediação Judicial[23], destacam-se algumas das **vantagens** inseridas no **método da Negociação:** as partes escolhem o momento e local da negociação; determinam como se dará a negociação; podem suspender ou abandonar ou recomeçar as negociações; estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação; a negociação pode abranger valores ou questões diretamente ligadas à disputa e variam significativamente, quanto à matéria e a forma.

No Brasil, um dos perfis que se utiliza é o Projeto de Negociação de Harward[24], cujo método é baseado em princípios, que pode ser reduzido a quatro pontos básicos: 1) separe as **pessoas** dos problemas; 2) concentre-se nos **interesses** e não nas posições; 3) gere **opções** de Ganho Mútuo e 4) insista em **critérios**.

E como aplicar esse método, quando envolve a Administração Pública? A respeito desse tema entende Mauricio Morais Tonin[25]:

> Para que a solução do conflito por meio de negociação seja válida, deve, inicialmente, observar os critérios da negociabilidade subjetiva – pessoa capaz e a Administração Pública direta e indireta – e da negociabilidade objetiva – direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação, tanto no âmbito judicial como extrajudicialmente.
>
> Além disso, como qualquer atividade que envolva o Poder Público, deve ser consentânea com os princípios gerais da Administração Pública, dentre os quais estão a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, para citar aqueles previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. (...)
>
> **Assim, são necessários procedimentos claros, prevendo autoridade competente, como são identificados os casos semelhantes e os critérios objetivos para a celebração dos acordos. Tais procedimentos e critérios deverão ser estabelecidos por lei ou regulamento – atos normativos editados pelos** órgãos **competentes. Em outras palavras, faz-se necessário um processo adequado**.
>
> A Administração Pública resolve diversos conflitos diariamente através de negociação. Os interessados são recebidos pessoalmente, ou mesmo por telefone, por servidores e autoridades pública para dialogarem sobre controvérsias relativas a demandas individuais e coletivas. Mas nem sempre

22 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas, 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 48.

23 BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Azevedo, André Gomma de (Org.), Manual de Mediação Judicial, 6ª. Edição (Brasília/DF: CNJ), 2016, p.20.

24 FISHER, Roger Como chegar ao sim [recurso eletrônico] /Roger Ficher, William Ury, Bruce Pattom; tradução de Rachel Agavino, - Ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p.24.

25 TONIN, Mauricio Morais, Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público, São Paulo: Almedina, 2019, item 3.6, Negociação com a Administração Pública, p. 176 e 193.

> essa via de comunicação está aberta a todos os interessados. É preciso democratizar o acesso à tentativa de composição consensual de conflitos com a Administração. (...)
>
> Normalmente, a negociação ocorre administrativamente, fora do Judiciário. Um ambiente ideal para a implementação da negociação com a Administração é o das câmaras administrativas de solução de conflitos, que podem admitir tanto a conciliação como a negociação direta entre os interessados, sem o terceiro facilitador. (g.n.)

Está evidenciada a possibilidade de conciliação junto aos órgãos **ambientais, devendo estar presentes os seguintes requisitos**: **i**) análise prévia acerca da vantagem e viabilidade jurídica; **ii)** a análise deve ser realizada em processo administrativo**; iii)** observância da negociabilidade subjetiva – pessoa capaz e servidor da Administração Pública direta e indireta com poderes para celebrar acordo; **iv)** negociabilidade objetiva: direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam a transação; **v)** motivação do ato – legalidade; **vi)** edição de ato regulamentar das condições e parâmetros objetivos para celebração de acordos a respeito de determinada controvérsia repetitiva, quando for o caso[26].

Salienta Fernanda Tartuce[27] sobre a autocomposição, que esta é um gênero que engloba as espécies: unilateral e bilateral, sendo que cada uma possui suas subespécies: a renúncia, a desistência ou o reconhecimento jurídico do pedido. A autocomposição unilateral depende de ato a ser praticado por uma das partes em sua seara de disponibilidade. Com relação a autocomposição bilateral se realiza com a participação dos envolvidos na situação controvertida. A autora menciona a autocomposição bilateral via negociação e cita como exemplo o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), fixado na Lei de Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347/85).

Conciliação é método autocompositivo indireto, onde as partes tentam entrar em conciliação com a ajuda de um terceiro capacitado e imparcial (conciliador), que por meio de técnicas adequadas os estimula à busca de saídas, ou seja, solução do conflito ou acordo. Na conciliação privada nem sempre o conciliador tem formação jurídica, enquanto na esfera pública, a conciliação é regida pelo CPC/15.

Interessante, pontuar que com o advento do Código de Processo Civil/15, ocorreu um estímulo para que a Conciliação seja efetivada, em qualquer estado em que se encontrar o processo (art. 3º, parágrafo 3º e art. 334).

A Mediação na Administração Pública encontra-se regulada pelos arts. 32 a 40 da Lei Federal n. 13.140/15, a qual instituiu um relevante mecanismo na solução de conflitos envolvendo os entes públicos, ao inserir o Capítulo II, denominado "Autocomposição de Conflitos em que for Parte Pessoa Jurídica de Direito Público", no qual estabeleceu a faculdade de criação, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: (i) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; ii) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e iii) **promover, quando couber a celebração do termo de conduta** (art. 32).

Nesse propósito, o instrumento a ser utilizado é o Termo de Ajustamento de Conduta, inserido em nosso sistema jurídico por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 221, da Lei Federal n.

26 TONIN, Op.cit., item 3.4, Requisitos de Validade da Solução Negociada, p. 178.

27 Op.cit., p.36-56.

8.069/90), posteriormente incorporado à Lei de Ação CivilPública (Lei Federal n. 7.347/85) pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/00).

Interessante esclarecer que os órgãos integrantes do SISNAMA estão autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, Termo de Compromisso, seja com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, **para que possam promover as necessárias correções de suas atividades, em prol das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, em observância aos §§ 1º a 8º, do art. 79-A, da Lei dos Crimes Ambientais (Lei Federal n. 9.605/98)**.

Nesse sentido, pode ser objeto de TAC a conversão de multas em prestação de serviços ambientais, explicitadas no art. 79-A, da Lei dos Crimes Ambientais regulamentada pelo Decreto Federal n. 6.514/08, não havendo necessidade de manifestação do MPE (se não for o tomador do compromisso), nem de homologação judicial para que tenha validade, conforme preceitua a Lei de Ação Civil Pública. Da mesma forma, o compromisso fixado no art. 26 da LINDB dispensa a manifestação ministerial e homologação judicial, exigida apenas a publicação oficial para produção de seus efeitos.

Diversas técnicas podem ser aplicadas nesses métodos, desde que estudadas e compreendidas, dentre essas destaca-se a técnica da Comunicação-Não-Violenta, desenvolvida pelo psicólogo Marshall B. Rosenberg[28], que visa aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais, permitindo que as pessoas continuem humanas, mesmo em condições adversas e que consigam solucionar conflitos.

A Professora Mayara Carvalho[29] ao abordar sobre o tema comenta:

> (...) Embora a comunicação não violenta não procure limitar as inúmeras possibilidades de contato entre seres humanos, Marshall Rosenberg sugeriu a observância de quatro passos essenciais como modo de guiar-nos no caminho. Não são propriamente regras de conduta, mas oferecem guias importantes caso estejamos um pouco confusos sobre o modo como agimos.
>
> Esses quatro passos sugeridos seriam: a) observar de maneira consciente, discernindo onde termina o fenômeno observado e onde começa o julgamento pessoal; b) identificar os sentimentos relacionados à situação observável; c) identificar as necessidades humanas fundamentais que foram afetadas e que amparam os sentimentos observados; d) formular umpedido capaz de expressar aquilo de que gostaria naquela situação.

Essa técnica está conectada aos relacionamentos humanos e à arte de se comunicar com consciência, assumindo responsabilidades como partícipes na tessitura da paz, podendo ser utilizada de forma efetiva na contribuição de resolução de conflitos, promovendo o diálogo e a empatia entre as partes, inclusive, nas relações que envolvem a AdministraçãoPública.

As questões ambientais, em sua maioria envolvem múltiplos e diversos sujeitos com diferentes objetivos e que terão que ser convocados para a resolução dos conflitos, sendoque os métodos a serem aplicados pela Administração Pública oportunizam diálogos entreos atores envolvidos, promovendo a pacificação e a solução do conflito, em tempo e custos menores que a judicialização.

28 ROSENBERG, Marshall B. Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais; [tradução Mário Vilela]. – São Paulo: Ágora, 2006.

29 CARVALHO, Mayara, [et al], (Org.). Comunicação Não Violenta: Diálogos e reflexões. Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2020, O DIÁLOGO COMO FERRAMENTA PARA "FAZER AS PAZES": uma introdução à comunicação não violenta e aos compromissos toltecas, p. 26.

II. O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA OTIMIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DERESOLUÇÃO DE CONFLITOS EXTRAJUDICIAIS, EM ESPECIAL JUNTO AOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS

2.1. A atuação preventiva da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul na resolução de conflitos - Câmara Administrativa de Solução de Conflitos

Relevantes alterações ocorreram nos últimos anos no que diz respeito ao Decreto Federal n. 6.514/08[30], a iniciar pela instituição do Programa de Conversão de Multas Ambientais,que possibilita aos órgãos federais integrantes do SISNAMA, a conversão de multas simples (§4º do art. 72, da Lei Federal 9.605/98), em serviços de preservação, melhoria erecuperação da qualidade do meio ambiente (art. 139, caput e § único, do Decreto Federal n. 6.514/08) e **inserindo o uso do método alternativo de resolução de conflito por meioda conciliação**, a ser estimulada pela administração pública federal, de acordo com o rito estabelecido no Decreto Federal n. 9.760/19[31].

A intenção é demonstrar a importância da orientação jurídica da Advocacia Pública na implementação de políticas públicas voltadas ao meio ambiente, em especial, no uso do método da conciliação para resolução do conflito.

É interessante registrar a realidade estrutural que se apresenta no Estado de Mato Grossodo Sul, por meio da Lei Complementar n. 95/01[32].

A Procuradoria-Geral do Estado é reconhecida constitucionalmente como instituição essencial à Administração Estadual, cabendo aos Procuradores do Estado, em caráter exclusivo, a representação do Estado e a defesa dos seus direitos e interesses nas áreas judicial, extrajudicial e administrativa, exercendo também a representação judicial de todas as entidades componentes da Administração Estadual Indireta[33].

E nesse cenário, a atuação das Coordenadorias Jurídicas[34] instaladas junto às Secretariasde Estado, representadas por Procurador(es) do Estado, por meio da consultoria eassessoria jurídica, na defesa do interesse público com foco na legalidade[35], eficiência e probidade dos atos administrativos, a fim de viabilizar e acelerar a implementação de políticas públicas, na forma preventiva e consensual de resolução de conflitos, em benefício da sociedade.

30 Decreto Federal n. 9.197/17, "Altera o Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, para dispor sobre conversão de multas".

31 Decreto Federal n. 9.760/19, " Altera o Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações".

32 Lei Complementar n. 95/01,"Dispõe sobre a organização da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul e o estatuto da carreira de seus membros, e dá outras providências".

33 Art. 2º A Procuradoria-Geral do Estado é instituição essencial à Administração Pública Estadual, cabendo aos Procuradores do Estado, em caráter exclusivo, a representação do Estado e a defesa dos seus direitos e interesses nas áreas judicial, extrajudicial e administrativa e, em especial:

I - (...) IV - exercer as funções de consultoria e de assessoramento jurídico, de coordenação e supervisão técnico- jurídica do Poder Executivo e da administração indireta, bem como emitir pareceres normativos ou não, para fixar a interpretação administrativa na execução de leis ou de atos do Poder Executivo e fazer a exegese da Constituição Estadual e Federal;

34 Art. 6º São órgãos da Procuradoria-Geral do Estado:

I - Órgãos Superiores: a) (...);

e) as Coordenadorias Jurídicas de órgãos da Administração Pública;

35 Art. 37 da CF/88: "Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ( )"

Nessa sintonia, a sociedade contemporânea dá asas à nova governança e a novos mecanismos de serviços, cujo palco possibilita o diálogo estreito entre o poder público ea coletividade, a fim de atender aos interesses comuns e, nesse viés, o papel da AdvocaciaPública é fundamental.

Por meio da Resolução PGE/MS/n. 242, de 30 de junho de 2017, foi criada a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC) no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, que tem prestado serviços de relevância à população sul-mato-grossense, nas áreas de Saúde[36] e Precatórios[37], e, em plena expansão noutras áreas[38].

Para tanto, a Advocacia Pública deve estimular de forma proativa e com segurança jurídica, a implementação das vias alternativas de resolução de conflitos entre o Poder Público e os cidadãos na seara ambiental, em busca de solucionar os conflitos por meio das ferramentas disponíveis, o que implica na redução da litigância, celeridade, recomposição do patrimônio público lesado, incremento da cooperação entre as partes napromoção de sociedades pacíficas inclusivas para o desenvolvimento sustentável, aliado ao desenvolvimento econômico.

Bastante válida é a lição do Professor Juarez de Freitas[39]:

> Nessa perspectiva, eis o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade doEstado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial,socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e futuro, o direito ao bem-estar. (...)
>
> Entretanto, o desenvolvimento não precisa ser contraditório com a sustentabilidade. Claro que não. Desde que se converta num deixar envolver (desenvolver) com tudo aquilo que aprisiona e bloqueia o florescimento integral dos seres vivos. Dito de outro modo, uma vez reconcebido, o desenvolvimento pode-deve transcorrer de modo contínuo, multifacetado e emancipatório. E mais: traduz-se como legítimo desiderato intertemporal almejado pela nossa Carta (CF, arts. 3º, 170 e 225), pois de nada adiante perquirir sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *strictu sensu*, se antes não se obtiver a aprovação no testede legitimidade do desenvolvimento. Eis a questão primeira.

Nesse contexto, uma das funções do administrador público é tecer e implementar políticaspúblicas, algumas delas definidas na CF/88 e outras por legislação infraconstitucional, tendo o gestor a discricionariedade acerca da melhor forma de concretizar, por isso deveser feita de forma motivada, transparente e com impacto positivo, pois ele é agente transformador.

Logo, a construção de políticas públicas tem que ser feita de modo transversal, integradapor meio de ações articuladas entre os atores envolvidos, e, que o acesso à informação ocorra de forma ampla, transparente, a fim de criar canais de comunicação entre os autuados, desburocratizando procedimentos e atingindo os fins colimados: conscientização da sociedade na responsabilidade para com o meio ambiente e qualidade de vida; redução dos gastos públicos; recuperação dos créditos; celeridade e simplicidade na prestação de serviço público e reparação do meio ambiente.

Enquanto a coletividade não assumir a responsabilidade do uso racional do bem comum do

36 Resolução Conjunta PGE/SES/n. 002, de 7 de outubro de 2019. Regulamenta as hipóteses que serão objeto de análise e conciliação junto à Câmara Administrativa de Solução de Conflitos – CASC/PGE na área da saúde.

37 Disponível em https://www.pge.ms.gov.br/casc-precatorios-e-tema-do-pge-em-acao/.

38 Disponível em http://www.pge.ms.gov.br.

39 FREITAS, Juarez, Sustentabilidade:direito ao futuro. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 759 e 776.

povo (meio ambiente) e o interiorizar em seus atos, os princípios da precaução e da prevenção continuarão à margem e o Poder Público, no exercício do poder de polícia tem o dever de impor penalidades administrativas àqueles que afrontam as normas jurídicas de proteção do meio ambiente, de acordo com o que estabelece o art. 72, da Lei Federal n. 9.605/98, regulamentada por meio do Decreto Federal n. 6.514/08, que dispõe dentre as sanções aplicáveis às infrações administrativas, a multa simples (at. 72, inciso III).

A geografia que permeia o campo das infrações é traçada por autuações de diversas espécies (contra a fauna; flora; relativas à poluição; o ordenamento urbano e o patrimônio cultural; a administração ambiental; unidades de conservação, dentre outras). Esses atos praticados pelos infratores contribuem de forma nociva na qualidade da saúde e do meio ambiente coletivo, cuja responsabilidade em preservá-lo é comum a todos, inclusive para as gerações futuras.

Neste desiderato, com a finalidade de operacionalizar a conciliação entre os órgãos ambientais e os autuados, iniciaremos a navegação no **Programa de Conversão de Multas Ambientais (PCMA), instituído pelo Ministério do Meio Ambiente**.

2.2. Breves pinceladas - Programa de Conversão de Multas Ambientais (PCMA) – âmbito federal - normas – finalidades e procedimentos.

A alteração do Decreto Federal n. 6.514/08 foi marcada por modificações pontuais que, dentre elas, destacam-se: i) instituição do Programa de Conversão de Multas Ambientais; ii) estimular a realização de **conciliação ambiental** em audiência única entre o órgão ambiental e o infrator para a reparação integral dos danos ambientais, sem a necessidade de buscar a prestação da tutela jurisdicional (art. 95-A c/c 98-B); iii) **criação do Núcleo Ambiental**[40], integrante da estrutura do órgão ou da entidade da administração pública composto por, no mínimo, dois servidores efetivos, sendo, ao menos um deles, integrante do órgão ou da entidade da administração pública federal ambiental responsável pela lavratura do auto de infração, bem como estipula os procedimentos (art. 98-A a 98-B) e a **possibilidade do autuado requerer a conversão de multa à autoridade superior, até a decisão de segunda instância** (art. 142, incisos I a III); iv) **estabelece o mesmo desconto de 60% para ambas as modalidades de conversão especificadas nos incisos I e II do art. 142-A**, o que significa: implementação pelo próprio autuado, de projeto de serviço de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, ou pela adesão do autuado a projeto previamente selecionado pelo órgão da administração pública federal ambiental, com o pagamento do valor da multa convertida em fundo privado e v) a administração pública federal ambiental indicará o projeto ou a cota-parte do projeto de serviço a ser implementado e sua execução deverá ocorrer, prioritariamente, no Estado em que ocorreu a infração (art. 142-A, §§ 1º e 3º).

Nesse norte, **o Programa de Conversão de Multas Ambientais** (PCMA) tem seus procedimentos fixados no inciso I, do artigo 142-A do Decreto n. 6.514/08, regulamentado por meio da Instrução Normativa Conjunta MMA/IBAMA/ICMBIO n. 01/202041, tendo em seu art. 5º, de que forma o autuado

40 Portaria Conjunta n. 1, de 7 de agosto de 2019, "Institui o Núcleo de Conciliação Ambiental no âmbito do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis –IBAMA e do Instituo Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade –ICMBio.

41 Regulamenta o processo administrativo federal para apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

poderá requerer a conversão da multa **desde a audiência de conciliação a ser realizada no Núcleo de Conciliação Ambiental** (art. 5º, I) até a decisão de segunda instância (art. 5º, inciso II). O valor dos custos dos serviços de preservação, conservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente será igual ou superior ao valor da multa consolidada. O valor do desconto modifica para cada etapa processual, o que significa **desconto mais elevado para a adesão realizada durante a audiência** (art. §1º, inciso I, II e II do art. 9º).

É oportuno registrar que é **vedado conversão de multas em serviços, em situações de infrações ambientais que tenham provocado mortes humanas**[42] e que **não cabe conversão de multa para reparação de danos decorrentes das próprias infrações**[43].

No caso de decisão favorável ao pedido de conversão de multa, a autoridade notificará oautuado para comparecer à unidade administrativa indicada pelo órgão federal emissor damulta para assinatura do Termo de Adesão à Conversão da Multa (art. 146 do Decreto Federal n. 6.514/08), que em caso de inadimplemento tem efeito nas esferas civil(execução judicial imediata das obrigações pactuadas, em vista do seu caráter de título extrajudicial) e administrativa (inscrição em dívida ativa acrescido dos consectários legais), nos termos do art. 146, §8º, incisos I e II do aludido diploma legal.

É válido lembrar que a assinatura do termo de compromisso suspende a exigibilidade damulta, por outro lado, o autuado abdica do direito de recorrer da penalidade e o processoadministrativo só se encerra após o cumprimento integral das obrigações por parte do autuado, (art. 146, § §5º e 6º).

Ponderamos que a implementação e a operacionalização dessa política encontra-secondicionada às ações, às atividades e aos programas desenvolvidos pelo Estado, sendo que o gestor público na discricionariedade de seus atos e decisões deve balizá-los nos princípios constitucionais irrigados da Administração Pública e considerar as consequências práticas de sua medida, sob pena de desvio das finalidades e responsabilização de seus atos.

Nesse compasso, assevera o Professor Rafael Martins Costa Moreira[44]:

> O emprego da negociação nas disputas envolvendo o Estado, convém reiterar, é possível e recomendável, sempre que não ultrapassar o que pode definir como "espaço inegociável", que, na seara do direito público, decorre sobretudo da incidência cogente dos princípios constitucionais da Administração Pública. É dizer, enquanto que os envolvidos em disputas privadas podem perseguir seus próprios interesses, a Administração encontra, no âmbito do Estado de Direito, um vínculo inseparável com a competência legal e a responsabilidade pelo bem comum ou interesse público. (...)
>
> Os direitos relacionados a interesses transindividuais, assim, podem ser objeto de negociação, desde que não haja renúncia ao próprio direito, ofensa ao texto legal ou constitucional, tampouco desprezo ao núcleo essencial dos direitos fundamentais em questão. Como bem referiu Freitas, 'importa fixar limites ético-jurídicos, pois existe a esfera do inegociável´, de modo que: no sistema brasileiro, estão manifestamente vedadas: (a) soluções consensuais ímprobas; (b) soluções consensuais desproporcionais; (c) soluções consensuais opacas e refratárias aos procedimentos de controle; (d) soluções consensuais que sufocam conflitos sem resolvê-los e (e) soluções consensuais que almejam contornar a reserva legal.

42 Art. 139 ( )
Parágrafo único. A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, excetuadas as multas decorrentes de infrações ambientais que tenham provocado mortes humanas.

43 Art. 141 . Não caberá conversão de multa para reparação de danos decorrentes das próprias infrações.

44 MOREIRA, Rafael Martins Costa. Acordos ambientais e os limites do inegociável. – Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 1699 e 1730.

O que se depreende é que a possibilidade da conciliação proporciona maior eficiência àatuação da administração, pois o acordo entre o órgão ambiental e o infrator para conversão da multa sem a necessidade de buscar a prestação da tutela jurisdicional, reduztempo e custos, promove a conscientização do autuado na preservação e na conservaçãodo meio ambiente, e, direciona a aplicação dos valores das multas arbitradas por órgãos e entidades da União, integrantes do SISNAMA, na promoção de serviços ambientais e na prevenção de danos, fortalecendo a via da eficiência administrativa.

Feitas essas ligeiras pinceladas a respeito do tema, na seara federal, partimos para o cenário construído no Estado de Minas Gerais.

2.3. Breve panorama - Programa de Conversão de Multas Ambientais – âmbito do Estado de Minas Gerais - normas – finalidades e procedimentos.

De forma singular e dinâmica surgiu o Programa Estadual de Conversão de Multas Ambientais[45], destinado a possibilitar a conversão dos valores devidos a título de multassimples aplicadas nos autos de infração ambiental em financiamento de projetos, cujo objeto se relacione a medidas de controle, sem prejuízo da reparação do dano ambiental diretamente causado pela atividade ou empreendimento.

As medidas de controle e reparação ambiental, a serem objeto de projetos passíveis de financiamento são similares ao do Programa Federal, conforme delineadas em seu art. 1º,Parágrafo único, incisos I a VIII, e quem aderir ao programa terá 30% de desconto. Apósesse abatimento, metade da quantia será destinada aos cofres do Estado e o restante em ações de programa, ficando ao encargo da SEMAD a gestão do fundo e monitoramento do projeto.

É válido pontuar que caso o autuado tenha interesse na celebração do termo de compromisso (art. 2º, §§ 1º e 2º) **deverá manifestar-se no momento da autuação**, em formulário específico, ou por meio de sistema eletrônico, no prazo previsto no art. 58 doDecreto Estadual n. 47.383/18[46]. Não é permitido adesão ao programa aos infratores reincidentes e em caso de haver mortes ou uso de métodos cruéis para abate ou captura de animais.

No Estado de Minas Gerais consolidou-se uma rede estruturada para a resolução de conflitos de interesse envolvendo causas ambientais, visando à preservação dos recursosnaturais e o fortalecimento de diálogo interinstitucional com objetivo de combater o excesso de ações judiciais relativas a danos à fauna, flora e à natureza, bem como a solução rápida e menos burocrática às questões que envolvem meio ambiente e apacificação social em parceria com o cidadão.

Essa rede estruturada consolidou-se no dia 19 de abril de 2018, por meio de um termo de cooperação firmado entre o Estado de Minas Gerais, via Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD), o Instituto Estadual de Florestas (IEF), o Instituto Mineiro de Gestão das Águas (IGAM), a Fundação Estadual de Meio Ambiente (FEAM), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (AGE-MG) e o Ministério Público Estadual, por intermédio da Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ-MG). Em 2018, o estoque de multas lavradas superava

45 Instituído por meio do Decreto Estadual n. 4.772/19. Disponível no sitio eletrônico: https://mobile.almg.gov.br

46 Decreto Estadual n. 47383/18, “Estabelece normas para licenciamento ambiental, tipifica e classifica as infrações à normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos e estabelece procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação das penalidades”.

R$ 1,5 bilhões, valores esses a serem arrecadados e destinados à preservação do meio ambiente e à prestação de serviços com qualidade para a sociedade.

O TJMG e o Estado diagnosticaram a existência de vários processos em trâmite na esferajudicial e autos de infração ambientais na esfera administrativa que poderiam ser objeto de conciliação, e, concluíram que a conjugação de esforços seria necessária para melhoraplicação dos recursos públicos e firmar uma política pública permanente de incentivo eaperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos. Diante desse cenário apresentado, instituiu-se o Comitê de Acompanhamento do Sistema de ResoluçãoConsensual em Processos Infracionais.

A cooperação inicialmente terá a duração de 60 meses e o TJMG participará do comitê disponibilizando recursos logísticos dos Cejuscs para a realização de sessões de resoluçãoconsensual em processos infracionais e colaborar na capacitação de profissionais externosquanto à aplicação de metodologias de autocomposição para o deslinde das controvérsias.

Dessa feita, por meio de ações sinérgicas entre os Poderes, os objetivos envolvidos são apriorização da recuperação dos danos ambientais, a solução una dos conflitos nas esferasadministrativa, cível e penal (tríplice responsabilidade), com homologação judicial do acordo, a redução dos passivos ambientais e processuais, atrair o interesse do cidadão infrator para a regularização ambiental com a expressiva redução da multa e aplicação damesma em projetos de recuperação dos danos ambientais.

2.4. Breves apontamentos - Programa de Conversão de Multas Ambientais – âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul. Necessidade de implantação do "Núcleo de Conciliação Ambiental do IMASUL".

Nessa dinâmica de priorizar o Programa de Conversão de Multas Ambientais na plataforma de políticas públicas deste Estado promissor, alguns apontamentos construtivos se fazem necessários a fim de que atinja os fins colimados: recuperação do meio ambiente; recuperação dos créditos; estreitamento da relação dialógica entre o autuado e o Poder Público; incentivar a participação em massa dos infratores à conciliação; fortalecimento da conscientização ambiental; celeridade e prestação de serviço público otimizado.

O Programa de Conversão de Multas Ambientais do Instituto de Meio Ambiente de MatoGrosso do Sul (PECOMA – IMASUL), institui-se por meio do Decreto Estadual n. 15.156/19[47], que nos mesmos moldes do Programa Federal, prioriza as medidas de controle e reparação ambiental, a serem objeto de projetos passíveis de financiamento (art. 2º, incisos I a X), e, na época em que foi lançado, apontava um potencial de conversãoimediata de R$ 11 milhões de reais.

A citada norma oportuniza ao autuado a conversão da multa em prestação de serviços aomeio ambiente das seguintes formas: a) forma direta, onde o próprio autuado implementapor seus próprios meios e executa as ações, atividades e obras referentes aos serviços depreservação, de melhoria e de recuperação da qualidade do meio ambiente (art. 3º, inciso I); b) de forma indireta, onde o autuado adere ao projeto apresentado por órgãos e por entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, previamente selecionados pelo IMASUL (art. 3º, inciso II) e c) pela adesão aos investimentos e ao custeio, das ações, das atividades,

47 Disponível no sitio eletrônico: http://www.ms.gov.br

das obras e dos projetos referentes ao serviços de preservação, de melhoriae de recuperação da qualidade do meio ambiente executados pelo IMASUL (art. 3º, incisoIII).

Não caberá ao autuado a conversão de multa para reparação de danos ambientais decorrentes das próprias infrações e o valor dos custos da execução das ações, das atividades, das obras e dos projetos será igual ou superior ao valor da multa convertida (arts. 4º e 5º, *caput*).

A autoridade ambiental ao deferir o pedido de conversão da multa, que poderá ocorrer até antes da inscrição em dívida ativa[48], aplicará sobre o valor da mesma o desconto de 35% (trinta e cinco por cento) na hipótese do inciso I do caput do art. 3º (forma direta) e 60% (sessenta por cento), na hipótese prevista nos incisos II e III (forma indireta) do caput do art. 3º, podendo ser parcelado em 24 (vinte e quatro) vezes mensais e sucessivas.

Na hipótese de deferimento do pedido de conversão de multa, a autoridade julgadora notificará o autuado pra comparecer ao IMASUL para a assinatura do Termo de Compromisso de Conversão de Multa Ambiental, sendo que o mesmo suspende a exigibilidade da multa e implica em renúncia ao direito de recorrer administrativamente (art. 6º, § 3º c/c art. 8º, § 3º) e no caso de indeferimento, caberá recurso à Câmara Recursal do IMASUL[49].

Ao que se refere ao Termo de Compromisso, consta no art. 8º, incisos I a IV[50], as cláusulasobriga-

48 Decreto Estadual n. 15.156/19. Art. 6º O autuado poderá requerer a conversão de multa em qualquer momento da tramitação do processo administrativo objeto do auto de infração, inclusive após a decisão da autoridade julgadora, desde que antes da inscrição do débito em dívida ativa.

49 Decreto Estadual n. 13.989/14, "Cria, no âmbito do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL), a Câmara Técnica Recursal".

50 Art. 8º Em caso de decisão favorável ao pedido, as partes celebrarão Termo de Compromisso de Conversão de Multa Ambiental, no qual serão estabelecidas as condições de vinculação do autuado ao objeto da conversão de multa, o prazo de execução dos serviços de preservação, conservação, melhoria e de recuperação da qualidade do meio ambiente e as demais obrigações pactuadas.

§ 1º O Termo de Compromisso de que trata o caput deste artigo conterá as seguintes cláusulas obrigatórias: I - nome, qualificação e endereço das partes compromissadas e de seus representantes legais;

II - serviço ambiental objeto da conversão;

III - prazo de vigência do compromisso, que será vinculado ao tempo necessário à conclusão do objeto da conversão, em função de sua complexidade e das obrigações pactuadas;

IV - multa a ser aplicada em decorrência do não cumprimento das obrigações pactuadas; V - efeitos do descumprimento parcial ou total do objeto pactuado;

VI - reparação dos danos decorrentes da infração ambiental, caso existentes; VII - foro competente para dirimir litígios entre as partes.

§ 2º Na hipótese da conversão prevista no inciso II do caput do art. 3º deste Decreto, o Termo de Compromisso deverá:

I - conter a descrição detalhada do objeto;

II - especificar o valor do investimento previsto para a sua execução; III - especificar as metas a serem atingidas;

IV - conter anexo com o plano de trabalho, do qual constarão os cronogramas físico e financeiro de implementação do projeto aprovado;

V - ser instruído com comprovante de depósito integral ou de parcela em conta garantia em banco público, observado o disposto no § 3º do art. 5º deste Decreto, referente ao valor do projeto selecionado ou à respectiva cota- parte de projeto, nos termos definidos pelo IMASUL;

VI - conter a outorga de poderes do autuado ao IMASUL para a escolha do projeto a ser apoiado;

VII - contemplar a autorização do autuado ao banco público, detentor do depósito do valor da multa a ser convertida, para custear as despesas do projeto selecionado;

VIII - prever a inclusão da entidade selecionada como signatária e as suas obrigações para a execução do projeto contemplado;

IX - estabelecer a vedação do levantamento, a qualquer tempo, pelo autuado ou pelo IMASUL, do valor depositado na conta garantia, na forma estabelecida no inciso V deste artigo.

§ 3º A assinatura do Termo de Compromisso suspende a exigibilidade da multa aplicada e implica renúncia ao direito de recorrer administrativamente.

§ 4º A celebração do Termo de Compromisso não encerra o processo administrativo da multa, observado que o IMASUL fará o monitoramento e avaliação, a qualquer tempo, do cumprimento das obrigações pactuadas.

§ 5º O Termo de Compromisso terá efeito nas esferas civil e administrativa, sendo que o seu não cumprimento parcial ou total

tórias, sendo que a sua celebração não põe fim ao processo administrativo, pois o órgão ambiental estadual continuará fazendo o monitoramento e avaliação do cumprimento das obrigações pactuadas, tendo efeito na esfera administrativa (inscrição do débito em dívida ativa) e civil (natureza de título executivo extrajudicial – art. 79-A, Lei Federal n. 9.605/98 e art. 5º, § 6º da Lei Federal n. 7.347/85 e art. 26 da LINDB), conforme abordado no Capítulo anterior.

Os desdobramentos na seara do IMASUL foram convertidos em Projetos, nos moldes doart. 3º, III, do Decreto Estadual n. 15.156/19 (PECOMA), em que o autuado pleiteia pelaconversão da multa aderindo aos investimentos e ao custeio, das ações, das atividades, das obras e dos projetos referentes aos serviços de preservação, de melhoria e derecuperação da qualidade do meio ambiente, executados pelo IMASUL, conforme abaixodelineado:

- Portaria IMASUL n.732, de 06 de novembro de 2019, "Institui no âmbito do Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul o Programa IMASUL DIGITAL", que de acordo com o Planejamento Estratégico do IMASUL 2019-2024, elegeu como prioridadea modernização e a melhoria contínua da gestão por processos, dotando-o de tecnologiasde trabalho inovadoras, com investimento em máquinas e sistemas, culminando com a economia, celeridade e transparência na gestão ambiental no Estado, cujo prazo de execução será de 36 (trinta e seis) meses, podendo ser prorrogado mediante justificativa,considerando as necessidades da autarquia estadual;

- Portaria n. 806, de 11/09/20, que "Institui no âmbito do Instituto de Meio Ambiente deMato Grosso do Sul- IMASUL, o Programa CONSERVA MS", que objetiva possibilitarações de proteção e conservação da fauna silvestre e ictiofauna no Estado, cujo prazo deexecução será de 36 (trinta e seis) meses, podendo ser prorrogado mediante justificativa,considerando as necessidades da autarquia estadual e

- Portaria n. 877, de 04/03/2021, que "Institui no âmbito do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL o Programa RENOVA TAQUARI", com objetivo deimplantar ações de recuperação ambiental na bacia hidrográfica do Rio Taquari, cujo prazo de execução será de até 48 (quarenta e oito) meses, podendo ser prorrogado mediante justificativa.

A iniciativa do PECOMA é de grande avanço na condução de políticas públicas que visam a melhoria do meio ambiente, entretanto, em razão do Decreto Estadual n. 15.156,de 08 de fevereiro de 2019, ter sido editado antes do Decreto Federal n. 9.760, de 11 de abril de 2019, que altera o Decreto Federal n. 6514/08, conforme abordado neste Capítulo,item 2.2, propõe sua alteração, a fim de **instituir o Núcleo de Conciliação Ambiental do IMASUL**.

Os desafios por parte do Poder Público é de elevada responsabilidade, pois o direcionamento dos recursos públicos advindos desta demanda em prol do ambiente recuperado com maior brevidade do tempo, necessita do chamamento dos envolvidos nasautuações para regularizarem essas pendências, que deve ser feita primeiramente por meio de **audiência de conciliação, de modo físico ou virtual**, junto ao **Núcleo Ambiental** a ser instituído à **atividade de negociação direta**, o que facilitará o **diálogo entre as**

implicará:

I - na esfera administrativa, a inscrição imediata do débito em dívida ativa para cobrança da multa resultante do auto de infração em seu valor integral atualizado, com os acréscimos legais incidentes; e

II - na esfera civil, a execução judicial imediata das obrigações pactuadas, tendo em vista seu caráter de título executivo extrajudicial.

partes encurtando distâncias, de modo que a **conscientização/educação ambiental** seja o norte; a fim de **otimizar procedimentos administrativos** e viabilizar aexecução de projetos cujos serviços ambientais trarão impactos positivo na qualidade devida da população e ainda evitar que **prescrições ocorram.**

Outras demandas serão necessárias: capacitação dos servidores a serem envolvidos nessePrograma; diálogos **interinstitucionais**[51]; planejamento das políticas públicas envolvidasna vitrine de projetos; transparência e compartilhamento das informações ao público; compartilhamento regular de informações via mídia (social), palestras e eventos educacionais, fortalecendo a responsabilidade bem comum que é de todos e das geraçõesvindouras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os métodos são apresentados de modo interativo com a política nacional do meio ambiente, sua sintonia com os fundamentos da política judiciária instituída por meio da Resolução n. 125/10 e seu arcabouço normativo, apontando algumas técnicas que podemser utilizadas para oportunizar diálogos e a empatia entre as partes e sua aplicação no programa de conversão de multas ambientais, no rito do processo administrativo federala ser utilizado como ferramenta propulsora em prol do bem comum: meio ambiente.

Destaca-se de que forma a atuação proativa da Advocacia Pública colabora na implementação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, aponta os cenários que estão sendo desenvolvidos para a implementação desse programa, em nível federal enos Estados de Minas Gerais e Mato Grosso do Sul e a proposta de modificações da legislação estadual afeta ao assunto, a fim de instituir o Núcleo Ambiental do IMASUL que proporcionará por meio da conciliação maior eficiência à atuação da administração, pois o acordo entre o órgão ambiental e o infrator para conversão da multa, sem a necessidade de buscar a prestação da tutela jurisdicional reduz tempo e custos, promovea conscientização do autuado na preservação e na conservação do meio ambiente e, direciona a aplicação dos valores das multas na promoção de serviços ambientais e na prevenção de danos.

Os progressos obtidos no campo da hermenêutica constitucional nas últimas décadas sãoconsideráveis e têm sido fundamentais para o avanço da teoria do direito e da teoria da interpretação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2016. BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Azevedo, André Gomma de (Org.), *Manual de Mediação Judicial*, 6ª. Edição (Brasília/DF: CNJ), 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito Administrativo e políticas públicas* – São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Mayara, [*et al]*, (Org.). *Comunicação Não Violenta: Diálogos e reflexões*.Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2020, O DIÁLOGO COMO FERRAMENTA PARA “FAZER AS PAZES”: uma introdução à comunicação não violenta e aos compromissostoltecas.

51 Secretaria de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar – SEMAGRO; Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL; Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul e Polícia Militar Ambiental; OAB/MS; Defensoria-Pública, Ministério Público Estadual e Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul.

FISHER, Roger *Como chegar ao sim* [recurso eletrônico] /Roger Ficher, William Ury, Bruce Pattom; tradução de Rachel Agavino, - Ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Sextante,2018.

FREITAS, Juarez, *Sustentabilidade:direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LINHARES, Camila; BOVENDORP, Beatriz. *Gestão de conflitos na atualidade.* Belo Horizonte, 2018, no prelo.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Acordos ambientais e os limites do inegociável*. – Londrina, PR: Thoth, 2021.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*; [tradução Mário Vilela]. – São Paulo: Ágora, 2006.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5ª. ed. ver. Atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método: 2019.

TONIN, Mauricio Morais, *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público*, São Paulo: Almedina, 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, 6.ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

WATANABE, Kazuo, *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*, in PELUZO, Min, Antonio Cezar e RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS (CRD) E SUA UTILIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO NO BRASIL – ANÁLISE SOBRE A VIABILIDADE JURÍDICA E ADEQUAÇÃO

Carlo Fabrizio Campanile Braga[1]

INTRODUÇÃO

O notório esgotamento do sistema tradicional de justiça, seja pela saturação causada em razão do excessivo número de processos, seja por sua ausência de especialização em determinados assuntos, exigiu não só reformas legislativas como também na gestão do próprio sistema de justiça. Tais reformas, à toda evidência, não se mostraram suficientes. Em paralelo a estas medidas, teve também início um movimento pela implementação de formas alternativas para a solução de conflitos, especialmente levando em conta as experiências internacionais.

Com isto foram sendo pensados novos métodos e institutos com o objetivo de servir como alternativa ao modelo tradicional de solução de conflitos, especialmente a conciliação, a mediação e a arbitragem. Estes instrumentos tem como justificativa a possibilidade de que de modo mais célere, eficaz e menos custoso, as partes tenham acesso a produção de uma decisão que atenda a complexidade e especificidade de seu conflito, ou seja, que deles resulte uma decisão adequada.

Neste contexto é que surge a figura dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), que têm como objetivo propiciar que a resolução, e também a prevenção, de conflitos oriundos de determinadas relações contratuais seja realizada por meio de especialistas escolhidos e contratados pelas partes.

Assim, o presente estudo terá como tema a análise da viabilidade jurídica e da adequação da utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (CRDs) como mecanismo adequado de prevenção e solução de conflitos em contatos de concessão.

Destaca-se que os contratos de concessão no Brasil, especialmente em razão do que dispõe o art. 175, CF, e as leis de Concessões (Lei nº 8.987/1995) e Parcerias Público-Privadas (Lei n° 11.079/2004), são contratos que possuem como objeto obras de engenharia e/ou serviços complexos, os quais exigem a realização de investimentos e custos elevados, bem como são de longa duração. Além disso, os contratos de concessão sempre serão considerados como contratos administrativos, na medida em que o contratante é um órgão ou entidade da Administração Pública.

Para o desenvolvimento da análise será realizado o estudo dos CRDs inseridos no contexto dos mecanismos alternativos/adequados de solução de conflitos e suas principais características. Também serão analisados os aspectos práticos e operacionais voltados a sua implementação, regulamentação e cumprimento de suas decisões. Por fim, a pesquisa buscará trazer elementos que justifiquem a possibilidade

1 Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, Professor, Mestre em Direito Constitucional (UNISC/RS), Especialista em Direito Público (UNIJUI/RS), Especialista em RPPS (Damásio Educacional/SP), MBA em Concessões e PPPs (FESPSP/SP e LSE/ING).

jurídica e a própria adequação da previsão dos CRDs em contratos de concessão no Brasil.

A pesquisa foi realizada com a utilização do método dedutivo, mediante a revisão bibliográfica das obras doutrinárias, das leis e da jurisprudência nacional sobre o tema. Em sua maior parte, o trabalho é desenvolvido de modo analítico, com a descrição dos temas relacionados aos mecanismos alternativos de solução de conflitos, dos contratos de concessão em infraestrutura no Brasil, dos CRDs e a utilização destes mecanismos alternativos pela administração pública. Em sua parte final, entretanto, a análise assume um caráter prescritivo, na medida em que são feitas propostas para melhor estruturar os CRDs em contratos de concessão.

I. APROXIMAÇÃO SOBRE OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1. Panorama atual sobre a prestação jurisdicional

Desde o princípio é importante deixar esclarecido que a as ponderações sobre o sistema judiciário são de cunho acadêmico e meramente descritivas. Não é objeto do presente estudo tecer críticas a organização ou funcionamento do Poder Judiciário, nem mesmo elaborar uma proposta normativa ou prescritiva de como ele deveria ser. Apenas se busca trazer uma mirada sobre a delicada situação do excesso de processos existente e seu reflexo para determinados setores.

Após a consolidação das ideias de Estado de Direito e do modelo de separação dos poderes, decorrentes das revoluções setecentistas (Americana e Francesa), o Poder Judiciário foi sendo forjado como o local destinado para a solução de todos os conflitos e litígios existente na sociedade.

De outra parte, e como consequência da sociedade de massa no século XX, houve a necessidade de um alargamento na ideia de acesso à justiça, bem representada pelas três ondas de acesso à justiça desenvolvidas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, onde são analisadas as formas de assistência judiciária para os mais pobres, a representação judicial de interesses difusos e a efetividade deste acesso[2] como mecanismos para difusão de um acesso à justiça efetivo e com maior amplitude.

A ampliação do acesso à justiça no Brasil, especialmente considerando a universalização da jurisdição propiciada pela abertura constante do art. 5º, XXXV, CF e pela estruturação do Poder Judiciário, do Ministério Público e das Defensorias Públicas, gerou um quadro de crescimento exponencial dos processos judiciais. E por mais que sejam tomadas medidas de aprimoramento das instituições judiciárias, aperfeiçoamento tecnológico, mais investimentos em recursos materiais e humanos ou mesmo o crescimento da produtividade dos magistrados, não se vislumbra um decréscimo no número de ações a serem apreciadas. Como vem apontando a doutrina:

> (...) com o crescimento exponencial da população e de suas demandas – incrementadas em número e complexidade em vista do fascinante aumento no trânsito de informações e da facilitação de sua divulgação –, chegou-se a um ponto no Brasil em que, apesar do esforço hercúleo dos magistrados e das Cortes de Justiça, a prestação jurisdicional de forma célere e eficaz não é possível.[3]

2 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 31/73.

3 OSÓRIO, Maria Helena. A mediação no direito empresarial: vantagens na realidade atual. In: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade e MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi (org.). A arbitragem na contemporaneidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 3.

Este é o quadro que se pode aferir pela última pesquisa anual realizada pelo CNJ (Relatório Justiça em Números) de 2020, onde apesar de todos os esforços, não foi detectada uma melhora significativa na redução do número de processos em andamento (mantendo-se a marca de 12,2 mil processos a cada grupo de 100 mil habitantes – ano-base: 2019)[4].

Nem mesmo a criação de um sistema multiportas, com a positivação no Código de Processo Civil de 2015 dos institutos da mediação e da arbitragem, parece estar resolvendo. Até mesmo porque, neste caso, os métodos são utilizados no interior do sistema judicial. Ou seja, e ainda que se mostre extremamente válida a preocupação da nova norma processual em incorporar os métodos de conciliação, mediação e outras técnicas alternativas, isto é feito como uma solução integrada ao sistema judicial, somente após a demanda já ter sido iniciada[5]. Neste caso o Código de Processo Civil disciplina os mecanismos alternativos de resolução de disputas não como meios alternativos, e sim como meios integrados ao processo judicial[6]. Esta configuração, ainda que salutar, não se mostra apta a resolver de modo satisfatório a questão dos conflitos em contratos de concessão.

Também motivado por este excesso de processos, os quais são das mais variadas espécies e complexidades, não há como exigir o grau de especialidade necessário para a atuação em casos que demandam conhecimentos multidisciplinares. Neste quadro se inserem os contratos de infraestrutura, os quais obrigatoriamente – como se verá abaixo – exigem uma plêiade de conhecimentos que perpassam por áreas técnicas específicas de cada setor de infraestrutura (energia, rodovias, saneamento, etc.), conhecimentos econômico-financeiros, societários, ambientais e jurídicos que são específicos e ao mesmo tempo complexos.

Esta conjuntura faz do Poder Judiciário um local que dificilmente poderá dar a resposta adequada a conflitos dessa natureza. É um dado da realidade constatar que atuação cotidiana do Poder Judiciário está vinculada a questões e litígios que não envolvem contratos administrativos, muito menos está afeito às peculiaridades e complexidades relacionadas aos contratos de concessão em infraestrutura[7].

Deste modo, analisadas estas questões de forma imbricada, se percebe que a solução judicial de conflitos no âmbito dos contratos de concessão não pode ser tida como a mais adequada, muito menos deve ser considerada como a primeira ou única forma.

1.2. Aspectos gerais sobre os métodos alternativos de solução de conflitos

Considerando o quadro acima analisado, especialmente levando em conta os fatores tempo e ausência de especialização, fica evidente a necessidade de que sejam cada vez mais utilizadas formas extrajudiciais de solução de disputas, ou formas alternativas à solução exclusivamente judicial de determinados conflitos.

4 Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020: ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2020, p 99. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf. Acesso em 05.8.2021.

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentação e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 254.

6 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 651.

7 RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. Disponível em: https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/estruturas-para-lidar-com-situacoes-graves-de-conflito-ou-de-inadimplemento-contratual-intervencao-step-in-rights-mediacao-e-arbitragem/#_ftn42. Acesso em: 15.8.2021.

De modo preliminar é importante fazer uma distinção entre os termos conflito e litígio no contexto dos mecanismos alternativos de solução de disputas. E esta não é uma mera distinção retórica, na medida em que os conflitos são anteriores e muito mais abrangentes do que os litígios.

O conflito pode ser entendido como "um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergências entre as pessoas (...)"[8]. Além disso, o conflito não necessariamente pode ser tido como algo negativo, pois, na verdade,

> O conflito em si tem caráter neutro, ou seja, é a mera sinalização de que há alguma diferença de opiniões. As pessoas é que dão a ele, segundo suas percepções, um caráter negativo ou positivo. No lugar de condenar os conflitos, deveríamos fazê-los trabalhar para nós.[9]

Os conflitos devem ser encarados como algo inerente ao relacionamento humano (empresarial, familiar, de trabalho, etc.) e que devem ser compreendidos e resolvidos de modo a solucionar a disputa do modo menos traumático e lesivo a todos os envolvidos.

O litígio, por sua vez, implica numa contraposição entre os envolvidos, uma situação em que ambos pretendem ganhar a disputa, trabalhando com uma lógica de vencedor e vencido. Não há disposição de vontade para que ambas as partes saiam vencedoras. Configura, assim, uma típica relação adversarial, em que as partes se põem em lados opostos, cada uma buscando a solução que atenda seu interesse.

Assim observado, deve-se considerar que antes que os conflitos se transformem em litígios mostra-se fundamental buscar uma solução que vise a preservação da relação existente entre as partes, resolvendo a questão-problema que gerou o conflito.

Neste ambiente é que surge a ideia de utilização dos denominados mecanismos de Resolução Adequada de Disputas (RAD), pelos quais um específico conflito poderá ser resolvido pelo mecanismo que mais se mostre adequado às características da relação, das partes e do objeto da disputa. Pode-se assim dizer que a depender da espécie de conflito se terá um ou mais modelos que sejam apropriados. Com isto se propicia a "escolha consciente de um processo ou método de resolução de conflitos, entre vários possíveis, considerando o contexto fático da disputa"[10].

Neste ponto são destacados os mecanismos que se apresentam como alternativas ao sistema judiciário. Estes mecanismos alternativos podem ser divididos em dois grupos tendo como base o modo de composição do conflito, quais sejam: (i) autocompositivos ou (ii) heterocompositivos.

No caso dos mecanismos de caráter autocompositivo a solução da disputa é obtida com a participação direta das próprias partes envolvidas. Como define a doutrina:

> A autocomposição pode ser na forma direta, quando as partes resolvem a disputa sem a intervenção de terceiros, o que ocorre na negociação, ou pela sistemática indireta, cujos processos são condu-

8 SAMPAIO, Lia Regina Castaldi e BRAGA NETO, Adolfo. O que é mediação de conflitos. São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 35.

9 BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro. Resolução de conflitos para representantes de empresa. Brasília, DF: FUND. UNIV. DE BRASÍLIA, 2014, p. 69. Disponível em https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/enapres/biblioteca/resolucao-conflitos-representantes-empresa.pdf. Acesso em 20.8.2021.

10 AZEVEDO, André Gomma de (org.). Manual de Mediação Judicial. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, p. 17. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em: 15.8.2021.

> zidos por terceiros neutros e imparciais, que é o caso dos institutos da mediação e da conciliação.[11]

Pondera-se que em alguns casos, a depender do método utilizado, haverá uma exigência maior ou menor da participação direta das partes. Contudo, a principal característica do modelo autocompositivo é ter na participação das partes para a formação do processo decisório, e da própria decisão, o fator predominante.

Dentre os mecanismos autocompositivos estão inseridos os métodos de solução adequada de conflitos representados pela negociação, mediação e conciliação.

A negociação, de modo geral, pode ser definida como o "processo pelo qual duas ou mais partes tentam resolver interesses opostos"[12], constituindo um dos vários mecanismos que as partes têm para deliberada e voluntariamente, mediante um processo de *dar e receber,* obter o acordo em um conflito de necessidades e interesses[13]. Assim, a negociação é um processo de troca de informações entre as partes, com a finalidade de se alcançar um acordo sem a participação ou intervenção de terceiros[14].

A mediação, por sua vez, é um processo que "oferece às partes envolvidas em conflito a possibilidade de encontrar, com a ajuda de um terceiro imparcial, o melhor modo de resolvê-lo ou administrá-lo"[15]. De forma sintética se pode dizer que

> A mediação consiste em uma negociação assistida, caracterizada pela não adversariedade, voluntariedade, imparcialidade, independência e sigilo, que envolve a intervenção solicitada e aceita de um terceiro. As decisões permanecem sob a responsabilidade dos envolvidos no conflito, ou seja, o mecanismo ocorre por meio da participação de um especialista, que estimula a comunicação e a negociação, cuja função é facilitar o entendimento entre as pessoas em litígios e ajudá-las a alcançar uma solução de benefícios e satisfação mútuos.[16]

Se percebe a diferença com a negociação pela introdução de um terceiro, imparcial, no processo de resolução do conflito. Este terceiro, que além de imparcial deve ter conhecimento e habilidades específicas nos métodos de solução de conflitos, tem a função de coordenar, estimular e facilitar a busca de um entendimento das partes quanto a adequada solução da disputa.

Já na modalidade de mecanismo heterocompositivo está inserida a arbitragem. De forma geral, e em síntese, a arbitragem é definida como

> (...) um meio privado de solução de conflitos de interesses, pelo qual as partes acordam que um terceiro ou um colegiado terá poderes para julgar e solucionar uma lide, com força de coisa julgada, vinculando-as ao seu cumprimento.
>
> Assim, a arbitragem tem origem contratual, pois decorre de um acordo de vontade de duas ou mais partes e o seu efeito é atribuir uma competência jurisdicional aos árbitros, para que eles julguem o

11 MAIA NETO, Francisco. Formas extrajudiciais de solução de disputas. In TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 15.

12 LEWICKI, Roy J.; SAUNDERS, David M. e BARRY, Bruce. Fundamentos de Negociação. Trad. Félix Nonnenmacher. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 7.

13 Idem ibidem, p. 7.

14 MAIA NETO, Francisco, op. cit., p. 22.

15 WARAT, Gisela Betina. Mediação: uma possibilidade de transformação das relações e das pessoas. In WARAT, Luis Alberto (org). Em nome do acordo: a mediação no direito. Florianópolis: EModara, 2018, p. 99.

16 MAIA NETO, Francisco, op. cit., p. 22.

conflito entre as partes de acordo com os termos acordados contratualmente.[17]

A arbitragem, assim, tem como sua principal característica aceitação das partes em submeter-se a uma decisão proferida por um terceiro. Aqui a participação das partes no processo de produção da solução é reduzido, cabendo ao especialista por elas escolhido a atividade de julgar a questão conflituosa, expedindo uma decisão que terá força vinculante, de forma similar a uma sentença judicial. A diferença é que a decisão se dá no âmbito extrajudicial como uma decorrência da estipulação contratual prévia feita pelas partes.

Tradicionalmente estes são os mecanismos amplamente reconhecidos para a solução de conflitos. Contudo, e partir destas formulações, existem vários outros mecanismos alternativos de solução de conflitos, e que inclusive derivam destas formas tradicionais, tais como: o *mini-trial*; a avaliação neutra; a arbitragem de ofertas mínimas; a construção de consenso e as formas de comitês de resolução de disputas[18].

Considerando a proposta do presente trabalho, a seguir será analisado de modo específico a instituição e funcionamento dos CRDs.

II. OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (CRDs)

2.1. Origem e conceito dos CRDs

A origem dos CRDs está intimamente ligada aos contratos de construção (obras), especialmente em razão dos problemas surgidos pelo desequilíbrio na forma de resolução de conflitos entre os contratantes e o construtor. Como detecta a doutrina, até meados do século XX as controvérsias surgidas no âmbito destes contratos eram resolvidas pelo próprio contratante, que aprovava as alterações e restituições que entendesse pertinentes, as impondo ao construtor que, em regra, não podia paralisar as obras. Para aperfeiçoar este modelo, e considerando a modificação na complexidade dos contratos de obra, foram tentados mecanismos mais sensíveis de composição dos conflitos, como o *Engineer* – profissional técnico contrato geralmente pelo dono da obra (em regra o poder público) para fiscalizar e acompanhar a execução, resolvendo os conflitos de natureza técnica[19].

A insuficiência desta solução, e o questionamento da parcialidade do *Engineer*, proporcionaram uma nova busca de alternativas para a solução extrajudicial e especializada destes conflitos, incluindo neste rol de mecanismos alternativos os comitês técnicos. Em 1972 o *U.S. National Committee on Tunneling Technology* patrocinou um estudo mundial sobre as contratações de obras a fim de melhorar estas práticas nos Estados Unidos. Umas das conclusões deste estudo foi a de que os efeitos deletérios das disputas e litígios sobre a eficiência do processo de construção era a maior causa do crescimento escalonado dos custos de construção, sendo que a partir deste relatório os *dispute boards* nasciam como um conceito para evitar este problema[20].

17 OLIVEIRA, Gustavo Justino de e ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Curso prático de arbitragem e administração pública [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-2.1.

18 - *Idem, ibidem*, p. 24/25.

19 - VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para as disputas sujeitas a normas de ordem pública? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 38, jul-set/2013 (edição eletrônica).

20 - History of the Dispute Board process and the DRBF. Disponível em https://www.drb.org/history. Acesso em 15.7.2021.

Assim, conforme relatam Vaz e Picoli

> Em 1975, o procedimento de DB foi utilizado experimentalmente para acompanhar a execução do grandioso projeto de construção do segundo furo do *Eisenhower Tunnel*, no estado americano do Colorado, com absoluto sucesso. A partir de então, o método veio ganhando alguma relevância, com utilização em alguns projetos, sobretudo nos Estados Unidos, sendo que sua adoção pelas partes contratantes era objeto de negociações específicas, nem sempre fáceis, pois os proprietários relutavam em abrir mão do seu tradicional poder.[21]

Para uma aproximação ao conceito dos CRDs se pode dizer que

> Os *Dispute Boards*, são acordados em contratos de médio e longo prazo para resolver disputas que possam surgir na execução deste contrato. Esta é a característica que os distingue de outros métodos de resolução de disputas: os *boards* foram concebidos para atuar antes do fim do contrato, procurando evitar que as disputas prejudiquem o projeto e colaborando para que as partes mantenham um relacionamento salutar no decorrer do contrato.[22]

Ao iniciar uma definição dos CRDs, e levando-os em consideração como uma técnica ou mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos, RANZOLIN diz que

> Mais especificamente, os Dispute Boards se destinam a prevenir que o objeto de uma contratação reste prejudicado em face de desentendimentos que afetem ou possam se avolumar até paralisar sua execução, com atrasos e prejuízos a todos os envolvidos.
>
> A técnica visa investigar, identificar e provocar a discussão das desavenças para sua solução em estágio inicial, através da designação pelas partes, desde o início da contratação, de um especialista imparcial (*neutral*, ou *single-person DB*) ou, alternativamente, de três especialistas imparciais que passarão a compor o "*Board*". De regra, o *Board* (ou o *single-person DB*) irá acompanhar toda a execução do contrato para o qual foi indicado.[23]

Analisando a definição dos CRDs Portela faz a seguinte observação:

> O *dispute board* é outro instrumento de solução de conflitos, com particularidades que o diferencia das demais modalidades. A Câmara Internacional de Comércio (*International Chamber of Commerce – ICC*) define de forma simples e completa o que é o *dispute board*:
>
> > são organismos independentes compostos por um ou três membros, geralmente estabelecido mediante a assinatura ou início da execução de um contrato de médio ou longo prazo, para ajudar as partes e evitar ou superar quaisquer divergências ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato.
>
> Nesta definição estão seus elementos essenciais: independência; composição por membros com conhecimento técnico, acompanhamento integral de contratos de longo prazo; e voltado essencialmente para a prevenção de litígios.[24]

Neste ponto não pode ser esquecida a conceituação criada por Arnoldo Wald, para quem

> os dispute boards (DB) são painéis, comitês ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim,

21 - VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto Gravatá, op. cit.

22 - OLIVEIRA, Pedro Ribeiro. Formas e características dos Dispute Boards, considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb (Coord.). Empreendimentos de Infraestrutura e de Capital Intensivo: Desafios Jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 180. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2845/2958/21306. Acesso em: 20.8.2021.

23 - RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos dispute boards no direito brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 52, p. 197-219, jan-mar/2017.

24 - PORTELA, Felipe Mêmolo. Dispute board nos contratos administrativos: análise da Lei Municipal de São Paulo 16.873 de 22 de fevereiro de 2018. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 59, out-dez/2018 (edição eletrônica).

> podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Rewiew Boards* – DRB) ou tomar decisões(*Dispute Adjudication Boards* – DAB) ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards*, conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.[25]

Destaca-se, ainda, que as técnicas de conciliação e mediação, especialmente esta, podem e devem ser utilizadas no âmbito dos CRDs, pois

> as ferramentas utilizadas na mediação podem contribuir para a preservação das relações, proporcionando a solução consensual sobre a cultura litigante. Os conflitos muitas vezes não são possíveis de serem evitados, mas a solução adequada dos mesmos pode transformar o problema em superação. (...) Os membros do comitê de resolução de disputas, podem utilizar-se de algumas técnicas da mediação para estimular a solução do conflito, como a escuta ativa, o parafraseamento e o *brainstorming*.[26]

Por fim, e entendendo que seja possível aprofundar a definição dos CRDs, bem como complementá-la, se pode conceituar de forma ampla, porém observando as particularidades dos CRDs, que eles são *comitês técnicos especializados, idealmente formado por no mínimo três integrantes autônomos e independentes, escolhidos pelas partes na forma e em atenção ao estabelecido no contrato (ou em outro instrumento de acordo de vontades), instalado em contratos de longo prazo e desde o início da relação contratual para acompanhamento de sua execução durante todo o ciclo de vida do contrato, atuando como um mecanismo extrajudicial célere para a prevenção e resolução de disputas com a finalidade de evitar a solução de continuidade da execução contratual mediante recomendações ou decisões vinculantes*.

2.2. Principais características dos CRDs

A partir da definição dos CRDs elaborada no item anterior, se mostra necessário analisar de modo mais detalhado os elementos que caracterizam este mecanismo alternativo de resolução de conflitos.

Inicialmente deve ser observado que a autonomia da vontade se mostra como um ponto essencial para o entendimento da força dos métodos alternativos de solução de conflitos. Da mesma forma que a arbitragem, os CRDs têm uma nítida natureza de consensualidade contratual derivada deste poder de eleger o mecanismo mais apropriado para a resolução de um determinado conflito. Este mecanismo de solução, portanto, é fruto exclusivo da vontade das partes, sendo por elas convencionado no contrato por meio de uma cláusula expressa[27]. Isto é, "trata-se de mecanismo contratual por excelência, regido pelo princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes têm liberdade para convencionar quais serão as condições contratuais que irão pactuar"[28]. Neste sentido se diz que

25 - WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os Dispute Boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 9-24, jul-set/2005, p. 18.

26 - TRINDADE, Bernardo Ramos e LINHARES, Camila Pereira. A possibilidade de aplicação das técnicas de mediação no Comitê de Resolução de Disputas. *Revista Vértice Crea-Minas – Edição Especial CMA/CREA-MG*, Belo Horizonte, junho/2017, p. 14-15. Disponível em: http://www.crea-mg.org.br/images/Documentos/Comunicacao/vertice/verticeCMA-web.pdf. Acesso em: 10.7.2021.

27 - OLIVEIRA, Pedro Ribeiro. Formas e características dos Dispute Boards, considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb (Coord.). Empreendimentos de Infraestrutura e de Capital Intensivo: Desafios Jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 181. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2845/2958/21306. Acesso em: 20.8.2021.

28 - PITRE, Paloma Gerzeli; ANDRADE, Letícia Queiroz de. Dispute boards: fundamentos e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 151-184, jul-dez/2016, p. 151.

> É na vontade das partes que se encontra a base da sua legitimidade e os limites da sua atuação, sendo exatamente por ter base na vontade das partes, e não em regras estatais, que esse método permite grande flexibilidade na sua estruturação, podendo se adaptar aos mais diversos tipos de projetos em função da conveniência e criatividade das partes envolvidas.[29]

Por certo que esta autonomia, no caso de contratos administrativos – em que o Estado figura como parte –, vem mediada e limitada pelo princípio da legalidade. Portanto, e na medida em que a Constituição e as leis autorizam, o Estado pode (e deve) valer-se da autonomia da vontade para estabelecer contratações que prevejam métodos extrajudiciais para a prevenção e solução de seus conflitos.

Feita esta observação preliminar, tem-se que o primeiro elemento a destacar diz respeito ao número de membros para compor o CRD. Não há aqui uma obrigatoriedade quanto ao número, podendo ser formado por um ou mais membros. Contudo, as boas práticas indicam que o número deva ser sempre ímpar[30]. Vale considerar, entretanto, que visando propiciar uma maior governança na resolução dos conflitos, especialmente nos contratos administrativos, sustenta-se que o CRD seja formado por no mínimo três integrantes, como se verá de forma detida a seguir.

O segundo elemento é a necessidade de que os CRDs sejam formados por técnicos especializados. É intrínseca à natureza dos CRDs, sendo inclusive um elemento de sua conceituação[31], a exigência de que sejam eles integrados por profissionais técnicos que possuam experiência não só no objeto do contrato como também estejam afeitos às técnicas dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Ainda que seja factível a formação de comitês sem que os membros sejam especialistas, esta não é uma opção desejável, já que a ideia é justamente ofertar uma resposta técnica adequada ao conflito que surge em contratos cujos objetos são complexos e exigem um conhecimento específico para sua compreensão e solução.

O terceiro elemento a ser indicado diz respeito a imparcialidade dos membros do comitê. Neste momento, além de se buscar uma governança transparente, procura-se evitar que as recomendações e decisões sejam tomadas com o viés de parcialidade, procurando direcionar a solução para a parte com a qual o especialista mantém alguma espécie de vínculo. Neste particular reitera-se que a exigência de imparcialidade é um elemento conceitual e histórico dos CRDs, já que desde sua origem visavam propiciar que a solução da disputa seja construída mediante a atuação de técnicos isentos[32]. E mais do que isso, corresponde a uma exigência dos princípios que informam os mecanismos alternativos de solução de conflitos, qual seja, a imparcialidade. Assim, os membros a serem escolhidos e contratados pelas partes não deverão ter vínculo direito ou indireto com qualquer dos contratantes, de modo que com isto seja obtida uma solução com independência e autonomia em relação a posição das partes. Especialmente em contratos administrativos, a imparcialidade dos membros do CRD auxiliará na força impositiva e vinculante de uma decisão, assegurando ao gestor vier a dar cumprimento àquela decisão um grau de segurança mais elevado.

O quarto ponto de destaque no conceito dos CRDs é a previsão de regras específicas no con-

29 - SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul-dez/2019.

30 - WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.

31 - Tanto no regulamento da Câmara de Comércio Internacional como no do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

32 - Conceituação do Dispute Board Fundation.

trato de concessão – ou então em outro instrumento escrito de acordo de vontades – que disciplinem de modo expresso e claro a utilização do CRD como mecanismo de solução de controvérsias daquele contrato. Neste momento é desejável que as regras contratuais explicitem a forma de escolha e contratação dos membros, o número de membros, a obrigatoriedade do CRD, a espécie de CRD adotado, a força vinculante de suas decisões, o objeto ou as matérias de competência do CRD, algumas regras gerais de procedimentos, além de outras questões que envolvam a particularidade da relação contratual. Em boa parte dos contratos de concessão é feita a referência aos procedimentos de uma específica instituição, no entanto tem-se que seja plenamente possível deixar a regulamentação procedimental do CRD a cargo de Regimento Interno a ser elaborado pelas partes antes do início das atividades do comitê. Neste caso mostra-se adequado prever uma minuta de Regimento Interno como anexo do contrato.

O quinto elemento é a existência de um contrato com objeto complexo e cuja duração envolva médio ou longo prazo. Estas características, em verdade, refletem a maior parte dos contratos de infraestrutura (seja de construção ou de prestação de serviços). Tais contratações, que envolvem grandes projetos e obras, e que possuem riscos elevados, exigem também complexos arranjos de financiamento, contexto este que é propício a utilização dos CRDs[33]. Também a ideia de que a relação havida entre as partes vai perdurar durante um bom período de tempo, o que indica tanto a possibilidade de inúmeros conflitos, como de uma relação continuada e perene, traz a necessidade de que a prevenção e solução de conflitos tenha que ser pensada de modo a preservar esta relação no tempo.

O sexto traço característico de um CRD é o momento em que ele deve ser instalado. Em se tratando de um comitê eminentemente técnico que tem como função não só a solução de conflitos, mas também sua prevenção, mostra-se mais adequado que o CRD tenha sua previsão de instalação tão logo da assinatura do contrato – ou do início da eficácia contratual. Eventuais soluções *ad hoc*, ainda que não sejam vedadas, não se mostram a técnica mais adequada para a utilização do CRD, pois neste caso ele perderia o seu caráter de prevenção e traria um elevado custo de transação para sua implementação a cada momento.

O sétimo elemento diz respeito ao tempo de duração do CRD. Considerando que uma de suas principais funções é o acompanhamento do desenvolvimento da execução do contrato, fica inerente que sua instalação deva se dar no início desta relação e que sua duração tenha que perdurar até seu encerramento, cobrindo toda extensão do ciclo de vida do contrato.

Como oitava característica tem-se que o mecanismo do CRD deve ser célere, a fim de que não se transforme em uma espécie de arbitragem no âmbito do contrato, ou mesmo que venha a ser utilizado como forma de paralisação do contrato. Para tanto o procedimento deverá ser informado pelos princípios da simplicidade, oralidade e celeridade, com prazos exíguos para manifestação das partes ou mesmo para a decisão do comitê. Também são indicadas a criação de regras que limite a utilização do CRD como fonte para produção de provas visando uma futura arbitragem ou judicialização[34]. Convém lembrar que os CRDs

33 - RIBEIRO, PEDRO. Execução das decisões nos Comitês de Resolução de Disputas. In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 150-151.

34 - NASSER, Maria Virginia Nabuco Amaral Mesquita. Dispute Boards em projetos de infraestrutura – entre a governança do contrato e da República. Disponível em www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-em-projetos-de-infraestrutura-02072021. Acesso em 03.7.2021.

têm em sua natureza a flexibilidade, como já visto anteriormente, o que permite a adaptação do instituto visando a solução mais célere e efetiva.

A nona e última característica está vinculada às próprias finalidades do CRD, pois deve-se compreendê-lo como um modelo/instrumento/mecanismo extrajudicial que visa a prevenção e resolução de disputas, evitando a interrupção da execução do contrato ou mesmo a possibilidade do inadimplemento de eventual contraprestação. Esta garantia, a ser moldada nas regras contratuais que estabelecem o CRD, funciona também como uma forma de otimizar o tempo da resolução do conflito, impedindo sua eternização e evitando que os conflitos sejam artificialmente criados com intuito de suspensão da execução da obra ou como meio de causar a interrupção dos pagamentos.

2.3. Aspectos práticos sobre os CRDs – formação instalação e regulamentação; objeto; espécies; e cumprimento das decisões

Este tópico destina-se a abordar alguns aspectos práticos sobre os CRDs, e que em alguma medida aprofundam o detalhamento de pontos tratados no item anterior.

Mesmo considerando que a prática nacional da previsão de CRDs em contratos administrativos seja incipiente, mas considerando que já existem elementos mínimos para uma análise, pretende-se aqui suscitar alguns aspectos que podem ser trabalhados e melhor encaminhados na montagem e funcionamento dos CRDs. No particular foram selecionados três pontos de atenção que merecem um exame mais detido: *(i) formação, instalação e regulamentação; (iii) objeto dos CRDs; (iii) espécies de CRDs; e, (iv) cumprimento das decisões*.

Os aspectos relacionados a formação, instalação e regulamentação dos CRDs que mais interessam dizem respeito a quem deve integrar o comitê, o momento em que ele deve atuar e a regulamentação dos aspectos procedimentais inerentes ao seu funcionamento.

Como já visto anteriormente há uma forte indicação de que seja preferida a formação de um comitê colegiado, com uma pluralidade de membros, em contraposição a um *single-person dispute board*. Apesar disto, a doutrina especializada relata que em casos extremos, ligados à análise de temas extremamente específicos (como o caso de falhas geológicas) ou quando há uma pluralidade de contratos que sejam interligados (por exemplo, o caso dos contratos para a construção da infraestrutura das Olímpiadas de Londres), a existência de um comitê de membro único tenha sido adotada com sucesso[35].

No entanto, duas vantagens dos comitês com vários membros apresentam-se como relevantes. A primeira diz respeito a governança na expedição de recomendações e decisões no comitê, as quais seriam legitimadas por um número maior de pessoas, o que eleva o seu grau de aceitação pelas partes, já que ganhariam uma força persuasiva maior. A segunda está vinculada a dificuldade, senão impossibilidade, de que haja uma eventual de captura dos membros do comitê por uma das partes, na medida em que a recomendação ou a decisão será obrigatoriamente colegiada.

Além disso, a função do CRD não é a de realizar uma mera *arbitragem técnica*, fazendo do

35 - FARRER, Roberto. Composição do CRD: Advogados ou Engenheiros? In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 82.

CRD uma etapa apenas protocolar e prévia da arbitragem; mas sim que seus membros atuem de modo efetivo no acompanhamento das complexas questões técnicas do contrato, o que pode mais facilmente ser alcançado pela composição plural e colegiada do comitê. É certo que a quantidade de membros do CRD deve levar em conta o porte do empreendimento e o orçamento disponível, mas sempre tendo em vista que quanto maior a complexidade do objeto maior será a necessidade de se ter mais técnicos pensando na solução[36].

Isto leva também a conclusão de que ele além de ser composto na forma de comitê, com no mínimo três membros, o grau de especialização destes membros deve estar conformado com o objeto do contrato. Há uma inclinação de que os CRDs, no caso de contratos de concessão e de obras, sejam compostos somente por engenheiros. No entanto, a composição mista, com especialistas técnicos no objeto do contrato (engenheiros, por exemplo) em conjunto com advogados, tem mostrado um equilíbrio interessante nas discussões técnicas e de interpretação dos contratos, proporcionando tanto a objetividade na análise da relação de causa e efeito dos eventos causadores da disputa como o cuidado com as questões interpretativas do contrato e os procedimentos do comitê[37], já que "apenas engenheiros ou apenas especialistas jurídicos, em geral, não são suficientes para resolver toda natureza de dúvida"[38].

Assim, e como em regra os contratos de infraestrutura têm como objeto questões técnicas de engenharia que impactam a equação econômico-financeira da contratação, é indicado que ao menos dois dos membros dos comitês possuam experiência e conhecimento na área de engenharia e em especial em contratos de infraestrutura. Já o terceiro membro é razoável que ele possua conhecimento específico na área jurídica, não só para contribuir na interpretação das cláusulas contratuais como também para conduzir os procedimentos de resolução dos conflitos de modo a preservar as garantias constitucionais do devido processo legal.

Neste ponto calha observar que há projeto de lei em curso no Congresso Nacional brasileiro visando estabelecer regras gerais para os CRDs no âmbito da administração pública, o qual encaminha a previsão tanto de que os comitês sejam formados por três membros, sendo dois deles com reconhecido saber na área objeto do contrato e um com conhecimento jurídico também na área do contrato[39]. Percebe-se que no projeto de lei a preocupação é impedir os *single-person dispute boards*, vinculando o saber dos membros componentes do comitê à área de conhecimento relacionada ao objeto do contrato, somente especificando que um deles deva obrigatoriamente ser advogado (art. 5° do PLS n° 206/2018). Destaca-se aqui, no entanto, a possibilidade de que em cada contrato, a depender de sua especificidade, os dois membros técnicos possam ser escolhidos entre as diversas especialidades da engenharia, de projetos ou mesmo da área econômico-financeira, principalmente em se tratando de contratos de concessão em infraestrutura.

36 - PITRE, Paloma Guerzeli e ANDRADE, Letícia Queiroz de. Dispute Boards: fundamento e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, nº 10, p. 151-184, jul-dez/2016.

37 - FARRER, Roberto. Composição do CRD: Advogados ou Engenheiros? In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 83.

38 - SANTOS, Carolina Mallmann Tallamini dos. Dispute Boards: maximização da eficiência no procedimento pré-arbitral em contratos de construção. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 52, p. 197-219, jan-mar/2017.

39 - PLS n° 206/2018, de autoria do senador Antônio Anastasia, e que seguiu do Senado Federal para a Câmara dos Deputados, tramitando atualmente como PL n° 2.421/2021, sob a relatoria do Deputado Kim Kataguiri, com a seguinte ementa: Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Disponível em: https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2289398. Acesso em: 20.8.2021.

Também seguindo o que já foi anteriormente exposto, é recomendável que os comitês sejam formados e instalados antes da ocorrência do conflito, preferencialmente no momento da assinatura do contrato ou em prazo compatível com a possibilidade de acompanhamento de toda a relação contratual. Além disso, indica-se que sua duração coincida com todo o ciclo de vida do contrato, até mesmo para que se preserve seu caráter de prevenção de conflitos. Mesmo possível, se mostra algo inócua, além de extremamente dispendiosa, a ideia de comitês instalados *ad hoc*, para a resolução de um único e específico conflito, já que dificilmente seriam formados por membros com o conhecimento adequado sobre a relação contratual existente – a qual, de resto não acompanharam –, bem como traria um custo transacional para sua instalação de modo célere e compatível com a resolução do conflito sem causar danos para as partes. Além disso, a modalidade de comitês permanentes instalados deste o início do contrato absorve os custos econômicos e financeiros do comitê, que seriam diluídos durante toda a vigência do contrato, apresentando-se, assim, como uma solução com maior custo-benefício.

A questão afeta a regulamentação do comitê pode ser tratada contratualmente sob a forma mais simples, com a referência de que o comitê seguirá as regras de determinada instituição. De outro passo, poderá o contrato prever que as regras procedimentais sejam estipuladas pelas próprias partes contratantes, seja por meio de um Regimento Interno específico, seja seguindo as regras básicas de uma minuta de Regimento Interno que acompanhará o contrato de concessão como anexo.

Neste ponto cabem duas considerações. A primeira diz respeito a possibilidade de que as regras e procedimentos institucionais mostrem-se complexas e desvinculadas da realidade da relação contratual existente, o que implicaria em uma burocratização excessiva, além de custos superiores. A segunda é justamente a possibilidade de que as partes, sabedoras de sua própria realidade, criem um Regimento Interno mais adequado às necessidades do contato. Vale registrar que nesta circunstância é possível ser estabelecida a prática que ao menos um conjunto mínimo de regras procedimentais seja previamente estabelecido, seja no corpo do contrato de concessão, seja em uma minuta de Regimento Interno fornecida como anexo do contrato principal.

Já quanto ao objeto dos CRDs há uma liberdade para que as partes contratantes estabeleçam o melhor arranjo de conteúdos que podem ser levados ao comitê para recomendação ou decisão. Novamente é a autonomia das partes que irá governar a decisão de submeter todo e qualquer tema do contrato ao CRD ou limitar sua atuação a apenas determinadas questões. Em regra, os contratos de concessão preveem cláusulas exemplificativas, porém deixando expresso as matérias que obrigatoriamente devem ser objeto do CRD, de modo especial as referentes ao objeto da contratação, ao sistema de remuneração, aos indicadores de desempenho e ao cálculo da contraprestação. O que deve ficar claro, no contrato, são os limites do objeto de análise pelo CRD. Registra-se, no entanto, que no caso de contratos administrativos somente poderão ser inseridos no âmbito do objeto de análise do CRD direitos patrimoniais disponíveis, o que será tratado mais adiante.

Já no que se refere às espécies de CRDs tem-se a clássica divisão entre os CRDs de mera recomendação; os CRDs que proferem decisões vinculantes e os CRDs que podem tanto expedir recomendações como decisões. Estas três modalidades podem assim ser sintetizadas:

> (i) Comitê Revisor (Equivalente ao DRB – *Dispute Review Board*): os especialistas **emitem** recomendações que as partes comumente se comprometem a cumprir; caso contrário a questão é encaminhada à arbitragem ou ao Poder Judiciário;
>
> (ii) Comitê de Adjudicação (Equivalente ao DAB – *Dispute Adjudication Board*): os especialistas proferem decisões às quais as partes se obrigam a cumprir por meio de acordo contratual;
>
> (iii) Comitê Misto (Equivalente ao CDB – *Combined Dispute Board*): os especialistas oferecem recomendações, mas podem proferir decisões se uma das partes solicitar – a escolha está atrelada a critérios preestabelecidos.[40]

Observadas estas modalidades de CRD em relação a forma como emitem suas manifestações, surge como consequência a necessidade de examinar a força vinculante da resolução proposta pelo CRD, ou seja, quanto pode ela obrigar as partes.

Nos moldes do que prevê o regulamento da CCI para os *dispute boards* a diferença entre o Comitê de Revisão (que expede recomendações) e o Comitê de Adjudicação (que expede decisões)

> é o momento a partir do qual a manifestação obrigará as partes. No caso dos DABs, as partes são obrigadas a cumprir a decisão do comitê desde o seu recebimento, ao passo que, como já visto, nos DRBs, a recomendação somente se torna obrigatória após o transcurso de determinado lapso temporal sem que haja impugnação de nenhuma das partes.[41]

Neste modelo proposto pela CCI a recomendação expedida pelo Comitê de Revisão tem um nítido caráter vinculante se não contraposta por uma das partes em determinado prazo.

No caso dos Comitês Mistos, ainda com base no regulamento da CCI, para que haja uma manifestação com caráter decisório do CRD é necessário que uma parte proponha a questão com este pedido expresso, sendo que neste caso as regras contratuais poderão prever a exigência de concordância da parte contrária ou mesmo admitir que o próprio CRD, ante a não concordância de uma das partes, imponha o caráter de decisão a sua manifestação[42].

Tal posição apenas confirma a flexibilidade e sua natureza eminentemente contratual dos CRDs, do que resulta que poderão ser desenhados arranjos das mais diversas formas para que se proporcione maior efetividade ou vinculação às recomendações ou decisões.

Recomenda-se, entretanto, prever que a submissão das questões ao CRD não resulte na suspensão do cumprimento das obrigações contratuais (construção, prestação de serviços, pagamentos, etc), e que eventual decisão poderá ser objeto de questionamento por meio de arbitragem ou no Poder Judiciário, já que a adoção do CRD não exclui as demais formas de solução de controvérsias e litígios.

O que releva aqui é lembrar que, independentemente da modalidade eleita, a previsão contratual deverá ser clara estabelecendo não só a obrigatoriedade de submissão de determinadas questões ao CRD, como qual será o procedimento para a tomada das recomendações ou decisões e seus efeitos.

40 - MAIA NETO, Francisco. Formas extrajudiciais de solução de disputas. In TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 25/26.

41 - PEREIRA, Ana Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, p. 9-28, fev/2015, p. 13.

42 - Idem ibidem, p. 13.

III. CONTRATOS DE CONCESSÃO E A UTILIZAÇÃO DOS CRDs

3.1. Contratos de concessão em uma perspectiva ampliada

Ao tratar do tema relacionado aos contratos de concessão é imprescindível levar em consideração que o próprio termo *concessão* possui uma polissemia significativa que torna necessário deixar claro desde o princípio qual é a abrangência de sua utilização aqui.

As concessões que serão abordadas neste texto são aquelas decorrentes do poder de delegação do Estado para a prestação pelo privado de determinados serviços públicos – ou de interesse público –, utilização de bens públicos, com ou sem a necessidade de realização de obra pública, previstas no art. 175, CF e nas Leis nº 8.987/1995 (Lei de Concessões) e nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas).

No plano da experiência internacional sobre o relacionamento público-privado na utilização de bens e na prestação de serviços públicos, fica evidenciado que o termo concessão não tem o mesmo significado estabelecido no Brasil. Especialmente nos países de tradição anglo-saxã a preferência é a utilização do termo PPP (*Public-Private Partnership*) para designar a relação contratual onde uma parte pública e uma parte privada estabelecem as condições para a utilização de um bem e/ou uma prestação de serviço ligada a uma infraestrutura pública, a ser usufruída, direta ou indiretamente, pela sociedade ou pelo Estado.

Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a conceituação de PPP envolve um contrato de longa duração realizado entre o governo e um parceiro privado, onde este último financia e entrega serviços públicos utilizando recursos próprios, mediante o compartilhamento de riscos. Em um contrato de PPP o serviço prestado cumpre com os objetivos pretendidos pelo governo e está alinhado com os objetivos de lucro do privado, sendo que a efetividade deste alinhamento depende de uma satisfatória e apropriada transferência de riscos ao parceiro privado. Nele o governo especifica a qualidade e a quantidade do serviço a ser prestado pelo privado, onde o parceiro privado pode ser encarregado do projeto, construção, financiamento, operação e gestão da infraestrutura exigível para prestação do serviço requerido, bem como prestar este serviço ao governo ou diretamente aos usuários[43].

Observa-se desta definição que há uma amplitude na caracterização do contrato de parceria entre o público e o privado.

Em sentido mais estrito está a definição oferecida pelo conjunto de bancos multilaterais (Banco Mundial, BID, etc...) e que vem sendo difundida como uma forma de equalização do conceito de contratos envolvendo o poder público e a iniciativa privada visando o financiamento de infraestruturas públicas. Para este conjunto de agentes, conforme conceito constante do *Certified PPP Professional (CP3P) Guide*, a contratação envolveria um

> Contrato de longo prazo entre um contratante que seja um ente do poder público e um contratante particular para o desenvolvimento (ou significativa melhoria ou revitalização) e gestão de um bem público (inclusive, potencialmente, a gestão de um serviço público correlato), em que a parte privada arca com risco significativo e com a responsabilidade pela gestão ao longo da vida do con-

43 - OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Public governance on public-private parnership, may/2012, p. 13.

> trato, provê parcela significativa do financiamento por seu próprio risco e em que a remuneração é significativamente vinculada ao desempenho e/ou à demanda ou uso do bem ou serviço, de forma a alinhar os interesses de ambas as partes.[44]

Ao analisar este conceito se pode concluir que além de ser caracterizado por um contrato de longo prazo entre uma parte pública e uma privada, com significativa transferência de riscos para a parte privada – que também será responsável pela gestão do ativo ao longo do contrato –, o risco pelo financiamento ficará adstrito ao privado que terá sua remuneração vinculada, de alguma maneira, ao desempenho e/ou à demanda ou uso do bem. Aqui importa ver que a tomada de risco de financiamento é do parceiro privado, e que o produto deste financiamento terá sua aplicação vinculada a um ativo de infraestrutura pública.

Neste ponto convém assinalar que a relevância das definições internacionais sobre os contatos envolvendo o público e o privado para a utilização de bens e prestação de serviços públicos é justamente a complexidade do objeto da relação contratual e a vinculação do risco de financiamento privado a uma infraestrutura pública.

Esta é a chave para a compreensão da especificidade desta espécie de contrato.

Já no plano da legislação nacional brasileira, se pode dizer que o termo concessão, na perspectiva aqui tratada, é o gênero que comporta três espécies: Concessão Comum (regida pela Lei n° 8.987/1995), Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa (reguladas na Lei n° 11.079/2004).

Observando em termo gerais a concessão comum contempla uma contratação de longo prazo para a prestação de serviço, realização de obra ou exploração de bem público onde a remuneração decorre da tarifa a ser cobrada dos usuários, sendo o risco pela atividade transferido, em grande medida, a parceiro privado. Já no caso da concessão patrocinada ela se diferencia da concessão comum por seu regime remuneratório, na medida em que inclui tanto a tarifa cobrada dos usuários como a existência de uma contraprestação prestada pelo setor público. A concessão administrativa, por sua vez, traz a possibilidade de que haja a concessão da prestação de serviços públicos, em sentido amplo, que são oferecidos para uso direito pelo Estado e também de serviços a serem prestados diretamente aos usuários, sendo que seu sistema remuneratório não será composto pela cobrança de qualquer tarifa, mas unicamente por contraprestação prestada em pecúnia (em conjunto ou não com receitas assessórias) pelo Poder Concedente[45].

Ainda que os conceitos de *Public-Private Partnership* da experiência internacional e as concessões comuns, patrocinadas e administrativas nacionais possuam, cada qual, as suas especificidades, todas são dotadas de características similares que acabam por confluir em um modelo de contratação de longo prazo entre uma parte pública e uma parte privada, com objeto complexo, valor de investimentos e de operação vultosos, transferência de riscos para o parceiro privado (de modo especial o risco de financiamento), remuneração atrelada a desempenho, demanda e/ou uso do bem/serviço, e investimentos vinculados a uma infraestrutura pública.

Por isto se pode concluir, levando em conta a funcionalidade dos contratos de concessão, que

44 - ADB, EBRD, BID, IsBD, PPIAF e WBG. Guia de Certificação de Parcerias Público-Privadas da APMG (Certified Professional (CP3P) Guide), Washington, 2014, p. 19. Disponível em https://ppp-certification.com/pppguide/brazilian-portuguese. acesso em 24.7.2021.

45 - SUNFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias Público-Privadas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30-31.

"Nos variados usos da concessão, ela tem sempre servido a uma função: viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade"[46].

Todos estes elementos conduzem para a categorização do contrato de concessão como um contrato com especificidades que merecem ser observadas especialmente quando da escolha da forma de solucionar e prevenir as disputas decorrentes da relação contratual.

3.2. Viabilidade jurídica dos CRDs nos contratos realizados com a Administração Pública

Uma das questões que ainda hoje vem sustentando debates é a viabilidade jurídica da previsão dos CDRs em contratos com a administração pública. A celeuma, ao que parece, decorre muito mais de uma falta de compreensão sobre a natureza dos CRDs e sua adequação às disputas decorrentes de contratos de concessão do que uma fragilidade do sistema legal para admitir a incorporação destes comitês nos contratos feitos pela Administração Pública.

No entanto, e especialmente considerando a tradição de estrita legalidade formal na interpretação dada pelos órgãos de controle às iniciativas da Administração Pública, nunca é demasiado trazer fundamentos para a consolidação de uma posição jurídica que proporcione tranquilidade e segurança – tanto para o gestor público como para o parceiro privado – na adoção dos CRDs em contratos de concessão.

Ainda que esteja em trâmite proposta legislativa para regulamentar a utilização dos CRDs nos contratos administrativos (PL n° 2.421/2021 em trâmite na Câmara dos Deputados), o fato é que não existe uma regulamentação legal expressa e detalhada sobre o tema.

Quando do surgimento da necessidade de inclusão dos primeiros CRDs em contratos administrativos o seu uso pela administração pública vinha fundamentado na abertura proporcionada pelo art. 42, § 5°, da Lei n° 8.666/1993[47], que admitia na licitação a previsão de que houvesse a submissão dos contratos administrativos às condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais, desde que os recursos fosse oriundos de agência de cooperação internacional ou bancos multilaterais. Como é praxe do Banco Mundial vincular seus financiamentos à previsão de *dispute boards* em seus contratos com valor superior a 10 milhões de dólares americanos, algumas licitações de grande porte no Brasil tiveram a previsão de CRDs no edital e nos respectivos contratos administrativos (como é o caso da Linha 4 do metrô paulistano e das obras para as Olímpiadas de 2016)[48].

46 - MONTEIRO, Vera. Concessões. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 174.

47 - Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. (...)
§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

48 - LIMA, Renata Faria Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (Coord). Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 276.

Já no caso das concessões comuns há previsão expressa no art. 23-A da Lei n° 8.997/1997[49] e nas PPPs no art. 11, III, da Lei n° 11.079/2004[50], sendo que ambos dispositivos apenas preveem de forma genérica a possibilidade de utilização de mecanismos privados de solução de conflitos, citando, exemplificativamente, a arbitragem e fazendo referência expressa a Lei que regula a arbitragem no Brasil (Lei n° 9.307/1996). Convém frisar, ainda, que estes dispositivos legais são de 2005 e 2004.

Recentemente, com a entrada em vigor da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n° 14.133/2021), surgiram regras mais explícitas sobre a possibilidade de uso dos CRDs, como se pode ver do regulamento que vem posto no art. 151:

> Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.
>
> Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Ainda que não haja uma regulamentação detalhada, o texto legal ao menos traz uma maior segurança jurídica para os gestores públicos, na medida em que de forma expressa admite a utilização dos CRDs nos contratos administrativo, pacificando a questão relacionada a discussão sobre a ausência de permissivo legal. Este dispositivo, vale registrar, aplica-se aos contratos de concessão, já que a lei de licitações e contratos administrativos tem aplicação subsidiária nas concessões e PPPs.

Neste ponto é necessário observar que mesmo na ausência de texto legal explícito, já havia o entendimento sólido da doutrina – e de boa parte da jurisprudência – de que era plenamente jurídica a previsão de CRDs em contratos administrativos, seja porque ligado a um modelo mais moderno de administração pública, baseado na consensualidade da solução dos conflitos e na eficiência, seja porque devem ser superados alguns dogmas da administração pública, como a literalidade do princípio da legalidade, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público[51].

A moderna administração pública não mais pode ser tida como detentora de prerrogativas absolutas ou mesmo de supremacia, exigindo-se dela um agir que seja constantemente legitimado pelas regras do Estado Democrático de Direito, e com respeito aos administrados[52].

A consensualidade para a solução dos conflitos é pressuposto da moderna administração pública, sendo incentivada desde a década de 1990 (com normas autorizando o termo de ajustamento de condu-

49 - Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

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

51 - PEREIRA, Ana Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, nº 168, p. 9-28, fev/2015, p. 26/27.

52 - MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

tas e a possibilidade de acordos pela administração pública federal), até culminar na Lei n° 13.140/2015, que trata da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública federal[53].

No plano da imposição de eficiência na administração pública, alçada a princípio constitucional no art. 37, *caput*¸ CF, tem-se que ele direciona para a aplicabilidade de mecanismos alternativos na solução de conflitos que oferecem uma solução menos custosa, mais célere[54] e adequada à especificidade deste conflito. Aliás, é próprio do Estado Democrático de Direito que soluções menos conflituosas e mais efetivas sejam adotadas para qualquer disputa, e não poderia ser diferente quando o conflito envolve a administração pública, pois esta é uma exigência de um Estado "eficiente, pluralista, participativo e infraestrutural"[55].

Soma-se a isto a concretização da consensualidade no âmbito do processo por força da interpretação do novo modelo fixado pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente o que consta dos arts. 3°, § 3º, 174 e 190, em combinação com o art. 15, que indica a aplicação subsidiária do CPC ao processo administrativo. Este desenho traçado pela nova lei processual é o de admitir, inclusive para a administração pública, a viabilidade de utilização de métodos alternativos de solução de conflitos.

Por isto se pode dizer que mesmo agregando uma segurança maior ao gestor público, em termos jurídicos, a previsão constante do art. 151 da Lei n° 14.133/2021 não constitui pressuposto para a validade do estabelecimento dos CRDs nos contratos de concessão. Neste sentido a doutrina já vem se posicionando para dizer que

> Com relação à necessidade de regulamentação do instrumento, há razões de sobra para se afirmar que, embora seja bem-vinda, não é condição necessária para a sua adoção dos Comitês. O próprio artigo 190 do Código de Processo Civil, que dá ampla liberdade às partes de dispor sobre como resolverão controvérsias futuras, permite que os contratos de concessão e obra pública disponham sobre o funcionamento dos Comitês. Pode-se, alternativamente, adotar regulamentos pré-definidos de câmaras arbitrais ou guias de melhores práticas de instituições especializadas.[56]

Esta posição e seus fundamentos devem ser levados em consideração, e defendidos, na medida em que entender de modo contrário traria uma insegurança aos inúmeros contratos de concessão onde há previsão do CRD e que são anteriores à nova lei de licitações. Do mesmo modo, esta defesa da viabilidade dos CRDs em contratos de concessão, mesmo sem regulamentação expressa, visa frear os ativismos retrógrados que vêm prosperando no âmbito dos órgãos de controle, como se pode ver da decisão proferida pelo TCU (Acórdão nº 4.037-Plenário) – que exigiu a prévia regulamentação legal do CRD para que pudesse constar em contrato realizado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Esta decisão é questionável sob vários aspectos, especialmente jurídicos. Neste sentido

> (...) a decisão tomada pelo TCU é um retrocesso, conforme apontado pelo próprio ministro Ben-

53 - LIMA, Felipe Herdem. A evolução da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-12/herdem-consensualidade-direito-administrativo-brasileiro. Acesso em: 13.08.2021.

54 - VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para as disputas sujeitas a normas de ordem pública? Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 38, jul-set/2013. (edição eletrônica)

55 - BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Transações administrativas. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 557.

56 - NASSER, Maria Virginia Nabuco Amaral Mesquita. Dispute Boards em projetos de infraestrutura. Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-em-projetos-de-infraestrutura-02072021. Acesso em 03.07.2021.

> jamin Zymler, que ponderou que, mesmo que não exista previsão em lei até o momento quanto ao formato exato do dispute board, este segue a mesma lógica de outros mecanismos de resolução de conflitos já utilizados e regulamentados.[57]

Aliás, a posição adotada pelo TCU inclusive contraria a já consolidada a jurisprudência do STJ que trata o CRD de modo análogo à arbitragem e outros métodos alternativos de resolução de conflitos, reconhecendo sua validade jurídica:

> (...) salienta-se que o acórdão embargado apenas assentou que a discussão quanto à existência ou não de distinção entre os aludidos termos ("árbitro" x "arbitrador", "avaliador", "perito", etc) remonta à própria gênese dos chamados "dispute boards", conforme bem elucidado pelo artigo doutrinário citado que, após tecer um detido estudo de Direito Comparado sobre os institutos sob comento (árbitro x arbitrador/arbitragem contratual e dispute boards), propõe uma interpretação aberta aos diversos métodos de heterocomposição dos conflitos de interesses, sempre com adstrição, necessariamente, ao princípio da autonomia da vontade.[58]

Por certo que uma regulação específica do instituto dará maior segurança a todos, administrador público e parceiros privados. Porém, há fundamento jurídico suficiente para sustentar a plena juridicidade da instituição dos CRDs em contratos de concessão, independentemente de regulamentação específica.

3.3. Adequação e limites dos CRDs nos contratos de concessão da administração pública

Do desenvolvimento sobre a origem e características do CRD, bem como da concepção sobre os contratos de concessão, resulta a compreensão de que para além de serem indicados, os CRDs são mecanismos integralmente adequados e aderentes a estas espécies de relações contratuais.

A complexidade destes contratos e a necessidade de que os conflitos sejam resolvidos de modo célere e sem maiores impactos na relação indica esta adequação. Na verdade, os CRDs têm como seu palco principal os contratos de concessão de serviços e obras de infraestrutura, até mesmo em observância a flexibilidade e especificidade da atuação dos CRDs. É de ser salientado que "a crescente utilização dos comitês em relações contratuais complexas e de ampla diversidade técnica promoveram a capacidade de adaptação dos DBs às necessidades específicas dos projetos em que são utilizados."[59].

Quanto a adequação dos CRDs e sua flexibilidade veja-se, por todos, os ensinamentos de Arnoldo Wald, para quem

> 57. A flexibilidade nos dispute boards é imensa, pois a sua estruturação e competência decorrem da aplicação do princípio da autonomia da vontade, podendo as partes escolher o modelo que mais lhes convêm, tendo em vista a natureza e duração do objeto do contrato. Por outro lado, embora, originalmente, os dispute boards tenham sido concebidos para os contratos de obras civis, nada impede que possam ser utilizados em concessões e parcerias público-privadas, em contratos de

57 - PEREZ, Ana. A decisão do TCU sobre o uso de dispute board. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/ane-perez-decisao-tcu-uso-dispute-board. Acesso em: 31.05.2021.

58 - EDcl no REsp n° 1.569.422/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 16.08.2016.

59 - GUIMARÃES, Marcello e FIGUEIREDO, Augusto Barros de. Um novo aliado nas contratações da administração pública. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-11/opiniao-aliado-contratacoes-administracao-publica. Acesso em: 15.07.2021.

> fornecimento a longo prazo e até para dirimir eventuais divergências no campo societário, quando se tratar de interpretação e aplicação de um acordo de acionistas.[60]

Outro ponto relevante diz respeito aos limites do CRD nos contratos de concessão realizados pela administração pública. Aqui entra em campo o famoso dogma da indisponibilidade do interesse público, que na maioria das vezes é utilizado como um elemento impeditivo da utilização dos CRDs pela administração pública.

No particular tem-se que devam desde logo ser superadas as questões relativas a discussão sobre a possiblidade de dispor o próprio interesse público primário, algo que não faz sentido. A administração deve perseguir sempre o interesse público, logo não há como entender seja ele, em si, passível de disposição pelo administrador. Porém, a parcela de realizações de interesses públicos a ser concretizada mediante contratos e outros atos negociais, onde reside justamente a disponibilidade de determinados direitos, é absolutamente passível de disponibilidade. Como consta da lição clássica de Hely Lopes Meirelles sobre a distinção entre interesses públicos primários e secundários:

> O primeiro é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização de meios capazes de permitir a consecução do primeiro. Ao alugar uma casa para instalar um centro de saúde, o interesse público está na implantação daquela unidade, consistindo a locação em interesse público secundário, ou derivado do primeiro, já que não existiria sem aquele. A satisfação dos interesses públicos secundários [...] se resolve em relações patrimoniais que, por estarem no campo da liberdade contratual da Administração, são direitos disponíveis.[61]

O interesse público é, por óbvio, indisponível. Porém os bens e direitos da administração pública necessários à consecução do interesse público podem, a depender do caso, ser disponíveis.

No caso específico das concessões o serviço, obra ou bem a ser concedido é devidamente autorizado pela Constituição (art. 175) e pelas leis específicas de concessão após prévio procedimento licitatório, tudo com o objetivo de atingir um interesse público primário. Apenas a concretização deste interesse é que se dará por meio de contrato, onde há, por certo, a disponibilidade de uma série de bens e direitos. Como refere a doutrina

> Contratos de infraestrutura, via de regra, envolvem direitos disponíveis da Administração Pública. Aliás, é difícil encontrar direitos indisponíveis negociados por contrato. Afinal, como ter contratos (que são atos voluntários) sobre direitos indisponíveis in abstrato? É mais perceber, imaginar, o Direito Administrativo como cogente às partes e ao árbitro, e os direitos negociados via contrato como disponíveis.[62]

Deste modo, o que importa aqui é ver quais são os limites relacionados justamente a parcela de direitos disponíveis que estão envolvidos numa relação contratual a ser realizada pela administração pública. Da mesma forma como ocorre na arbitragem, o CRD somente poderá ter como objeto direitos

60 - WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os Dispute Boards. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 6, p. 9-24, jul-set/2005.

61 - MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 249.

62 - TIMM, Luciano Benetti e SILVA, Thiago Tavares da. Os contratos administrativos e a arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem. v. 29, p. 43-59, jun/2011. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1186. Acesso em: 20.8.2021.

patrimoniais que sejam disponíveis pela administração pública, o que desde logo afasta os direitos regulamentares (decorrentes do poder de império do Estado).

Contudo, a abertura semântica do termo *direitos patrimoniais disponíveis*, bem como ausência de uma estipulação legal taxativa, faz com que a interpretação sobre quais sejam estes direitos disponíveis fique também suscetível de divergências. Seja uma interpretação mais ampla ou mais restritiva, pode ser condensado que ao menos estão envolvidos nestes direitos as questões relativas a: o seu equilíbrio econômico-financeiro e as alternativas adequadas para a sua manutenção; as eventuais disputas acerca dos bens reversíveis; a validade da cláusula compromissória; os descumprimentos contratuais de ambas as partes; as indenizações por ocasião da extinção contratual e as penalidades, o que inclusive de alguma forma foi incorporado na Lei n° 13.448/2017 (sobre relicitações) e na Resolução 5.845/2019 da ANTT[63].

No caso do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato[64], do inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e do cálculo de indenizações, o parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133/2021 também foi expresso ao deixar consignado como sendo direito disponível passível de apreciação pelo CRD.

Também deve ser entendido que qualquer discussão sobre a remuneração da concessionária constitui direito patrimonial disponível.

É pertinente salientar que para espantar dúvidas sobre quais os direitos patrimoniais disponíveis serão objeto de apreciação pelo CRD a cláusula contratual que fixar a competência do comitê poderá enumerar, de modo objetivo, quais serão as matérias passíveis de serem levadas à apreciação do CRD.

Por fim, a doutrina tem ponderado sobre o modelo mais adequado de CRD para a administração pública, tendo em conta o caráter de suas decisões. Suscita-se que o modelo de CRD adjudicativo, onde são proferidas decisões vinculantes, não seria o mais adequado, devendo a administração pública utilizar apenas o modelo de CRD revisor, seja em vista da inexistência de lei fixando expressamente este efeito vinculante[65], seja em razão da tradição jurídica de *civil law* do Brasil[66].

Entretanto, parece que em vista do atual estágio de evolução dos CRDs e da própria administração pública é preciso dar um passo adiante. Como já observado, a natureza contratual, a autonomia da vontade e a conformação do objeto dos CRDs – envolvendo apenas direitos patrimoniais disponíveis – fazem concluir que possa ser utilizado o modelo de adjudicação, com decisões vinculantes. Neste sentido

63 - MENONCIN, Bruna Maria Pereira. Arbitrabilidade objetiva em contatos de concessão. Disponível em: https://cbar.org.br/site/arbitrabilidade-objetiva-em-contratos-de-concessao/. Acesso em : 30.08.2021.

64 - Neste sentido já havia inclusive o Enunciado nº 19, aprovado na I Jornada de Direito Administrativo, realizada, em 2020, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF): "As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem".

65 - LIMA, Renata Faria Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (coord.). Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 276.

66 - VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para as disputas sujeitas a normas de ordem pública? Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 38, jul-set/2013 (edição eletrônica)

> (...) defendemos ao longo deste trabalho a possibilidade de submissão de contratos de concessão tradicional, PPPs e contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 ao mecanismo dos dispute boards em todas as suas espécies – tanto aqueles que emitem recomendações quanto os que proferem decisões – independentemente de lei autorizativa expressa, desde que o DB esteja previsto no edital da licitação e no contrato, reservando-se ao Poder Judiciário apenas a prerrogativa uso do poder coercitivo para o cumprimento da solução dada pela junta técnica do DB.[67]

Em acréscimo deve ser frisado que se observadas a conformação de um CRD que contemple a sua instalação desde o início do contrato (como comitê de acompanhamento, prevenção e solução de disputas), que haja a pluralidade (colegiado/painel) de membros, que os membros sejam profissionais técnicos especializados e isentos, que no contrato esteja desenhada de forma objetiva e específica o objeto e o procedimento do CRD, resultará seguro que as decisões por ele proferidas possuirão uma legitimidade que sustentará a produção de efeitos vinculantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa desenvolvida proporciona a compreensão de que os CRDs são mecanismos altamente viáveis, técnica e juridicamente, para serem utilizados como método alternativo de solução de conflitos, até mesmo em consideração dos problemas de saturação e de ausência de especialização do sistema de justiça estatal.

Percebe que os CRDs, como mecanismo derivado dos métodos alternativos de resolução de conflitos, e que possuem características próprias, incorporam as técnicas dos métodos tradicionais de conciliação, mediação e arbitragem, podendo ser considerado uma evolução sincrética destes métodos.

Além disto, e considerando as características de contratualidade e flexibilidade dos CRDs, resta possível asseverar que sua instalação desde o início do contrato, com o objetivo de acompanhamento, prevenção e solução de disputas contratuais, bem como sua formação por membros técnicos e especializados, faz com seja ele se constitua um instrumento adequado para a prevenção e resolução de conflitos na mais variada espécie de contratos, especialmente, naqueles mais complexos e de longo prazo.

Neste ponto é que se pode constar sua plena adequação aos contratos de concessão, observada a natureza complexa do objeto destes contratos, seja quanto a aspectos técnicos, econômico-financeiro ou jurídicos. Além disto, como os contratos de concessão são, em regra, de longa duração, os conflitos decorrentes da relação contratual tendem a ser mais frequente e recorrentes, motivo pelo que o CRD servirá como instrumento célere e eficiente para a prevenção e resolução de conflitos sem que haja a interrupção ou extinção do contrato, tudo isto em um ambiente menos litigioso e mais especializado.

Ficou ainda demonstrado que há viabilidade e segurança jurídica para que os CRDs sejam incorporados em contratos realizados pela administração pública. A natureza contratual ligada a autonomia da vontade, bem como a busca pela não litigiosidade para a solução adequada dos conflitos, fazem com que os CRDs estejam em conformidade com a ideia de uma moderna administração pública, consentânea com o Estado Democrático de Direito. Isto, conjugado com a existência de regulamentações legais que, apesar

67 - PEREIRA, Ana Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, p. 9-28, fev. 2015, p. 27.

de amplas e não específicas, conferem ao instituto a possibilidade jurídica de ser utilizado pela administração em suas contratações.

Por derradeiro, se pode concluir que a adequação do uso dos CRDs em contratos de concessão feitos pela administração pública é uma decorrência natural das próprias características destes dois institutos. Os CRDs, em verdade, nasceram e vêm evoluindo em meio a contratos que envolvem grandes projetos de infraestrutura, os quais exigem um mecanismo eficiente e célere para a prevenção e resolução dos complexos conflitos técnicos, econômicos e jurídicos que deles resultam. No caso da administração pública, cabe apenas observar que sua aplicação vai limitada a objetos que configurem direitos patrimoniais disponíveis, sendo que os CRDS, na forma da previsão contratual, poderão tanto emitir recomendações como proferir decisões com caráter vinculante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de A. C.; LEVY, Daniel; ALVES, Rafael F. *Lei de arbitragem anotada – a jurisprudência do STF e do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ADB, EBRD, BID, IsBD, PPIAF e WBG. *Guia de Certificação de Parcerias Público-Privadas (PPPs) da APMG (Certified PPP Professional (CP3P) Guide)*, Washington, 2014.

BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro. *Resolução de conflitos para representantes de empresa*. Brasília, DF: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2014. Disponível em https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/enapres/biblioteca/resolucao-conflitos-representantes-empresa.pdf.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020: ano-base 2020*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf.

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

GUIMARÃES, Marcello e FIGUEIREDO, Augusto Barros de. *Um novo aliado nas contratações da administração pública*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-11/opiniao-aliado-contratacoes--administracao-publica. Acesso em: 15.07.2021.

LEWICKI, Roy J.; SAUNDERS, David M.; BARRY, Bruce. *Fundamentos de negociação*. Trad. Félix Nonnemacher. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

LIMA, Renata Faria Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In:

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LIMA, Felipe Herdem. *A evolução da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-12/herdem-consensualidade-direito-administrativo-brasileiro, 13.10.2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENONCIN, Bruna Maria Pereira. *Arbitrabilidade objetiva em contatos de concessão*. Disponível em: https://cbar.org.br/site/arbitrabilidade-objetiva-em-contratos-de-concessao/. Acesso em: 30.08.2021.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

NASSER, Maria Virginia Nabuco Amaral Mesquita. *Dispute Boards em projetos de infraestrutura – entre a governança do contrato e da República*. Disponível em www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-em-projetos-de-infraestrutura-02072021.

OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Public governance on public-private parnership, may/2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de e ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem e administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Pedro Ribeiro. Formas e características dos Dispute Boards, considerações úteis na sua escolha. *In*: SION, Alexandre Oheb (Coord.). *Empreendimentos de Infraestrutura e de Capital Intensivo: Desafios Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 179/191. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2845/2958/21306.

PEREIRA, Ana Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, nº 168, p. 9-28, fev/2015.

PEREZ, Ana. *A decisão do TCU sobre o uso de dispute board*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/ane-perez-decisao-tcu-uso-dispute-board. Acesso em: 31.05.2021.

PITRE, Paloma Guerzeli e ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Dispute Boards*: fundamento e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, nº 10, p. 151-184, jul-dez/2016.

RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos dispute boards no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 52, p. 197-219, jan-mar/2017.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. Disponível em: https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem--de-contratos-de-concessoes-e-ppps. Acesso em 15.08.2021.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamento pessoais e profissionais*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, Carolina Mallmann Tallamini dos. Dispute Boards: maximização da eficiência no procedimento pré-arbitral em contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 56, jan-mar/2018 (edição eletrônica).

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi e BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2014.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, nº 02, p. 69-95, jul-dez/2019.

SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentação e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). *Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil*. São Paulo: Pini, 2016.

TRINDADE, Bernardo Ramos e LINHARES, Camila Pereira. A possibilidade de aplicação das técnicas de mediação no Comitê de Resolução de Disputas. *Revista Vértice Crea-Minas – Edição Especial CMA/CREA-MG*, Belo Horizonte, junho/2017, p. 14-15. Disponível em: http://www.crea-mg.org.br/images/Documentos/Comunicacao/vertice/verticeCMA-web.pdf. Acesso em: 10.7.2021.

URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade e MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi (org.). *A arbitragem na contemporaneidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para as disputas sujeitas a normas de ordem pública? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 38, jul-set/2013 (edição eletrônica)

WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os Dispute Boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 9-24, jul-set/2005.

WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, p. 139-151, jul-set/2011.

WARAT, Luis Alberto (org). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: EModara, 2018.

A IMPORTÂNCIA DO DESENVOLVIMENTO DE COMPETÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ATUAÇÃO INSTITUCIONAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

THE IMPORTANCE OF DEVELOPING CONCILIATION, MEDIATION AND ARBITRATION SKILLS IN THE INSTITUTIONAL PERFORMANCE OF THE ATTORNEY GENERAL OF THE STATE OF MATO GROSSO DO SUL

***Ludmila dos Santos Russi*[1]**

***Orientadora: Prof. Dra. Laura Aparecida dos Santos Gomes*[2]**

RESUMO

A adoção de um sistema de gestão de pessoas com foco na gestão por competências nas organizações públicas possibilita o atendimento de seus interesses finalísticos, ao mesmo tempo em que se promove a valorização de seus integrantes. Para tanto, o desenvolvimento de competências revela-se como etapa prévia e necessária. O presente artigo buscou analisar a perspectiva de onze integrantes da Procuradoria-Geral do Estado, quanto à expectativa de reforço desses ganhos institucionais, que foram capacitados em pós-graduação voltada ao desenvolvimento dessas competências conciliatórias. A pesquisa explicativa envolveu a aplicação de questionário com análise de conteúdo das respostas em categorias temáticas, adotando-se a metodologia de Laurence Bardin. Como resultado, verificou-se no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, a identificação da capacitação de procuradores do estado nos institutos alternativos de resolução de conflitos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem,

ABSTRACT

The adoption of a people management system focused on competency-based governance enables public organizations to meet their ultimate interests as well as further value their members. Prior competency developing is therefore an indispensable step. This paper sought to demonstrate the perspective of eleven members of the Attorney General's Office, regarding the expectation of strengthening these institutional gains, who were trained in postgraduate studies aimed at developing these conciliatory skills. The explanatory research involved the application of a questionnaire with content analysis of the answers in thematic categories, adopting Laurence Bardin's methodology As a result, it was verified within the scope ofthe scope of the Attorney General's Office of the state of Mato Grosso do Sul, considering state attorneys' professional qualifications in alternative conflict resolution practices, such as conciliation, mediation and arbitration, to be essential competencies for public advocacy allowing to foresee the institutional and

1 Mestra em Teoria Geral do Estado pela PUC-Rio. Procuradora do Estado em Mato Grosso do Sul Diretora da Escola Superior de Advocacia Pública da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, desde janeiro de 2019.

2 Doutora e Mestre em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco(UCDB - 2020). Bacharel em Administração com Habilitação em Comércio Exterior pela Universidade Católica Dom Bosco (2004), Especialista em Gestão Estratégica de Recursos Humanos - UNIDERP (2005). Docente do Curso de Pós-graduação em Gestão de Pessoas da Escola de Governo do Estado do MS – EGOV-MS.

como competência necessária ao desenvolvimento da advocacia pública permitindo antever os ganhos institucionais e individuais a serem alcançados, com a expectativa de redução das demandas repetitivas em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Palavras-chave: gestão de pessoas; mapeamento de competências; advocacia pública; pesquisa explicativa.

individual gains that can be achieved, especially the reduction of repetitive legal demands for the state.

Keywords: people management system; competency mapping; public advocacy; explanatory research.

INTRODUÇÃO

A opção por um sistema de gestão estratégica de pessoas com enfoque em um modelo de gestão por competências pressupõe capacitar conhecimentos, habilidades e aptidões aos integrantes de uma organização que sejam necessárias à concretização das atividades finalísticas organizacionais, prestigiando-se assim o mapeamento de competências elencadas para o melhor resultado ao destinatário final da organização pública.

Dentro desse contexto, no que se refere à esfera da administração pública estadual, tem sido cada vez mais oportunizado às advocacias públicas, diante de sua missão constitucional, orientar/adotar instrumentos alternativos de resolução de conflitos jurídicos, de modo que a capacitação de procuradores do estado em competências específicas voltadas a essa temática tornou-se prioritária.

No âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, contratou-se em meados de setembro de 2020, com recursos do PROFISCO II-MS curso de pós-graduação lato sensu em mediação, conciliação e arbitragem para onze integrantes da carreira, cuja conclusão encontra-se prevista para agosto de 2021. Indagados, os interessados sinalizaram positivamente aos ganhos com a capacitação realizada, em especial no que se refere à associação conjugada desses institutos para redução de ações judiciais repetitivas, com a consequente economia do erário.

Em que pese a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul ainda não possuir o mapeamento das competências essenciais e transversais pertinentes ao exercício do cargo de procurador do estado, tal fato, por si só não obsta que se deixe de considerar que, diante da relevância e importância da atuação institucional na utilização de instrumentos alternativos de resolução de conflitos jurídicos, a capacitação nessa área não se revele indispensável ou que não possa ser considerada por si própria uma competência a ser desenvolvida na atividade de um procurador.

Aliás, como desdobramento da iniciativa de capacitação em competências como mediação, arbitragem e conciliação, restou possível identificar duas perspectivas conclusivas indissociáveis:

(1) que a capacitação em competências essenciais de uma organização pública beneficia a um só tempo a organização, que tem sua missão, visão e valores reforçados e sua imagem positivamente refletida à sociedade (destinatário final); ao mesmo tempo em que seus integrantes, com o desenvolvimento

de competências profissionais, experimentam o pertencimento e reconhecimento na organização, além da sociedade que se beneficia de um serviço público de maior qualidade;

(2) a importância de se mapear competências que contribuem para a definição e priorização das competências profissionais que devam ser prestigiadas ao exercício da atividade finalística de uma organização pública, direcionando a elaboração de um planejamento de capacitação focado para a produção de resultados eficientes.

1 REVISÃO DE LITERATURA

Para o desenvolvimento do artigo científico utilizou-se pesquisa bibliográfica sobre o tema que envolveu análise de artigos científicos, livros e/ou dissertações sobre gestão de pessoas, gestão por competências, desenvolvimento e mapeamento de competências, mediação, conciliação e arbitragem e sua utilização pela advocacia pública.

2 METODOLOGIA ADOTADA

Além disso, procedeu-se a estudo de caso, mediante adoção de pesquisa explicativa, com a aplicação de questionário, contendo quatro questões abertas, direcionado aos onze Procuradores do Estado que participaram da pós-graduação lato sensu em mediação, conciliação e arbitragem, custeada com recursos do PROFISCO II. Dos onze participantes, dez responderam ao questionário, sendo que da análise de conteúdo temático de suas respostas, seguindo a perspectiva de Laurence Bardin3 (MAIA, 2020), foi possível identificar, em linhas gerais, a vantajosidade no desenvolvimento das competências específicas voltadas aos institutos de negociação consensual e as expectativas de utilização desses instrumentos na atuação da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

3 DA ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL À GESTÃO ESTRATÉGICA DE PESSOAS: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA GESTÃO POR COMPETÊNCIAS NAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL E NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

De acordo com Silva e Melo (2013, 112-113) pode-se afirmar que, do ponto de vista histórico, a administração pública no Brasil desenvolveu-se por intermédio de três fases distintas e bem delimitadas conceitualmente falando, a saber: antes da Revolução de 1930 (fortemente marcada por um cunho patrimonialista); seguida por uma administração pública burocrática (com a criação do Departamento de Administração do Serviço Público - DASP, em 1938) e a partir da década de 50, buscando um enfoque mais expressivo no cidadão, nos resultados e na descentralização dos serviços, caminhando para uma administração pública dita gerencial.

Essa visão gerencial da administração pública foi reforçada em meados de novembro de 1995, durante o governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, com a edição do Plano Diretor da Re-

3 A análise de conteúdo das respostas ofertadas procedeu aos seguintes passos: transcrição literal do relato, análise concreta, exaustiva e mutuamente exclusiva com o estabelecimento de categorização (agrupamentos temáticos).

forma do Aparelho do Estado, elaborado à época pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, responsável por orientar as mudanças a serem realizadas na administração pública federal nos anos seguintes, com o nítido intuito de se introduzir uma concepção "horizontal" de administração pública (também denominada contratual ou consensual, com a participação da sociedade civil na gestão da coisa pública), em substituição à visão clássica "verticalizada" de administração pública[4].

Com a transformação acima proposta, naturalmente foi necessário remodelar também a gestão dos servidores públicos na administração pública, por intermédio de um sistema de auxílio às organizações no desenvolvimento de competências diferenciadas, visando o crescimento e aperfeiçoamento das pessoas a ela integradas (MARQUES, 2015, p. 13).

A introdução de um modelo gerencial à atividade administrativa pública, focado em planejamento estratégico e finalístico, na busca por resultados eficientes[5], equacionamento de gastos, propiciou uma evolução conceitual e prospectiva da mera administração de recursos humanos para uma visão direcionada à gestão de pessoas em si consideradas, com vistas ao desenvolvimento de seus integrantes, que também se constituem em ativos[6] (capital humano) de uma organização.

Baroni e Mendes (2006, p. 3), citando Dutra, no que se refere ao valor do capital humano de uma organização mencionam que:

> Admite-se que as pessoas podem agregar valor às organizações como agentes de transformação de conhecimentos, habilidades e atitudes, e tal agregação não se reduz ao mero cumprimento de metas de produção, mas refere-se à melhoria dos processos e à introdução de tecnologias (DUTRA, 2004:31).

Na medida em que as organizações públicas passaram a consignar missão, visão e valores específicos, que se traduzem como elementos norteadores de um planejamento estratégico e, por consequência, compreendem pressupostos lógicos para o desenvolvimento de suas respectivas competências finalísticas na busca por melhores resultados à sociedade, da mesma forma, verificou-se a necessidade de que os servidores vinculados a essas organizações igualmente desempenhassem competências profissionais

4 Conforme apontado por Silva e Melo (2013, p. 113): "A partir de 1995, o setor público brasileiro tem buscado desenvolver uma gestão pública 'mais voltada para o cidadão e para a sociedade do que para a burocracia' e, com isso, 'dar à gestão pública as características da gestão contemporânea – de excelência ou de classe mundial – sem, contudo ferir sua essência pública' (LIMA, 2009, p. 2). Porém Guimarães (2000) pondera que ainda é necessária uma mudança, onde essa transformação será possível quando ocorrer uma ruptura com os modelos tradicionais de administração dos recursos públicos e introduzir-se uma nova cultura de gestão. E é nesse sentido, que trata-se a seguir de uma alternativa de mudança tendo como foco as pessoas, que é a gestão por competências no setor público."

5 Tanto é que, seguindo a linha proposta no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado foi introduzido à Constituição Federal de 1988 o princípio da eficiência, por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/98, como uma espécie de positivação dessa concepção gerencial a ser atribuída à atividade administrativa (CHICÓSKI, 2004, p. 170), alçado à categoria de princípio basilar da Administração Pública, juntamente com os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Isso não significa dizer, em absoluto, que a eficiência não fosse buscada como objetivo nacional antes de 1995, visto que ela já se encontrava inserida dentro do contexto do Decreto-lei n. 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, vigente até hoje, como se observa da leitura dos seus arts. 26, III, 116, I, entre outros, mas a introdução da eficiência como princípio constitucional vinculado à atividade administrativa estatal demonstra uma preocupação do constituinte brasileiro na adoção de um modelo gerencial de atuação sistematizada.

6 Ainda sobre a geração de valor público atribuída às pessoas (agentes públicos), Bergue (2019, p. 14) menciona que: "Em sentido amplo, e para fins de reflexão orientada para a gestão de pessoas, valor público pode ser definido como o resultado produzido pela administração pública interagindo com diferentes atores, orientado para a sociedade e reconhecido pelos seus diferentes destinatários. Essa ideia contém o senso de coprodução de valor tendo os agentes públicos como articuladores e a sociedade como objeto, aqui reconhecida como plural e multifacetada em diferentes perfis de destinatários. Presente também a noção de que o valor público é atribuído pela sociedade. É o cidadão que delibera sobre o nível de pertinência do que é gerado, atribuindo-lhe o valor. O valor é, portanto, percebido."

que contribuíssem à concretização das competências institucionais.

Daí a importância de se remodelar a "administração de pessoal" para um sistema de "gestão estratégica de pessoas", tal como enfatizado por Schikmann (2010, p. 16;18):

> Em muitas das organizações públicas brasileiras, as áreas que cuidam da gestão de pessoal ainda se dedicam principalmente às atividades relacionadas à folha de pagamento, benefícios da aposentadoria e afins, proposição de leis, regras e regulamentos, além de desenvolver algumas ações pontuais e emergenciais de treinamento e capacitação. A forma de atuação das áreas é geralmente reativa, respondendo quando acionadas pelas demandas das outras áreas da organização e funcionários, indicando que elas não possuem o controle dos assuntos que estariam afetos à sua responsabilidade.
>
> (...)
>
> O conceito de gestão estratégica se refere a um tipo de gestão que se preocupa com os objetivos e metas da organização e com o desempenho e as formas de atuação mais adequados para concretizá-los, considerando-se o curto, o médio e o longo prazos. O foco é a definição dos resultados esperados, o planejamento e o monitoramento das ações para seu alcance.
>
> O desempenho diz respeito não só à organização, mas também às pessoas que nela atuam. O planejamento estratégico da organização, em que são definidas as diretrizes para desempenho, é desdobrado nos diversos níveis organizacionais até o individual. O modelo de gestão estratégica de pessoas inclui a definição dos perfis profissionais e da quantidade de pessoas com tais perfis, necessários para atuar na organização. Além disso, abrange o estabelecimento de uma política que oferecerá o respaldo adequado para a sustentabilidade da gestão.

Com isso, competências profissionais tornaram-se uma espécie de elemento integrado ao sistema de gestão de pessoas na administração pública brasileira, tanto é que por intermédio do Decreto Federal n. 5.707/2006, o Brasil deu ensejo a um modelo de Política e de Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional, tendo por finalidade, dentre outros, a adequação das competências requeridas dos servidores aos objetivos das instituições às quais encontravam-se vinculados, implicando em ações de capacitação que contribuíssem para o desenvolvimento de competências institucionais, por meio do desenvolvimento de competências individuais (art. 2º, I).

O Decreto Federal n. 5.707/2006 foi responsável por introduzir a concepção de gestão por competência, compreendida, consoante redação do art. 2º, I, como a "gestão da capacitação orientada para o desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição", tendo por instrumento o plano anual de capacitação.

É importante consignar que num modelo organizacional em que a gestão de pessoas é orientada pela competência, conforme Carvalho et.al. (2009, p. 40) parte do desafio consiste em se adequar as características do indivíduo às características do trabalho por ele desenvolvido no cargo/posto ocupado e, assim, as capacitações devem espelhar esse processo, de forma que a aprendizagem seja mediante uma ação seguida de uma avaliação, com resultados igualmente observáveis no ambiente de trabalho.

Mesmo com a revogação do Decreto Federal n. 5.707/2006 pelo recente Decreto Federal n. 9.991/2019, atualizado pelo Decreto Federal n. 10.506/2020, que disciplina a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoas[7] da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, verifica-se que

7 A Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoas possui forte influência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para incorporar boas práticas do mercado de trabalho, tendo como pilares: ser justa e equânime, ser transparente e ter foco no planejamento e na governança (ENAP, 2020).

o enfoque no desenvolvimento de competências restou mantido como objetivo norteador, na medida em que o desenvolvimento dos servidores públicos nas competências necessárias à consecução da excelência na atuação dos órgãos e das entidades foi apontado como propósito diretivo pelo novo regramento (art. 1º), ao mesmo tempo em que se previu diagnóstico de competências[8] como etapa antecessora do Plano de Desenvolvimento de Pessoas[9], instrumento adotado para execução da referida política.

Muito embora os instrumentos normativos possuam campo de abrangência à administração pública federal direta, autárquica e fundacional, no âmbito do estado sul-mato-grossense, desde o ano de 2017, por intermédio do Decreto Estadual n. 14.856 instituiu-se a Política de Desenvolvimento dos Servidores Públicos Estaduais, para a administração pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo Estadual, compreendendo a implementação de ações de capacitação, que possibilitem o desenvolvimento dos conhecimentos, habilidades e das atitudes, para a melhoria do desempenho do servidor, com vistas à eficiência, eficácia e qualidade dos serviços públicos prestados, garantindo o desenvolvimento e o aprimoramento permanente do servidor público estadual, mediante o desenvolvimento de competências dos servidores públicos estaduais em temas alinhados aos objetivos e às metas estabelecidas no Plano Plurianual do Poder Executivo Estadual[10].

Nota-se, portanto, que em sede do Poder Executivo Estadual a gestão de pessoas vem sendo sistematizada também de forma estratégica, com foco na adoção de mecanismos e instrumentos que prestigiem o desenvolvimento de competências de seus recursos humanos, agregando valor às organizações públicas estaduais e aos indivíduos, com vistas à busca por melhores resultados institucionais e por, consequência, à sociedade sul-mato-grossense.

De acordo com a Lei Complementar Estadual n. 95/2001, que regulamenta a Procuradoria-Geral do Estado (art. 14, VII), compete à Corregedoria-Geral da Procuradoria-Geral do Estado acompanhar o estágio probatório dos membros da Procuradoria-Geral do Estado e efetuar avaliação especial de desempenho, estando os procuradores do estado submetidos a esse normativo.

3.1 A Competência e o desenvolvimento de pessoas nas organizações públicas

Na definição de competências partiu-se da conceituação proposta por ENAP (2020, p. 8) no sentido de serem identificadas três dimensões conhecidas e atribuídas às competências profissionais, a saber, conhecimentos, habilidades e atitudes, usualmente conhecidas pela expressão CHA.

Neste aspecto é importante mencionar distintas correntes e abordagens acerca do que se compreende como competências profissionais. Como dito por Silva (2019, p. 32-33):

> "Em 1990, estudos sobre as competências assumiram uma perspectiva mais centrada no desempe-

8 O diagnóstico de competências é compreendido como a identificação do conjunto de conhecimentos, habilidades e condutas necessários ao exercício do cargo ou da função, na dicção do art. 3º, §3º do referido diploma infralegal.

9 Da leitura do Decreto Federal n. 9.991/2019, denota-se que o plano de desenvolvimento de pessoas será elaborado anualmente, vigorando para o exercício seguinte, a partir do levantamento das necessidades de desenvolvimento relacionadas à consecução dos objetivos institucionais, de modo que a necessidade a ser atendida e alinhada a ação de desenvolvimento deve correlacionar-se aos objetivos estratégicos do órgão ou entidade.

10 Por intermédio do Decreto Estadual n. 14.719/2017, houve a regulamentação da Avaliação de Desempenho Individual (ADI) dos servidores públicos civis ocupantes de cargos comissionados, servidores contratados e de servidores efetivos integrantes do Plano de Cargos, Empregas e Carreira do Poder Executivo Estadual.

> nho como resultado não só de uma visão cognitiva, mas também comportamental, social e estratégica, dando origem à perspectiva multinível (individual, coletivo, organizacional) das competências. Implicitamente, Prahalad e Hamel (1990) propuseram um conceito de competência que incorpora uma abordagem multinível, porque integra habilidades, múltiplos fluxos de tecnologia, organização do trabalho e a entrega de valor. Também incorpora a comunicação, o envolvimento e um profundo compromisso de trabalhar por meio das fronteiras organizacionais, e uma competência essencial se desenvolve a partir do aprendizado coletivo na organização. Essa perspectiva estimulou o desenvolvimento de vários estudos na década de 1990, que ampliou o significado de competência como uma fonte de competitividade."

Se a adoção de um modelo de gestão estratégica de pessoas nas organizações públicas com base na gestão de competências revela-se, como visto, num importante modelo de promoção de desenvolvimento de recursos humanos e da própria infraestrutura/gestão organizacional para atendimento das diversas necessidades da sociedade (SILVA; BISPO; AYRES, 2019, p. 45), de que maneira ele se operacionaliza na prática?

Segundo Silva, Bispo e Ayres (2019, p. 39):

> A delimitação de um sistema de gestão por competências deve ser alinhada a partir de dois direcionamentos: o vertical, que está ligado ao vínculo das competências institucionais com as individuais; e o horizontal, que se relaciona à articulação dos vários processos de gestão de pessoas com as estratégias institucionais. Esse alinhamento permite a aderência do sistema à função social da instituição, à legislação inerente à gestão de pessoas e à cultura, que juntas caracterizam o contexto, ou seja, o espaço social em que os servidores atuam, (...)

É inegável, como apontado anteriormente, que a implantação de um modelo de gestão de pessoas baseada em gestão por competências nas organizações públicas pressuponha uma mudança de cultura organizacional do serviço público, com a migração de um modelo burocrático para um modelo gerencial de entrega de resultados (SILVA; MELLO, 2013).

E na implantação desse modelo torna-se fundamental a identificação, por meio de um mapeamento, das competências profissionais que se consideram indispensáveis à execução das atividades finalísticas das organizações públicas. Isso porque, a noção de competências num sistema de gestão de pessoas promove a movimentação, desenvolvimento, valorização e gestão da carreira e da remuneração dos integrantes de uma organização pública (FEVORINI; SILVA e CREPALDI, 2014).

Para tanto, há que se ter delineada a estratégia organizacional, com a definição clara de missão, valores e visão institucionais, a fim de ser identificada a lacuna ("gap") entre as competências necessárias à consecução dos objetivos organizacionais e aquelas já disponíveis na organização pública[11] (BRANDÃO; BAHRY, 2005: 179).

Na redação do Decreto Federal n. 9.991/2019, o olhar da moderna gestão de pessoas na administração pública federal deve estar com vistas ao desenvolvimento e capacitação de competências essenciais e transversais, entendidas as primeiras como sendo aquelas que caracterizam a razão de ser de uma organização e ocupam um papel central em sua estratégia e as segundas como sendo aquelas não relacio-

11 Brandão e Babry (2005, p. 181) mencionam ainda que: "É importante ressaltar que, na ausência de ações de captação ou desenvolvimento de competências, por parte da organização, essa lacuna tende a crescer. Isso porque a complexidade do ambiente no qual as organizações estão inseridas faz com que sejam exigidas cada vez mais novas competências. As próprias competências internas, já disponíveis na organização, podem tornar-se obsoletas com o passar do tempo. Por isso, é fundamental realizar periodicamente o mapeamento e planejar a captação e o desenvolvimento de competências."

nadas diretamente com um trabalho, disciplina acadêmica ou área do conhecimento específica e que, ainda assim, podem ser utilizadas em uma ampla variedade de situações e ambientes distintos, sendo basicamente requeridas por todos os membros de uma organização ou instituição (ENAP, 2020).

A eleição das competências que se pretendem ver desenvolvidas será melhor compreendida com a realização de prévio mapeamento[12]. Como apontado por Silva e Mello (2013, p. 116):

> É extremamente necessário analisar e considerar os fundamentos e objetivos do órgão público em questão para que se possa desenvolver o correto mapeamento das competências necessárias e das já existentes. Segundo Brandão e Bahry (2005), '[...] a etapa de mapeamento de competências é de fundamental importância, pois dela decorrem as ações de captação e desenvolvimento de competências, avaliação e retribuição'. É nessa fase em que se faz o estudo dos objetivos estratégicos da instituição e, em seguida, definem-se as competências necessárias para atingir esses resultados. Uma vez realizado o devido mapeamento dessas competências, busca-se o desenvolvimento de ações educativas que possam suprir essas necessidades. Estas ações a serem desenvolvidas pelo órgão público visam buscar as melhores alternativas para se desenvolver as competências necessárias identificadas no processo de mapeamento.

Com o mapeamento de competências torna-se possível planejar e realizar capacitações/treinamentos que desenvolvam as habilidades, conhecimentos e aptidões necessários à gestão e o desenvolvimento estratégico das pessoas e das próprias organizações públicas[13] com vistas ao melhor resultado ao destinatário final, formando uma verdadeira trilha de aprendizagem.

Nesse sentido, os grandes beneficiados são a um só tempo: (1) a organização pública, que vê sua imagem interna e externa reforçada por credibilidade; (2) seus integrantes que experimentam do sentimento de pertencimento e reconhecimento[14] pessoal e profissional, (3) além da sociedade que se beneficia de um serviço público ofertado com maior qualidade.

4 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA

O excessivo ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário[15] contra a administração pública, a repetição dessas demandas e a possibilidade de interposição de incontáveis recursos face às decisões judiciais, acabam por criar um infinito labirinto na resolução efetiva dos conflitos apresentados ao Poder Judiciário, tornando-se necessário ao ordenamento jurídico brasileiro prever mecanismos alternativos con-

12 Saber a direção que se pretende seguir no campo das capacitações é tão determinante quanto a capacitação em si pretendida, sob pena de a organização pública permanecer tal qual Alice no país das Maravilhas, quando diante do gato, indaga-lhe como sair daquele lugar e, por não saber exatamente para onde deseja ir, o gato lhe responde ironicamente que então qualquer caminho serviria.

13 Por certo, há dificuldades nesse processo, identificado por Silva, Melo e Torres (2013, p. 692): "Então, como inferências e apontamentos finais do trabalho, é possível afirmar que há obstáculos que podem comprometer a gestão de competências. No nível individual, o que inibe o desenvolvimento de competências são fatores de ordem psicológica, desde as percepções de gerentes e colaboradores sobre suas necessidades e habilidades de aprender, suas emoções, seus sentimentos e suas reações diante dos desafios e da resolução de problemas, até fatores mais pessoais, advindos da natureza humana, como valores e crenças. No âmbito organizacional, a cultura e o próprio clima da organização podem mostrar-se como inibidores do desenvolvimento de competências, assim como a instabilidade de mercado e a competição diante de uma maior posição econômica, que, na maioria dos casos, privilegia os resultados mais do que os processos de desenvolvimento de Gestão de Pessoas."

14 De acordo com a teoria do reconhecimento intersubjetivo, na visão proposta por Axel Honneth, são identificadas três esferas de reconhecimento que, quando completas, propiciam autorrealização social dos indivíduos (LACERDA, 2012).

15 Dados do Conselho Nacional de Justiça, sedimentando 11 anos de coleta no Relatório Justiça em Números 2020 (ano base 2019) noticia que o Poder Judiciário Brasileiro finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação que aguardavam alguma solução definitiva – patamar semelhante ao verificado em 2015.

sensuais de resolução desses conflitos na expectativa de obter conclusão mais célere da disputa entre os litigantes. Segundo Megna (2015, p. 5):

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

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe há algum tempo de um microssistema que abrange a possibilidade de a administração pública valer-se de ferramentas para resolução consensual de seus conflitos, tais como: (1) a Lei da Arbitragem (Lei Federal n. 9.307/1996), que em seu art. 1º, §1º[16], incluído pela Lei Federal n. 13.129/2015, possibilita a administração pública direta e indireta a utilizar-se desta técnica para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis; (2) o novo Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105/2015) que, dentre outros, possui como princípio o estímulo da solução por autocomposição, vide art.3º, §§1ºa 3º[17]; incentivando a conciliação entre as partes e, (3) a Lei da Mediação para administração pública (Lei Federal n. 13.140/2015), que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, mediante a instituição de câmaras de prevenção e resolução administrativas de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública.

Contextualizando brevemente os institutos acima identificados, entende-se por **arbitragem** o método de resolução de conflitos no qual as partes envolvidas identificam um terceiro (pessoa física ou jurídica) que atuará na composição da controvérsia como um árbitro, sem que ocorra a participação do Judiciário, competindo-lhe a decisão sobre o dilema apresentado, atuando como um juiz privado[18]. Para que seja possível o exercício da convenção de arbitragem, as partes de um negócio devem previamente estabelecer em cláusula expressa que, no caso de controvérsias sobre o negócio pactuado, a questão será submetida ao juízo arbitral.

Por sua vez, a **conciliação** e **mediação** se apresentam como métodos de resolução de conflitos, que podem ser judiciais ou extrajudiciais, nos quais o facilitador da negociação, identificado como conciliador e mediador, respectivamente, as auxilia a encontrar uma solução que satisfaça ambos os contendentes. Apesar de a Lei 13.140/2015 e o Código de Processo Civil tratarem a conciliação como sinônimo de mediação, existe diferença sútil entre os institutos, na medida em que na conciliação, há uma participação mais efetiva do conciliador na construção e sugestão de soluções, ao passo que na mediação, o mediador interfere menos nas soluções e age como um facilitador do diálogo, de modo que a solução é construída pelas partes, exclusivamente.

Faz-se necessário pontuar que, no âmbito da Lei Federal n. 13.140/2015 (art. 32 e seguintes), faculta-se a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a criação de **câmaras de prevenção e resolu-**

16 Art. 1º. [...] § 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

17 Art. 3º. [...] § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

18 De acordo como art. 18 da Lei Federal n. 9.307/1996, o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença por ele proferida não se sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

ção administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública, onde houver sua regulamentação como carreira institucional, com competência para: (1) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; (2) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e, (3) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Trata-se de faculdade atribuída aos entes federados, cujo modo de composição e funcionamento depende de regulamento de cada ente, podendo ser instauradas câmaras administrativas de ofício ou mediante provocação, inclusive para tratar de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos. Com o consenso entre as partes, o acordo ali gerado, será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

Considerando-se o cenário acima, é possível afirmar que a advocacia pública do século XXI deve ser preventiva e não meramente reativa (GARCIA, 2020). Com isso, vem sendo oportunizado cada vez mais às advocacias públicas, diante de sua missão constitucional[19], orientar/adotar meios resolutivos alternativos de negociação entre as partes, como ferramentas de pacificação desses litígios.

Em Mato Grosso do Sul, a RESOLUÇÃO PGE/MS/N.º 242, de 30 de junho de 2017, publicada no Diário Oficial n° 9.442, de 4 de julho de 2017, p. 4-5), regulamenta a implantação de Câmara Administrativa de Solução de Conflito – CASC no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, que atualmente tem desenvolvido suas atividades em duas frentes de trabalho: precatórios e saúde , com êxito na redução da judicialização de demandas em face do Poder Executivo Estadual, ao mesmo tempo em que tem propiciado redução dos gastos do erário.

5 A EXPERIÊNCIA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL NA CAPACITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: EXPECTATIVAS PARA O FUTURO

Dentro da estrutura organizacional da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, prevista pela Lei Complementar Estadual n. 95/2001 em seu art. 6º, III, “a”, §2º, foi atribuída à Escola Superior da Advocacia Pública, serviço auxiliar institucional, o aprimoramento cultural dos Procuradores do Estado e dos demais servidores integrantes ou vinculados à Procuradoria-Geral do Estado, sendo-lhe consequência natural a competência para a elaboração do Plano de Capacitação, como dito anteriormente.

A importância na capacitação de Procuradores do Estado em competências relacionadas à conciliação, mediação e arbitragem justificou-se na medida em que é crescente a demanda pela participação das advocacias públicas em formas alternativas e consensuais de resolução e prevenção de litígios, o que vem sendo incentivado de modo especial após o advento do novo Código de Processo Civil (2015), propiciando uma boa gestão do gasto público e transparência.

O protagonismo que se tem atribuídos às advocacias públicas, diante dos diplomas legais citados anteriormente, permite considerar que a capacitação em técnicas de negociação e, em especial, nos

19 Dentro da sistemática da Constituição Federal de 1988 (art. 132), a Advocacia Pública foi incorporada como função essencial à Justiça, tendo sido previsto, especificamente em relação às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

institutos de mediação, conciliação e arbitragem aos seus integrantes, pode ser considerada como uma capacitação em uma competência essencial pertinente à atuação das procuradorias estaduais.

No intuito de propiciar o desenvolvimento dessa competência (técnicas de resolução consensual de conflitos jurídicos), a Escola Superior da Advocacia Pública passou a realizar/apoiar palestras que espelhassem essa temática, prevendo em seu quadro de atividades programadas do Plano de Capacitação – biênio 2020/2021, capacitação específica na contratação de pós-graduação lato sensu em conciliação, mediação e arbitragem.

A contratação[20], ocorrida em setembro de 2020, com recursos do Projeto de Modernização da Gestão Fiscal do Estado de Mato Grosso do Sul (PROFISCO II – MS – Contrato de Empréstimo Nº 4597/OC-BR)[21], teve por objeto a qualificação de onze Procuradores do Estado nos referidos mecanismos de resolução alternativa de conflitos.

Como resultados esperados foram apontados no estudo técnico preliminar que embasou a contratação: (1) fortalecimento da atuação da câmara administrativa conciliatória, possibilitando a instauração de novas, além das já existentes e que versam sobre precatórios e demandas vinculadas à saúde, conforme conveniência e oportunidade, verificadas pela Procuradoria-Geral do Estado, de modo a minimizar o ajuizamento de ações repetitivas em face do Estado de Mato Grosso do Sul; (2) capacitação dos Procuradores do Estado para atuação em mediações e conciliações específicas em processos, cujas decisões judiciais possam provocar o agravamento de situações fáticas controversas e de difícil resolução, conhecidas juridicamente como "decisões ou escolhas trágicas"[22]; e, (3) estímulo quanto à utilização dos instrumentos de mediação, conciliação e arbitragem por meio de seminários, oficinas, orientações jurídicas e reuniões junto aos gestores públicos estaduais, como mecanismos alternativos de solução de conflitos de interesses repetitivos, evitando-se o ajuizamento de ações judiciais, gerando economia ao erário estadual.

Com a aproximação do encerramento da pós-graduação contratada, previsto para agosto de 2021 mediante a avaliação dos termos de conclusão de curso a serem desenvolvidos pelos participantes, a Escola Superior da Advocacia Pública elaborou questionário dentro da plataforma "google formulário" contendo quatro questões abertas (Anexo), encaminhado aos onze inscritos na pós-graduação, mediante link específico, em grupo de "whatsapp" que congrega os interessados para recados e avisos.

20 Contrato n. 017/2020, registro GCONT n. 14.084, celebrado entre o Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Secretaria de Estado de Fazenda e IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático Ltda - CNPJ n. 08.957.721/0001-24, (Processo n. 11/010.923/2020).

21 O PROFISCO II é o projeto de apoio à modernização e gestão fiscal dos entes estaduais brasileiros para iniciativas de melhoria da administração das receitas e da gestão fiscal, financeira e patrimonial. Com financiamento pelo organismo internacional BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), conta com garantia soberana do Governo Federal e possui três matrizes de atuação, a saber: Componente I – Gestão Fazendária e Transparência Fiscal, Componente II – Administração Tributária e Contencioso Fiscal e Componente III – Administração Financeira e Gastos Públicos. No caso, a contratação restou vinculada ao COMPONENTE I – GESTÃO FAZENDÁRIA E TRANSPARÊNCIA FISCAL – Produto P 1.3 DE GESTÃO ESTRATÉGICA DE PESSOAS COM BASE EM COMPETÊNCIAS IMPLANTADO.

22 Segundo Rodrigues (2021, p. 618-619; 632): "Em algumas situações está também presente a denominada escolha trágica: alguma das opções de escolha é livre de transgressão moral? O estudo dessas questões, por meio da filosofia, literatura e observação da vida contemporânea, tem relevante importância na reflexão sobre os direitos dos cidadãos e os interesses públicos, os quais, para serem concretizados, demandam, na maioria das vezes, a realização de escolhas trágicas, para as quais a análise do custo-benefício, feita na escolha óbvia, não é suficiente (NUSSBAUM, 2001, p.169). A questão trágica não é, pois, decidida apenas por meio de um critério de custo benefício, pois este reside na primeira etapa. Ela deve ser decidida por meio de uma análise da redução de danos, ou seja, no caso concreto, qual seria a opção que traria menos danos – frise-se que a análise das consequências práticas da decisão administrativa é exigência contida no artigo 20 da Lei nº 13.655/2018, (...).Nesse contexto, rememora-se que a escolha trágica se conceitua por envolver opções complexas e relevantes, e aquela opção não eleita pelo gestor público corresponde a uma parcela significativa de interesses públicos. Destarte, é necessário o juízo de ponderação de prioridades, dentro da realidade jurídico-fática específica."

Dos onze participantes, dez responderam ao questionário, sendo que da análise de conteúdo temático de suas respostas, seguindo a perspectiva de Bardin (MAIA, 2020), pudemos observar o seguinte:

- em relação ao primeiro questionamento ("Qual foi a razão pela qual você decidiu participar da capacitação?"), cinco participantes indicaram motivos relacionados a aprimoramento profissional, dois interessados declararam o interesse pessoal no tema e três participantes indicaram que a inovação do tema contribuiu para sua participação;

- no que se refere ao segundo questionamento ("A capacitação cumpriu as expectativas propostas?"), seis participantes sinalizaram o alcance total dos objetivos do curso, ao passo que os quatro participantes remanescentes acreditam que o alcance tenha sido apenas parcial;

- em relação ao terceiro questionamento ("Como pretende aplicar os conhecimentos obtidos junto a sua unidade de lotação?"), sete participantes identificaram que pretendem atuar em autocomposições, sendo que apenas três participaram sinalizaram não possuírem projetos muito específicos;

- por fim, no que se refere ao quarto questionamento ("Em sua opinião, quais os benefícios institucionais podem ser esperados com essa capacitação?"), quatro participantes esperam que a atuação preventiva promova a diminuição de demandas jurídicas contra o Estado, enquanto seis interessados acreditam que haverá melhoria no desempenho institucional da Procuradoria-Geral do Estado como um todo.

A Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul ainda não dispõe do mapeamento de competências da atividade do procurador do estado, sendo que o atual Plano de Capacitação elaborado pela Escola Superior da Advocacia Pública, embasou-se no Planejamento Estratégico existente na instituição (ano referência 2018-2022), voltado ao atendimento das necessidades de qualificação profissional ali identificadas, o que por si já se vê identificados pequenos "gaps" de qualificação decorrentes das demandas até então visualizadas.

Não obstante, as conclusões do presente estudo de caso, possibilitam antever quanto à necessidade de realização do mapeamento de competências e formações de trilhas de aprendizagem e os potenciais ganhos institucionais e para o desenvolvimento de seus integrantes.

A análise de conteúdo temático acima permite concluir que: (1) de maneira geral, os resultados esperados com a contratação tenham sido alcançados, seja pelo conhecimento auferido, seja pela possibilidade de utilização dos conhecimentos obtidos em áreas de atuação da Procuradoria-Geral do Estado pelos participantes; (2) ademais, o desenvolvimento dessa competência aos procuradores do estado propiciará considerável expectativa de melhoria de resultados institucionais, com atendimento ao planejamento estratégico em vigor, possibilitando a otimização dos recursos públicos pelos gestores em finalidades que melhor atendam a sociedade; (3) ao mesmo tempo em que reforça a experiência positiva das câmaras de resolução de conflitos já instituídas no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, e, (4) sinaliza para ampliação de seus conteúdo de negociação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que o mundo corporativo público atual pressupõe uma atuação institucional focada em resultados e eficiência em suas atividades, fruto de visão gerencial de administração pública que, por

decorrência lógica, pressupõe a adoção de um sistema de gestão de pessoas baseado na gestão por competências, apto ao desenvolvimento de seus integrantes em competências que sejam identificadas como ferramentas propulsoras da finalidade desempenhada pela organização pública.

Também é fato incontroverso que a direção ou o curso do desenvolvimento em competências profissionais numa organização pressupõe a definição do objeto da ação, ou em outras palavras: que se identifique quais as competências se reputam necessárias para o melhor desenvolvimento institucional e individual de seus integrantes, com o que se justifica a realização de prévio mapeamento de competências para que as capacitações atinjam efetividade e concretude mensurável, apta a interferir na melhoria de resultados institucionais.

A capacitação de Procuradores do Estado em competências relacionadas à conciliação, mediação e arbitragem pode ser considerada como o desenvolvimento de uma competência profissional inerente à advocacia pública na medida em que é crescente a demanda pela participação das procuradorias estaduais em formas alternativas e consensuais de resolução e prevenção de litígios de massa, o que vem sendo incentivado de modo especial após o advento do novo Código de Processo Civil (2015), propiciando uma boa gestão do gasto público e transparência.

Tanto é que, dentro dessa vertente a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, valendo-se da faculdade legal atribuída pela Lei Federal n. 13.140/2015, que permite à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, foi publicada a RESOLUÇÃO PGE/MS/N.º 242, de 30 de junho de 2017regulamentando a implantação de Câmara Administrativa de Solução de Conflito – CASC, atualmente com o desenvolvimento de atividades em duas frentes de trabalho: precatórios e saúde, as quais têm apresentado êxito crescente na redução da judicialização de demandas em face do Poder Executivo Estadual, ao mesmo tempo em que tem propiciado redução dos gastos do erário.

Em sua terceira edição, com edital aberto em janeiro de 2020 e encerramento em setembro de 2020, a Procuradoria de Cumprimento de Sentença e Precatórios, órgão da estrutura interna da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, responsável pela condução desta CASC, identificou que a soma total de precatórios chegou a R$ 70,7 milhões, sendo que com as condições de descontos aceitas pelos credores do Estado de Mato Grosso do Sul, o pagamento líquido efetuado pelos tribunais parceiros alcançou a marca de R$ 50,7 milhões, com economia registrada de R$ 20 milhões aos cofres estaduais.

No âmbito da saúde, desde 2017, a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul mantém com a Secretaria Estadual de Saúde sua adesão à câmara administrativa para implementar mecanismos consensuais de solução de conflitos visando à redução da judicialização na área da saúde. No ano de 2020, mesmo em meio à pandemia, a atuação da CASC possibilitou que mais de 110 usuários obtivessem administrativamente a prestação de 10.945 unidades de medicamentos, sem que houvesse o ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário.

Em vista do desenvolvimento dessas atividades, foi celebrada a contratação de pós-graduação lato sensu, ocorrida em setembro de 2020, com recursos do Projeto de Modernização da Gestão Fiscal do Estado de Mato Grosso do Sul (PROFISCO II – MS – Contrato de Empréstimo Nº 4597/OC-BR), tendo

por objeto a qualificação de onze Procuradores do Estado nos referidos mecanismos de resolução alternativa de conflitos.

A experiência da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul na qualificação de onze procuradores do estado em mecanismos de resolução alternativa de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem), após análise de respostas decorrentes da aplicação de questionário temático aos participantes da capacitação, com análise de conteúdo valendo-se da metodologia de Laurence Bardin, confirma a assertiva de necessidade de desenvolvimento dessas competências profissionais e antevê os ganhos institucionais e individuais a serem alcançados com o mapeamento das competências essenciais e transversais afetos à atuação dos procuradores do estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARONI, M. OLIVEIRA, J. M. **Desenvolvimento profissional e mobilização de competências no setor público.** XI Congressso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la ADministracion Pública, Ciudad de Guatemala, 7-10 nov. 2006. Disponível em: http://www.clad.org/siare_isis/fulltext/0055340.pdf. Acesso em 13 jul. 2021.

BERGUE, S. T. **Gestão de pessoas: liderança e competências para o setor público**. Brasília: Enap, 2019. 179 p. Disponível em: http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4283. Acesso em 30 jun. 2021.

BRANDÃO, H. P., & BAHRY, C. P. (2014). **Gestão por competências: métodos e técnicas para mapeamento de competências**. Revista Do Serviço Público, 56(2), p. 179-194. Disponível em: https://doi.org/10.21874/rsp.v56i2.224. Acesso em 01 jul. 2021.

BRASIL. Decreto Federal n. 5.707, de 23 de fevereiro de 2006. **Institui a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 03, de 24 Fev 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5707.htm. Acesso em 06 jul 2021.

BRASIL. Decreto Federal nº 9.991, de 28 de agosto de 2019. **Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoas da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto a licenças e afastamentos para ações de desenvolvimento. Brasília, DF**. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, ano 167, p. 01, de 29 Ago 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9991.htm#art35. Acesso em 06 jul. 2021.

BRASIL. Decreto Federal nº 10.506, de 02 de outubro de 2020. **Altera o Decreto nº 9.991, de 28 de agosto de 2019, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoas da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto a licenças e afastamentos para ações de desenvolvimento**. Brasília, DF. **Diário Oficila da União**: Brasília, DF, ano 191, seção 1, p. 05. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10506.htm. Acesso em 06 jul. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre arbitragem**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 18897, de 24 Set 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 06 jul. 2021.

BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União: Brasília, DF, ano 51, p. 01, de 17 Mar 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 06 jul. 2021.

BRASIL. Lei Federal n. 13.140, de 25 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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, ano 121, p. 04, de 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 06 jul. 2021.

CARVALHO, A. I. et. al. **Escolas de governo e gestão por competências: mesa-redonda de pesquisa-ação**. Brasília: ENAP, 2009. 109p. Disponível em: http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/398. Acesso em 30 mai2021.

CHICÓSKI, D. **O princípio da eficiência e o procedimento administrativo. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 4, n. 18, p. 169-196, out./dez. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Disponível e: www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/621/57. Acesso em 30 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020.** - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em 07 jul. 2021.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ENAP. **Competências transversais de um setor público de alto desempenho**. Brasília. 2020. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5663/1/Competências_transversais_duas_colunas_menor%20%281%29.pdf. Acesso em 02 jul. 2021.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ENAP. **Competências essenciais de liderança para o setor público brasileiro**. Brasília. 2020. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5715/1/COMPETÊNCIAS%20ESSENCIAIS%20DE%20LIDERANÇA%20PARA%20O%20SETOR%20PÚBLICO%20BRASILEIRO_compressed.pdf. Acesso em 02 jul. 2021.

FEVORINI, F. B. SILVA, R. T. CREPALDI, A. M. **Gestão por competências no setor público: exemplos de organizações que adotaram o modelo**. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/ReCaPe/article/view/20577/15194. Acesso em 13 jul. 2021.

GARCIA, F. A. **Notas sobre mediação, conciliação e as funções da Advocacia Pública: uma perspectiva à luz do Direito Administrativo contemporâneo**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. Curitiba. n. 11, 2020, p. 33-54. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-12/2020_004_notas_sobre_mediacao_conciliacao_e_as_funcoes_da_advocacia_garcia.pdf. Acesso em 25 de maio de 2021.

JESUS, Karla Tatiane de. GA: Assuntos relacionados às ações da PGE na área da saúde foram tema de reunião. **PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**, 28 mai. 2021. Disponível em: https://www.pge.ms.gov.br/ga-assuntos-relacionados-as-acoes-da-pge-na-area-da-saude--foram-tema-de-reuniao/. Acesso em 13 jul. 2021.

JESUS, Karla Tatiane de. PGE finaliza Acordo Direto em precatórios e alcança mais de 28% de economia. **PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL,** 26 out. 2020. Disponível

em: https://www.pge.ms.gov.br/pge-finaliza-acordo-direto-em-precatorios-e-alcanca-mais-de-28-de-economia/. Acesso em: 13 jul. 2021.

LACERDA, L. S. **Adaptação razoável da Administração Pública às pessoas com deficiência: novo horizonte na concretização do reconhecimento social.** Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado) - PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2012.

MARQUES, Marques, Fernanda. Gestão de Pessoas: fundamentos e tendências. Brasília: DDG/ENAP, 2015. 105 p. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2521/1/GPFT%20-%20Apostila-CE.pdf. Acesso em 30 mai. 2021.

MAIA, A. C. B. Questionário e entrevista na pesquisa qualitativa: elaboração, aplicação e análise de conteúdo – manual didático. São Carlos: Pedro & João Editores, 2020. 52 p.

MATO GROSSO DO SUL. Decreto Estadual nº 14.719, de 18 de abril de 2017. Regulamenta a Avaliação de Desempenho Individual (ADI) dos Servidores Civis, integrantes do Plano de Cargos, Empregos e Carreiras, servidores ocupantes de cargos comissionados e contratados do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul. Diário Oficial (do) Estado de Mato Grosso do Sul. Mato Grosso do Sul, nº 9.392, de 19 abr. 2017, p. 02-04. Disponível em: http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/1b758e65922af3e904256b220050342a/e2319ea5e650287b0425810700438f38?OpenDocument&Highlight=2,14.719. Acesso em 06 jul. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. Decreto Estadual nº 14.856, de 17 de outubro de 2017. Institui a Política de Desenvolvimento dos Servidores Públicos Estaduais, no âmbito da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo Estadual, define suas diretrizes, e dá outras providências. **Diário Oficial (do) Estado de Mato Grosso do Sul**. Mato Grosso do Sul, nº 9.516, de 20 out. 2017, p. 01-02. Disponível em: http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/1b758e65922af3e904256b220050342a/c0a30b2403f86270042581bf003cf682?OpenDocument&Highlight=2,14.856. Acesso em 06 jul. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar Estadual nº 95, de 26 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a organização da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul e o estatuto da carreira de seus membros, e dá outras providências. Diário Oficial (do) Estado de Mato Grosso do Sul. Mato Grosso do Sul, nº5.660, de 27 dez 2001. Disponível em: http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/66ecc3cfb53d53ff04256b140049444b/99c7b4e15e02a88504256bfd0066ccc7?OpenDocument&Highlight=2,95. Acesso em 06 jul. 2021.

MEGNA, B. L. A administração pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou "enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade" Bruno Lopes Megna1 R. Proc. Geral do Est. São Paulo São Paulo n. 82 p. 1-302 jul./dez. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/40523181/A_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica_e_os_meios_consensuais_de_solu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_ou_enfrentando_o_Leviat%C3%A3_nos_novos_mares_da_consensualidade_. Acesso em 7 jul. 2021.

PGE cria Câmara Administrativa De Solução de Conflitos (Casc) e já tem adesão da Secretaria Estadual de Saúde. **PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**, 08 ago. 2017. Disponível em: https://www.pge.ms.gov.br/pge-cria-camara-administrativa-de-solucao-de-conflitos-casc-e-ja-tem-adesao-da-secretaria-estadual-de-saude/. Acesso em 13 jul. 2021.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. RESOLUÇÃO PGE/MS/N.º 242, de 30 de junho de 2017. Cria a câmara administrativa de solução de conflitos no âmbito da Procurado-

ria-Geral do Estado. **Diário Oficial (do) Estado de Mato Grosso do Sul**, Mato Grosso do Sul, n° 9.442, de 4 jul. 2017, p. 4-5.

RODRIGUES, M. V. R. A teoria das escolhas trágicas na Administração Pública à luz da Lei nº 13.655/2018. Revista Jurídica da Presidência. Centro de Estudos Jurídicos da Presidência. v. 22. n. 128. P. 614-635. out.2020/jan.2021. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1988. Acesso em 2 jul. 2021.

SCHIKMANN, R. Gestão estratégica de pessoas: bases para a concepção do curso de especialização em gestão de pessoas no serviço público. Gestão de pessoas: bases teóricas e experiências no setor público/ organizado por Marizaura Reis de Souza Camões, Maria Júlia Pantoja e Sandro Trescastro Bergue. ENAP. Brasília, 2010. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/514/1/Livro.pdf. Acesso em 2 jul. 2021.

SERRA, A. P. F. Novas possibilidades de conciliação na administração pública: lei da arbitragem, lei da mediação e CPC/2015. Publicações da Escola da AGU: II CURSO O Processo Civil na Itália e no Brasil: uma visão comparada. v. 10 – n. 02 – Brasília/DF, abr./jun.2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publ-Esc-AGU_v.10_n.02.pdf#page=19. Acesso em 25 mai. 2021.

SILVA, A. B.; BISPO, A. C.; AYRES, S. M. P. Desenvolvimento de carreiras por competências. Brasília: Enap, 2019. 105 p. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4287/1/11_Livro_Desenvolvimento%20de%20carreiras%20por%20competencias.pdf. Acesso em 01 jul. 2021

SILVA, F. M. MELLO. S. P. T. A implantação da gestão por competências: práticas e resistências no setor público. Revista Eletrônica de Administração e Turismo – ReAT. v. 2. n. 1. jan./jun. 2013. p. 110-127. Disponível em: https://doaj.org/article/b9701364bcbf49949ab6a40fee4d769a. Acesso em 4 jul. 2021.

SILVA, F.. M. MELLO, S. P. T. TORRES, I. A. C. O que se discute sobre gestão por competências no setor público: um estudo preliminar das construções. Revista Administrativa UFSM, Santa Maria, v. 6, n. 4, p. 685-693, dez.2013. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/reaufsm/article/download/5202/pdf. Acesso em 2 jul. 2021.