XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

VALTER MOURA DO CARMO

MARCIA ANDREA BÜHRING

PATRICIA ELIAS VIEIRA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcia Andrea Bühring; Patricia Elias Vieira; Valter Moura do Carmo.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-613-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Formas Consensuais de Solução de Conflitos II”, foi realizado durante o XXIX Congresso Nacional do CONPEDi (Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities) que ocorreu nos dias 7, 8 e 9 de dezembro de 2022 na UNIVALI em Balneário Camboriú. O GT - Grupo de Trabalho recebeu 14 artigos para apresentação e discussão, que levaram em consideração as formas adequadas de resolução de conflitos, permitindo aos sujeitos envolvidos no choque de interesses à possibilidade de dirimir o ruído de comunicação existente na relação jurídico-social por métodos autocompositivos.

O sistema multiportas idealizado por Frank Sander na Universidade de Harvard em 1976 se espraiou para além das fronteiras americanas e é objeto de aplicação no Brasil de forma extrajudicial e judicial.

Discussões que transitaram pela negociação, conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa sobre contratos de agronegócio, comunidades quilombolas, crianças e adolescentes vítimas de maus tratos, arrendamento rural, licitações e contratações públicas, direito à imagem entre outros temas que levam em conta o interesse dos particulares, mas especialmente a relevância social da solução adequada dos conflitos nessas diferentes áreas do direito material.

Motivos pelo qual, recomenda-se a leitura dos artigos do GT, parabenizando os autores pela excelência da produção científica apresentada no evento e ao CONPEDi pela organização de mais um evento de destaque no cenário da Pós-Graduação do Brasil.

Foram apresentados os seguintes artigos neste Grupo de Trabalho:

1 - FACES E INTERFACES DA LEI N. 13.986/2020 NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, AMBIENTAL E PACIFICADOR DO AGRONEGÓCIO - Daniela da Silva Jumpire, Augusto Martinez Perez Filho e Edmundo Alves de Oliveira.

2 - A APLICAÇÃO DOS COSTUMES EM PROCEDIMENTOS ARBITRAIS DECORRENTES DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL - Maria Cristina Gomes da Silva D'ornellas, Thiago Bortolini Teixeira e Marina Dal Pizzol Siqueira.

3 - TERRITÓRIO QUILOMBOLA: RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO PROCESSO FUNDIÁRIO QUILOMBOLA - Hellen Carolina da Rocha Cardoso, Jean Carlos Nunes Pereira.

4 - LEVANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA A SÉRIO: A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS - Lenice Kelner Giordani, Alexandre Colvara Pereira e Michele Borges Greco

5 - MEDIAÇÃO E CAPACITAÇÃO DOS MEDIADORES PARA EFETIVAÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL - Alderico Kleber De Borba, Gustavo Ivan Martins Nunes.

6 - MEDIAÇÃO: UM TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR PARA OS INDIVÍDUOS ENVOLVIDOS EM CONFLITOS E A EFICÁCIA SOCIAL - Danielle Cristina da Mota de Morais Rezende, Laise Alves do Carmo e Lauren Lautenschlager Scalco.

7 - ARBITRABILIDADE DE CONFLITOS ORIUNDOS DE CONTRATOS DE ARRENDAMENTO RURAL - Maria Cristina Gomes da Silva D'ornellas, Marina Dal Pizzol Siqueira e Thiago Bortolini Teixeira.

Boa leitura!

Profa. Dra. Patricia Elias Vieira – UNIVALI

Profa. Dra. Marcia Andrea Bühring - PUCRS

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA

A INSTITUCIONALIZAÇÃO HISTÓRICA DA GESTÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

THE HISTORICAL INSTITUTIONALIZATION OF THE EXTRAJUDICIAL MANAGEMENT OF CONFLICTS IN PUBLIC BIDDING AND CONTRACTING

Moacir Venâncio da Silva Junior
Julio Cesar Franceschet
Edmundo Alves De Oliveira

Resumo

Atualmente, muitos contratos administrativos e inúmeros processos licitatórios já incluem os métodos alternativos para a gestão das controvérsias. Como se sabe, a Administração Pública brasileira é fonte inesgotável de conflitos de interesses. Isso se dá no âmbito interorgânico, bem como nas relações com servidores públicos e contratos administrativos. Especialmente após a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, que antecedeu os textos do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tem-se estudado com mais rigor a mediação no âmbito da Administração Pública. Diante disto, o problema norteador desta pesquisa foi: em que medida a autocomposição de conflitos é aplicada nas contrações da Administração Pública? Como objetivo geral, este artigo se propôs a investigar, a partir da legislação vigente no país, sobre a aplicação da autocomposição de conflitos em contratos da Administração Pública. Em específico, espera-se identificar historicamente a institucionalização da mediação para gestão de conflitos em licitações. Para a efetiva realização do objetivo pretendidos, a pesquisa fundamentou-se na interdisciplinaridade e promoveu a intersecção dos estudos sobre compras públicas e licitações. O texto aborda, portanto, o direito administrativo da esfera pública através das lentes dos métodos jurídicos consolidados.

Palavras-chave: Compras públicas, Métodos alternativos, Métodos adequados, Administração pública, Direito administrativo

Abstract/Resumen/Résumé

Currently, many administrative contracts and numerous bidding processes already include alternative methods for managing disputes. As is well known, the Brazilian Public Administration is an inexhaustible source of conflicts of interest. This occurs at the inter-organic level, as well as in relations with public servants and administrative contracts. Especially after the publication of CNJ Resolution nº 125/2010, which preceded the texts of the New Code of Civil Procedure (Law nº 13.105/2015) and the Mediation Law (Law nº 13.140/2015), the mediation within the scope of Public Administration. In view of this, the guiding problem of this research was: to what extent is the self-composition of conflicts applied in the contractions of Public Administration? As a general objective, this article proposes to investigate, based on the legislation in force in the country, on the application of

self-composition of conflicts in Public Administration contracts. Specifically, it is expected to historically identify the institutionalization of mediation for conflict management in bids. For the effective achievement of the intended objective, the research was based on interdisciplinarity and promoted the intersection of studies on public procurement and public bidding. The text therefore approaches the administrative law of the public sphere through the lens of consolidated legal methods.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public purchases, Alternative methods, Suitable methods, Public administration, Administrative law

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, muitos contratos administrativos e inúmeros processos licitatórios já incluem os métodos alternativos para a gestão das controvérsias. Como se sabe, a Administração Pública brasileira é fonte inesgotável de conflitos de interesses. Isso se dá no âmbito interorgânico, bem como nas relações com servidores públicos e contratos administrativos. Nas compras públicas, como envolve direitos patrimoniais disponíveis, os maiores conflitos existentes são os que dizem respeito a aspectos financeiros contratuais, como, por exemplo, a solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro.

Especialmente após a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, que antecedeu os textos do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tem-se estudado com mais rigor a mediação no âmbito da Administração Pública. Os meios não litigiosos de resolução de conflitos apresentam-se como técnica preciosa para diminuir custos (públicos e privados), ao mesmo tempo em que conferem eficiência à tutela do interesse público. É precisamente este o contexto do presente estudo. Diante disto, o problema norteador desta pesquisa foi: em que medida a autocomposição de conflitos é aplicada nas contrações da Administração Pública? Pontua-se que a literatura indica que a mediação é capaz de permitir à Administração Pública transacionar diretamente com a parte interessada a solução da controvérsia. Tal acordo ocorrerá em espaço chancelado por instituições imparciais – câmeras de mediação – e por mediadores profissionais (terceiros).

Como objetivo geral, este artigo se propôs a investigar, a partir da legislação vigente no país, sobre a aplicação da autocomposição de conflitos em contratos da Administração Pública. Em específico, espera-se identificar historicamente a institucionalização da mediação para gestão de conflitos em licitações. Para a efetiva realização do objetivo pretendidos, a pesquisa fundamentou-se na interdisciplinaridade e promoveu a intersecção dos estudos sobre compras públicas e licitações. Foi desenvolvido no escopo de um mestrado profissional, incorporando uma abordagem humanística para a gestão de conflitos. Tratou-se de "pesquisa aplicada", que gerou conhecimento prático para resolução de problemas específicos. Neste caso, uma clara sistematização das políticas de resolução de conflitos e de compras públicas, bem como a interpretação e somatização prática de suas respectivas aplicações. O texto aborda, portanto, o direito administrativo da esfera pública através das lentes dos métodos jurídicos consolidados.

2 A GESTÃO DE CONFLITOS E AS ESPECIFICIDADES DA MEDIAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os conflitos que atualmente envolvem a Administração Pública (AP) possuem uma série de características e fatores que levam o particular a buscar a prestação jurisdicional do Estado frente à demanda requerida. A formação das relações obrigacionais de direito e deveres entre os sujeitos integrantes desta relação (pessoas físicas ou jurídicas) e a própria AP, por regras estipuladas previamente, no contrato administrativo, objetivam apenas à preservação do interesse público.

A AP ao celebrar seus contratos com os particulares deve seguir as formalidades legais, observando as características e requisitos que fundamentam a vinculação do interesse público na natureza jurídica do mesmo. Criada a relação jurídica entre a AP e o particular, a mesma engloba uma série de fatores, sejam eles sociais, econômicos, e principalmente de interesses, o que muitas vezes geram o que se conhece como conflito. Utilizar-se dos conceitos construídos sobre o conflito possibilita um clareamento metodológico para embasar o presente estudo. A formulação conceitual dentro da sociologia possibilita a compreensão acerca da sociedade contemporânea, ajudando na percepção social da realidade frente ao Direito.

Conforme destaca Chase (2014, p. 19), "nenhuma sociedade está livre de conflitos" e, por isso, não é possível eliminá-los no âmbito das sociedades históricas, sendo, portanto, produzidos a todo o tempo. No decorrer dos tempos, a própria sociedade sempre teve uma maneira de resolver seus conflitos. Cada época foi assinalada por ações e características singulares de convivência entre os indivíduos. Esses fatores foram moldando diferentemente em cada ciclo temporal o ser, o agir e a figura ou o papel de quem solucionava determinados conflitos sociais.

A forma tradicional de gerir os conflitos existentes entre a AP e os particulares têm ao longo do tempo priorizado o interesse da AP. Esta supremacia do interesse público sobre o privado é, inclusive, um princípio dos contratos administrativos. O princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado determina que na colisão entre o interesse público e o interesse privado, aquele deve prevalecer, posto o Estado representa uma coletividade de pessoas. Por esta razão seu interesse deve sobrepor-se sobre o interesse de um único indivíduo. Esta é a visão tradicional. Todavia, modernamente, esse princípio não deve ser mais visto sobre esse foco, mas, principalmente, por meio de uma interpretação à luz da Constituição da República.

Posto isto, passa-se a discutir o caminhar da AP de uma cultura mais engessada, que prima prioritariamente pelos interesses da AP para uma cultura dialógica em que novos

mecanismos de gestão de conflitos são legitimados. Nesta cultura dialógica surge e evidencia-se a utilização da consensualidade pela administração pública, tal qual observado sequencialmente.

2.1 A utilização da consensualidade na Administração Pública

O Direito Administrativo rechaçava, inicialmente, a utilização da consensualidade Administração Pública, que deveria somente executar objetivamente as determinações legais, as quais não poderiam ser objeto de acordo ou negociação. Com o surgimento do Estado democrático de direito, ocorre uma maior abertura à participação dos cidadãos na administração pública, viabilizando-se, assim, relações mais dialógicas entre os cidadãos e o poder público.

Nosso texto constitucional trouxe, a partir de 1988, vários avanços no sentido de tornar a administração pública brasileira mais democrática, impondo uma nova interpretação das normas de direito administrativo, voltada para a concretização dos direitos fundamentais. Diante disso, não se pode mais conceber uma administração pública que não permita aos cidadãos participar ativamente das tomadas de decisões na administração pública. Tal abertura democrática é fundamental para a legitimação das decisões administrativas, o que reflete na estabilidade das relações entre administração pública e particulares, uma vez que aumenta a transparência e a publicidade administrativas e reduz a insegurança jurídica.

O momento de formação da decisão é, como bem assevera Odete Medauar (2018), um meio de legitimação do poder em concreto, uma vez que os dados presentes no processo permitem saber se a solução escolhida para o problema foi a mais correta ou aceitável e se o poder foi exercido em atenção às finalidades para as quais foi atribuído. Quando se fala em interesse público, logo se imagina que seu núcleo essencial é indisponível, pois o interesse público pertence à sociedade como um todo, sendo transindividual, logo não estaria permitida a sua disposição. Contudo, a diferenciação entre direitos disponíveis e indisponíveis não é tão singela e não está simplesmente vinculada à distinção entre público e privado.

O direito administrativo, como os demais ramos do direito, passou por um processo de constitucionalização, recebendo influência de princípios fundamentais presentes na Carta Magna, fazendo valer o verdadeiro significado do art. 1º que prevê o Estado Democrático de Direito. A administração pública deve assumir novo perfil democrático de atuação buscando o meio mais adequado para solucionar um conflito, em respeito ao princípio da eficiência. E nem sempre a judicialização será o melhor caminho para a pacificação social.

A administração pública não deve enxergar no outro polo apenas um particular, mas sim um cidadão que também representa o interesse público e, muitas vezes, é a expressão

máxima de um interesse da coletividade. No âmbito do direito sancionador, em diversas oportunidades, utiliza-se a "supremacia e indisponibilidade do interesse público" como justificativa para evitar a aplicação da consensualidade por parte do Poder Público. Todavia, tais argumentos não são suficientes para impedir o ingresso da justiça consensual no cenário do direito administrativo. Percebe-se, com clareza, que existem direitos públicos disponíveis e direitos privados indisponíveis. Do mesmo modo, é inconcebível a utilização do discurso simplista para evitar que a Administração Pública cumpra o ordenamento jurídico, respeite o princípio da legalidade e demais valores fundamentais, mesmo que, para tanto, faça alguma concessão no processo (TALAMINI, 2017).

A disponibilidade dos interesses em regra diz respeito àqueles patrimoniais, enquanto os interesses indisponíveis podem ser particulares ou públicos. Em tese, até mesmo direitos que seriam indisponíveis, irrenunciáveis, abarcariam margem para eventual composição ou transação. Marco Antonio Rodrigues distingue a indisponibilidade do interesse público com a indisponibilidade do processo, ou seja, o interesse público pode ser protegido e defendido, mesmo que através de outro procedimento diverso do litígio convencional presente no processo (RODRIGUES, 2016, p. 376).

A relação entre a administração pública e o particular não necessita ser regulada ou acordada por meio de uma prestação jurisdicional. Por exemplo, a Administração possui o dever de promover o reequilíbrio financeiro de um contrato administrativo, ou seja, disporá de recursos públicos independentemente de uma decisão judicial. A intervenção judicial não é o único caminho para solução de um conflito que envolva o interesse público (JESUS, 2017).

No cotidiano administrativo, é corriqueiro que a Administração componha com algum fornecedor, autorize algum aditivo contratual, reconheça o direito ao reequilíbrio contratual, independentemente de uma demanda judicial. O próprio direito processual é ramo do direito público e, mesmo incluso nessa quadra, os acordos processuais estão presentes na legislação que admite composição e consenso para flexibilizar normas procedimentais, prevalecendo a vontade das partes diretamente interessadas. Ressalva aos negócios jurídicos processuais é feita pela doutrina quando se está diante de uma prerrogativa da Fazenda Pública. Nestas hipóteses, o representante fazendário não poderia dispor da garantia prevista em lei processual, que seriam prerrogativas processuais fundamentais da Fazenda (RODRIGUES, 2016).

O cerne da discussão gira em torno da verificação do interesse público concretamente a ser protegido em determinado litígio, incabível partir da premissa que a visão fazendária sempre terá supremacia sobre o interesse do cidadão. A indisponibilidade do direito público

não exclui a atuação consensual da administração, que perseguirá o interesse público independentemente da existência de uma decisão judicial imperativa (PERLINGEIRO, 2009).

Para Batista Júnior (2007), os acordos administrativos alternativos consistem no meio utilizado pela Administração Pública o qual, pela renúncia do emprego das prerrogativas de imposição unilateral de sua vontade, busca maior eficiência dos atos administrativos e visa atender ao interesse público. Segundo o autor, a manifestação das transações administrativas possui campo tanto quando o administrado tem um litígio efetivo quanto potencial com a Administração Pública. O legislador estabelecerá de forma concreta quando e quais os acordos poderão ser firmados. Tem-se, assim, uma análise mais restrita da consensualidade, a qual remete aos acordos realizados na esfera administrativa sancionatória que, ou visam a terminação consensual do processo com o afastamento da atuação imperativa da Administração Pública sancionadora, ou tendem a adequar o ato final do processo, como uma fase intermediária legalmente estabelecida, e que traga benefícios para ambas as partes.

Em ambos os casos, defende-se que ocorre a flexibilização das prerrogativas sancionatórias da Administração Pública, que são afastadas, total ou parcialmente – a depender das circunstâncias e do cumprimento dos requisitos legais necessários –, para satisfazer e atingir o interesse público. Entende-se, portanto, que os acordos celebrados pela Administração Pública, no viés sancionatório, de maneira geral, podem ser considerados "acordos integrativos" ou "acordos substitutivos/terminativos" (PALMA, 2015, p. 247).

Os acordos integrativos não substituem, totalmente, a sanção a ser imposta ao administrado, mas integram o processo administrativo, como fase intermediária, de modo a modelar consensualmente o resultado final de referido procedimento administrativo sancionatório, o qual permanece como um ato dotado da prerrogativa imperativa sancionatória da Administração, porém de forma mais leve e menos incisiva. Como a qualificação atribuída pela doutrina já denota, esse acordo integrativo apenas integra o procedimento sancionatório que permanece válido, existente e conformador da conduta ilícita perpetrada pelo particular, o qual, quando lhe for facultado pelo ordenamento e assim desejar o administrado, não estando ele compelido a tal acordo, poderá colaborar com a Administração Sancionatória para, nos termos legais, colher alguns benefícios como atenuar sua sanção, ao final do procedimento sancionatório.

Para Palma (2015), os acordos substitutivos possuem algumas características específicas comuns e verificadas em todas as normas que possuam previsão acerca deste tipo de acordo: a de substituir a sanção administrativa, suspender ou evitar o processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo para, com o cumprimento das

obrigações assumidas no ajuste, extinguir o processo administrativo existente. De fato, a transação resultante destes tipos de acordos (substitutivos) acaba por substituir a sanção prevista em lei, evitando que o órgão público sancionador emita ato unilateral que imponha tal restrição, como também acaba afetando, sob alguma medida, o processo administrativo sancionatório, suspendendo-o para posterior extinção, ou evitando sua instauração.

A consensualidade em sentido estrito, portanto, revela-se como uma forma distinta da pura atuação imperativa da Administração Pública, manifestada pelos acordos integrativos ou substitutivos. Assim, se os acordos firmados com a Administração Pública, ainda que enquadrados como medida excepcional, comportam uma forma alternativa da prerrogativa imperativa, é possível afirmar que a consensualidade consiste no afastamento e flexibilização, total ou parcial, desta prerrogativa nas exceções previstas em lei (PERLINGEIRO, 2009).

Obviamente existem limites para uma composição com a Fazenda Pública, a discricionariedade do agente público não é absoluta e deve seguir algumas recomendações como destacou Talamini no artigo anteriormente mencionado: i) procedimento administrativo prévio; ii) autorização expressa da autoridade administrativa competente; iii) composição permanece sujeita aos órgãos de controle; iv) respeitar o princípio da isonomia, compondo com todos em situação idêntica; v) respeitar a ordem de preferência dos precatórios.

A composição com a Fazenda Pública depende de norma regulamentadora, havendo inclusive leis prevendo ou autorizando a transação (Lei nº 9.469/1997), assim como há previsão autorizativa nas causas consideradas de menor valor patrimonial, como exemplo os litígios dos Juizados Especiais Federais. A regra para a Fazenda Pública não pode ser recorrer até o último momento, principalmente quando já ciente que o recurso está fadado ao insucesso, situação que não é de difícil percepção, como em casos que a tese defendida pelo ente público é contrária à jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores. Provavelmente o julgamento do recurso ocorrerá no mandato de outro governante, assim o problema, aparentemente, foi passado adiante. Pouco importa se a demora processual aumentará a despesa ou a dívida pública, pois o pagamento se concretizará através de precatório muitas vezes. A análise da economicidade em prol da administração, caso firmado um acordo, nunca foi prioridade do gestor ou do procurador.

O momento é propício para a Administração Pública repensar a ineficiência da sua atuação em juízo, muitas vezes com a orientação padronizada (diga-se reprovável) de recorrer até a última instância, mesmo sabedora da derrota futura, cujo ônus a suportar somente aumentará para o erário com o passar dos anos. Além disso, recursos descabidos e infrutíferos

ajudam a aumentar a sensação de injustiça do cidadão, que enxerga o Poder Público como adversário inconsequente e descumpridor da lei (MELLO, 2019).

Um dos instrumentos alternativos a tutela tradicional jurisdicional que pode ser lembrada a sua aplicação em relação à Administração Pública é a arbitragem. Importante salientar que a opção pela arbitragem pela administração pública não significa uma renúncia à tutela jurisdicional. A via processual continuará sendo mais uma opção para a Fazenda Pública, no entanto não pode ser considerada a única (BOLZAN DE MORAIS, 1999).

Em situações que envolvam discussão patrimonial, que podem ser resolvidas fora do Judiciário, poderá a administração optar pela arbitragem. Como exemplo, a decisão sobre o reequilíbrio econômico-financeiro de algum contrato administrativo, que dependa de uma análise de técnicos experientes e especializados no tema, pode conter cláusula delegando para a arbitragem a definição sobre o reequilíbrio. Provavelmente, em relação a temas bem específicos, a arbitragem funcionará melhor que uma discussão judicial, que se sabe como inicia, mas não se sabe como termina (FIAD, Leonardo, 2006).

Considerando uma possível cláusula de confidencialidade, requisito presente na conciliação, mediação e arbitragem, razoável que, em se tratando de tema afeto à administração pública, deve prevalecer a regra da publicidade. A publicidade está umbilicalmente vinculada à própria democracia, projetando transparência aos atos relacionados aos entes públicos, daí qualquer decisão, composição ou reconhecimento do direito por parte da administração para alcançar a devida legitimidade necessita de exposição, publicidade, para atingir o efetivo controle social. Além disso, a publicidade permitirá que terceiros em situação idêntica sejam alcançados pelos critérios usados na composição, por exemplo (LEMES, 2007).

Verifica-se, assim, que a legislação prevê diversas hipóteses que permitem, em tese, a atuação da Fazenda Pública em composições, mediações e arbitragens. Ocorre que, para a atuação segura do Procurador ou representante da administração necessária uma regulamentação detalhada, pormenorizada, em respeito aos princípios da legalidade e igualdade e, para tanto, dependem muitas vezes de atos complementares em cada esfera de atuação do ente público. Natural que qualquer gestor público ou procurador possua o receio de firmar acordo ou se submeta a uma mediação ou arbitragem sem base sólida para sua atuação, pois certo de que sua atuação poderá ser contestada por qualquer órgão de controle, submetendo o representante a responsabilidade pelos atos praticados em nome da administração (OLIVEIRA, 2007).

Nessa linha, não se espera que possa o agente público exercer um juízo de valor sobre cada composição ou caso concreto específico, como se dispusesse de carta branca para decidir.

A fixação de regras prévias genéricas garante a impessoalidade e concede aos próprios gestores segurança jurídica aos atos por eles praticados. Rodrigues, revela assim, a importância dos protocolos institucionais (RODRIGUES, 2016, p. 382).

Frise-se, ainda, que a realidade histórica, cultural e financeira de cada ente da federação permite que a melhor solução para o agente público não seja idêntica em toda parte do território nacional. Por tal razão, a implementação efetiva dessa nova cultura jurídica nos mais variados setores da administração pública, rompendo a antiquada e ultrapassada visão litigiosa do processo, pode, infelizmente, levar um longo período.

De qualquer forma, constata-se com maior frequência a incidência de meios consensuais na resolução de conflitos de direito público, seja através de termos de acordo ou de ajustamento de conduta, assumindo cada parte seus compromissos para evitar a judicialização da matéria ou, caso já existente a demanda, colocar fim a discussão (TIBURCIO, 2007).

O Novo Código de Processo Civil, enfim, avançou sobremaneira na temática da consensualidade da Administração Pública, ao trazer, em seu art. 174, a determinação de criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo dos entes federativos.

A Lei nº 13.140/2015 destinou capítulo próprio para regulamentar a autocomposição de conflitos envolvendo pessoa jurídica de direito público, desde a resolução de discussões englobando órgãos públicos ou nas hipóteses que o particular confronta a pessoa jurídica de direito público. A legislação prevê a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, outorgando a cada ente da federação a competência para regulamentar a matéria, ressaltando que o objetivo central é a composição entre as partes e evitar a propositura da ação judicial.

É importante frisar que a resolução consensual de conflitos no poder público não pode ser utilizada com dispensa de princípios administrativos. Existem algumas diferenças entre os meios de consensuais de solução de conflitos aplicados nas relações privadas e nas relações em que a administração pública é parte, tendo em vista que as normas de direito público não podem ser afastadas, nem os princípios norteadores da administração pública.

Nesse sentido, afirma Patrícia Baptista (2003) que o consenso não pode levar à abdicação de funções pela administração nem eliminar prerrogativas públicas, devendo obedecer aos limites constitucionalmente previstos. Os métodos consensuais somente podem ser aplicados na administração pública quando existir autorização legal. Ainda que exista a possibilidade de utilização desses métodos consensuais nos processos administrativos de

qualquer ente político, incluindo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, existe a necessidade de autorização legislativa no âmbito de cada esfera de competências.

As formas consensuais de resolução de conflitos mais utilizadas são a conciliação, a mediação e a arbitragem. Todas elas podem ser aplicadas nas relações administrativas, contudo, precisamos atentar para algumas peculiaridades, como, por exemplo, a impossibilidade de o princípio da publicidade não ser aplicado, ao contrário do sigilo que é característico da utilização de métodos consensuais na solução de litígios na esfera privada e a impossibilidade de se renunciar a prerrogativas processuais da administração pública (FIAD, 2006). Além disso, uma vez frustradas as tentativas de solução do conflito de modo bilateral e dialógico, necessário se faz a tomada de decisão da administração pública de modo imperativo, tendo em vista que a esta cabe a função de dirimir questões conflituosas que coloquem em questão a satisfação do interesse da coletividade.

Salienta-se que a eficácia da resolução/mitigação do conflito, perpassa necessariamente, pela discussão de dois aspectos fundamentais, acesso à justiça e mudança de cultura. As medidas alternativas, consensuais, extrajudiciais, devidamente regulamentadas e aptas a sanear um litígio devem fazer parte do sistema processual de qualquer nação. A pacificação social deve ser encarada como ponto de chegada desse desafio e o ponto de partida não necessita ser uma lide submetida ao Poder Judiciário. A porta de entrada pode ser abastecida por um sistema múltiplo com mediação, arbitragem e ênfase na conciliação. Ademais, não é razoável que a adoção de instrumentos hábeis a promover a paz social fique restrita a conflitos entre particulares (MOREIRA NETO, 2003). Por tal razão, a legislação se aperfeiçoou e passou a prever expressamente que a administração pública deve se utilizar dos referidos procedimentos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

De qualquer forma, a previsão legislativa fria e, às vezes incompleta, não permite a implementação efetiva dessas medidas sem que haja uma verdadeira conscientização de agentes públicos e, talvez, principalmente dos órgãos de controle. Indubitavelmente, a mudança de cultura também deve alcançar os próprios litigantes, que devem se despir dos sentimentos de inimizade, rancor ou vingança típicos do ser humano que se sente aviltado em um direito e deseja justiça. Ocorre que, nem sempre a melhor justiça é aquela que ensejará a sucumbência da outra parte, ao contrário, um acordo com a outra parte, mesmo que não seja tão rentável financeiramente, permitirá um restabelecimento da relação social. Humberto Dalla destaca o receio de mudança da sociedade habituada a um sistema, mesmo sabedora que o mesmo é ineficiente (PINHO, 2016, p. 18).

Portanto, o caminho começou a ser construído em prol de uma evolução do sentido do acesso à Justiça, aproximando as partes e retirando do Poder Judiciário a equivocada impressão de única saída para a resolução de conflitos na sociedade. O caminho é longo e sempre existirão pedras ou obstáculos a desviar, posto que o aprimoramento do sistema de resolução de conflitos deve ser permanente, fomentando novas experiências.

3 OS INSTITUTOS REGULADORES DA COMPRA PÚBLICA: BASES DE RUPTURAS E PONTOS CONSERVADORES PARA UMA GESTÃO EXTRAJUDICIAL DOS CONFLITOS

A primeira norma brasileira sobre licitação foi em 1862, através do Decreto 2.926/1862, que regulamentou a arrematação dos serviços postos a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. O procedimento era simples e oral. Assim que o Governo resolvesse firmar contrato de fornecimento, construção ou conserto de obras realizadas pelo Ministério da Agricultura, o presidente da junta de compras publicava anúncios convidando interessados, fixando, segundo critérios subjetivos da importância da arrematação, o prazo de quinze dias a seis meses para a apresentação das propostas (CARVALHO, 2019). O Decreto exigia que amostras dos objetos pretendidos pelo Governo fossem postas à disposição dos interessados e, em tratando de construções ou concertos de obras, as plantas, perfis e detalhes seriam depositados no Arquivo Geral de Obras para exame dos interessados, onde também obtinham todas as informações necessárias a respeito das cláusulas gerais e condições especiais do futuro contrato (MELLO, 2019). A participação na arrematação era condicionada a apresentação de fiador idôneo até oito dias antes do recebimento das propostas, que se responsabilizasse pelas eventuais multas aplicáveis pelo descumprimento das cláusulas contratuais. Propostas lacradas somente eram praticadas quando se tratava de obras novas, consertos ou conservação das obras terminadas, desde que o Governo entendesse conveniente tal prática. A decisão sobre qual concorrente seria o encarregado do serviço posto em praça era divulgada, no prazo de oito dias, pelo Ministro. Não havendo decisão ao término do prazo, cessava a responsabilidade dos arrematantes e fiadores (MORAES, 2017).

Em 1922 houve uma nova regulamentação sobre o sistema de compras públicas, o que se deu através do Decreto 4.536 de 28 de janeiro. Tratava-se do Código de Contabilidade da União e previa a concorrência pública para o fornecimento de bens, mesmo que em parcelas, de valor superior a 5:000$000 (cinco contos de réis) e para a execução de obras públicas de valor superior a 10:000$000 (dez contos de réis) (MORAES, 2017). A Administração publicava no Diário Oficial, ou jornais oficiais do Estado, as condições de participação, as autoridades

encarregadas da adjudicação e o dia, hora e lugar da apresentação das propostas. Após aferição das condições de participação se lavrava lista de idoneidade, impugnável pelos participantes. Finda a "habilitação" as propostas, entregues lacradas, eram abertas e lidas e, posteriormente, publicadas na íntegra antes da decisão (CARVALHO, 2019).

Para as compras ordinárias admitia-se concorrência permanente, mediante a inscrição nos ministérios e nas repartições públicas interessadas no fornecimento, dos propensos fornecedores de artigos de consumo habitual que, após inscritos em lista de idoneidade, indicavam o preço, a qualidade do produto e demais esclarecimentos. A inscrição era processada mediante requerimento ao chefe da repartição ou ao ministro, conforme disposição regulamentar, acompanhada das informações necessárias ao julgamento do proponente e dos artigos e preços dos objetos pretendidos (MELLO, 2019). Tal procedimento era permanente e a aquisição se daria com aquele que possuísse o menor preço, não podendo o inscrito recusar ao fornecimento sob pena de exclusão de seu nome da lista de idoneidade.

A concorrência era dispensável para aquisições e obras de valores inferiores ao estabelecido e também nos seguintes casos: a) para fornecimentos, transportes e trabalhos públicos que, por circunstâncias imprevistas ou de interesse nacional, a juízo do Presidente da República, não permitissem a publicidade ou demoras exigidas pelos prazos da concorrência; b) para fornecimento do material ou gêneros, ou realização de trabalhos que só pudessem se efetuados por produtor ou profissionais especialistas, ou adquiridos no lugar da produção; c) para a aquisição de animais para os serviços militares; d) para arrendamento ou compra de prédios ou terrenos destinados aos serviços públicos; e) quando não acudirem proponentes à primeira concorrência. Hipótese que a aquisição não se dava quando o preço fosse superior a 10% dos praticados no mercado (MORAES, 2017).

O Decreto-Lei 200, de 25.02.1967, praticamente introduziu o modelo atual de licitação. Foi através dele que surgiram as modalidades concorrência, tomada de preços e o convite, além das fases de habilitação e julgamento. O decreto exigia o procedimento para Administração Direta e autárquica (MELLO, 2019). A norma tratava a licitação como um princípio a ser observado nas compras, obras e serviços, somente sendo dispensável o procedimento nas hipóteses taxativas descritas em seu texto, quais sejam: a) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública; b) quando sua realização comprometer a segurança nacional a juízo do Presidente da República; c) quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas neste caso, as condições preestabelecidas; d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos bem como na contratação de serviços com profissionais ou

firmas de notória especialização; e) na aquisição de obras de arte e objetos históricos; f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário; g) na aquisição ou arrendamento de imóveis destinados ao Serviço Público; h) nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos; i) nas compras ou execução de obras e serviços de pequeno vulto, entendidos como tal os que envolverem importância inferior a cinco vezes, no caso de compras, e serviços, e a cinquenta vezes, no caso de obras, o valor do maior salário-mínimo mensal (MORAES, 2017).

Após a edição da Lei 5.456/1968, as normas relativas às licitações previstas no Dec.-Lei 200/1967 deveriam ser seguidas pelos estados e municípios. Foi a primeira lei "nacional" sobre licitações no Brasil, que admitia, no entanto, a legislação supletiva dos estados, face as peculiaridades regionais e, mais especificamente, poderiam, mediante lei estadual, fixar limites distintos dos previstos no decreto-lei federal para se estabelecer a modalidade aplicável, sendo que os estados, as capitais e os municípios com população superior a 200.000 habitantes, não poderiam ter limites superior a 50% (cinquenta por cento), e os demais municípios a 25% (vinte e cinco por cento) dos aplicáveis pela União; assim como os prazos poderiam ser reduzidos até a metade (MORAES, 2017).

O Dec.-Lei 2.300/1986 revogou as disposições sobre licitações previstas no Código da Contabilidade Pública da União, os artigos 125 a 144 do Dec.-Lei 200/1967 que estabeleciam as normas sobre licitações, a Lei 5.456/1968 e ainda as leis números 5.721/1971 e 6.946/1981, consolidando, em única norma, as disposições gerais sobre a matéria. Pode-se dizer que este Decreto-Lei foi a norma precursora da Lei 8.666/1993. Foi a primeira norma a estabelecer o procedimento de licitação para alienações de bens públicos, além, é claro, de exigir o procedimento para compras, obras e contratação de serviços (CARVALHO, 2019). Definiu o objetivo basilar da licitação como a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e fixou os princípios da igualdade, publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais correlatos. O procedimento era aplicável no âmbito da administração federal e autárquica, e as normas gerais aplicáveis aos estados e municípios que, entretanto, em seu poder de legislar sobre a matéria, não podiam ampliar os casos de dispensa de licitação, tampouco os limites máximos e mínimos dos valores fixados para o convite, a tomada de preços e a concorrência, pois a Constituição Federal não admitia à União ingerir na Administração dos estados e municípios (CARVALHO, 2019). Para as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações sob a supervisão ministerial

e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, as normas do decreto-lei eram aplicáveis até que as entidades editassem regulamento próprio, com procedimentos simplificados a respeito de suas licitações (MELLO, 2019).

A norma trazia conceitos diversos, como, por exemplo, de obra, serviço, compra, alienação, projeto básico, execução direta e indireta, além de estabelecer as seguintes modalidades de contratação: empreitada por preço global, por preço unitário, administração contratada e por tarefa. As obras com o mesmo fim poderiam possuir projeto-padrão e as compras, sempre que possível, deveriam obedecer ao princípio da padronização e serem processadas pelo sistema de registro de preços. As modalidades de licitação, à exceção do pregão, surgiram nesta norma que acrescentou às previstas no Dec.-Lei 200/1967 o concurso, como modalidade destinada a quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico ou artístico, mediante a instituição de prêmios aos vencedores, e o leilão, destinado para a venda de bens móveis e semoventes inservíveis para a Administração, ou de produtos legalmente apreendidos, devolvidos a quem de direito ou utilizados no serviço público (MORAES, 2017).

Assim como a norma anterior, as modalidades eram aplicadas de acordo com os limites fixados. As novidades, com relação à norma anterior, eram as seguintes: a) o convite não era obrigatório para contratações de pequeno vulto, poderia a Administração, se coubesse convite, realizar modalidade mais complexa; b) o Poder Executivo era autorizado a rever, periodicamente, os valores fixados como limites, regra abolida totalmente pela Lei 8.666/1993 (MELLO, 2019). As compras de gêneros alimentícios perecíveis poderiam ser realizadas pelo preço do dia, mediante nota fiscal, diretamente nos centros de abastecimento. Tratava-se de uma forma especial de contratação direta. A respeito da contratação direta, esta norma foi a primeira a distinguir as espécies de dispensa e inexigibilidade de licitação, sendo que está se dava por inviabilidade jurídica de competição e não fática como prevê a lei atual. Havia a hipótese de vedação de licitação, a juízo do Presidente da República, quando houvesse possibilidade de comprometimento da segurança nacional (CARVALHO, 2019). O procedimento era similar ao atual com as fases de habilitação e julgamento das propostas distintas, nesta ordem.

A Constituição Federal de 1988 conferiu à União a competência privativa para estabelecer normas gerais sobre licitação e contrato administrativo, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, inciso III. Está claro que a competência privativa da União se resume em editar “normas gerais”, ou seja, trata-se de

competência concorrente entre a União e demais entes federados. A norma deveria estar inserida no corpo do art. 24 e não no 22 da Constituição, haja vista que a regra do art. 24 regula a forma da legislação concorrente nos §§ 1º ao 4º. O que importa para o estudo é que os estados, o Distrito Federal e os municípios (estes na forma residual) podem legislar supletivamente nessa matéria (MELLO, 2019).

A União exerceu sua competência ao editar a Lei 8.666/1993, que ditou as mencionadas "normas gerais" sobre licitação e contrato administrativo. A dificuldade é se extrair daquela lei quais são as normas gerais propriamente ditas e quais só se aplicam ao procedimento licitatório e à contratação realizada pela União. Até que ponto há liberdade aos demais entes – estados, Distrito Federal e municípios – de especificarem seus procedimentos sem se afastar das normas gerais fixadas pela União. A tarefa é "garimpar" dentro da Lei 8.666/1993 aquilo que pode se ter como "normas especiais" ou particulares aplicáveis somente à União (CARVALHO, 2019).

Referente à Lei 8.666/1993, esta sofreu alterações pontuais pelas Leis 8.883/1994, 9.648/1998 e 9.854/1999, além de conviver em harmonia com leis que ditam procedimentos especiais de licitação para determinadas contratações como a Lei 11.079/2004, que regula o procedimento para contratação de parceria público-privada e a Lei 11.107/2005, que disciplina regras especiais de contratações realizadas por consórcios públicos. Finalmente, a Lei 10.520/2002, que introduziu a modalidade pregão para compras e contratação de serviços comuns no âmbito da União (MELLO, 2019).

A Medida Provisória 527/2011, convertida na Lei 12.462/2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, aplicáveis exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA/2013, Copa do Mundo FIFA/2014, obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes das Copa das Confederações e da Copa do Mundo FIFA, das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, e das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (CARVALHO, 2019). O objetivo maior do RDC foi reduzir as formalidades e a burocracia, presentes na forma de seleção e contratação regidos pela Lei 8.666/1993, mas trouxe uma série de inovações, mesmo que pontuais, que permitem um avanço considerado no sistema de compras governamentais, nas áreas em que é aplicável (MORAES, 2017).

A Lei 8.666/1993 substituiu o Dec.-Lei 2.300/1983 e passou a estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Sofreu fortes alterações pelas Leis 8.883/1994, 9.648/1998 e 10.973/2004, mas é o principal diploma legal sobre a matéria. Além da Lei 8.666/1993 e suas alterações, outras leis têm sido editadas e o procedimento vem se aperfeiçoando paulatinamente. Como exemplo, a Lei Federal 10.520/2002, que instituiu a modalidade pregão no âmbito da Administração federal e admitiu sua adoção pelos demais entes federados. Nessa qualidade, a Lei 10.520/2000 deve ser estudada como norma geral e regulamentadora do mesmo dispositivo constitucional (CARVALHO, 2019).

Como observado ao longo dos anos o instituto da licitação foi alterado e novas configurações foram implementadas. As últimas inovações de 2021, alteraram drasticamente os ritos processuais da licitação. Para discutir em profundidade tais mudanças, tem-se, na seção seguinte, uma síntese analítica da nova legislação, o contraponto e as rupturas promovidas pela mesma em relação aos antigos institutos.

Inobstante a complexidade das questões enfrentadas pelos operadores da Lei 8.666/1993, a concepção de uma nova lei de licitações e contratos administrativos busca mitigar a ausência de planejamento nas contratações públicas, bem como acompanhar a evolução dos padrões das relações comerciais e contratuais entre Estado, a iniciativa privada e a própria sociedade. Nesta perspectiva, não é raro se encontrar servidores que enfrentam, na prática, as muitas adversidades da falta de planejamento, como gestores que solicitam a contratação de bens ou serviços em prazos irrisórios (GRAU, 2000).

Acrescente-se ainda, o fato de que alguns servidores, que compõem as comissões de licitação, ou mesmo que atuam nos setores solicitantes e elaboram os Termos de Referência ou Projeto Básico, desconhecem completamente o processo burocrático da lei, seja por ausência de capacidade técnica, seja pelo excesso e acúmulo de funções, comprometendo a qualidade dos documentos elaborados e consequentemente do certame. Portanto, um dos maiores desafios da Lei 14.133/2021 é mitigar os efeitos decorrentes da ausência de planejamento dos órgãos públicos na contratação de serviços e materiais, a fim de atender às reais necessidades da Administração Pública e dos interessados em se contratar com ela.

Pondera-se que tal fato tem precedente histórico, tal qual observado na linha cronológica que segue.

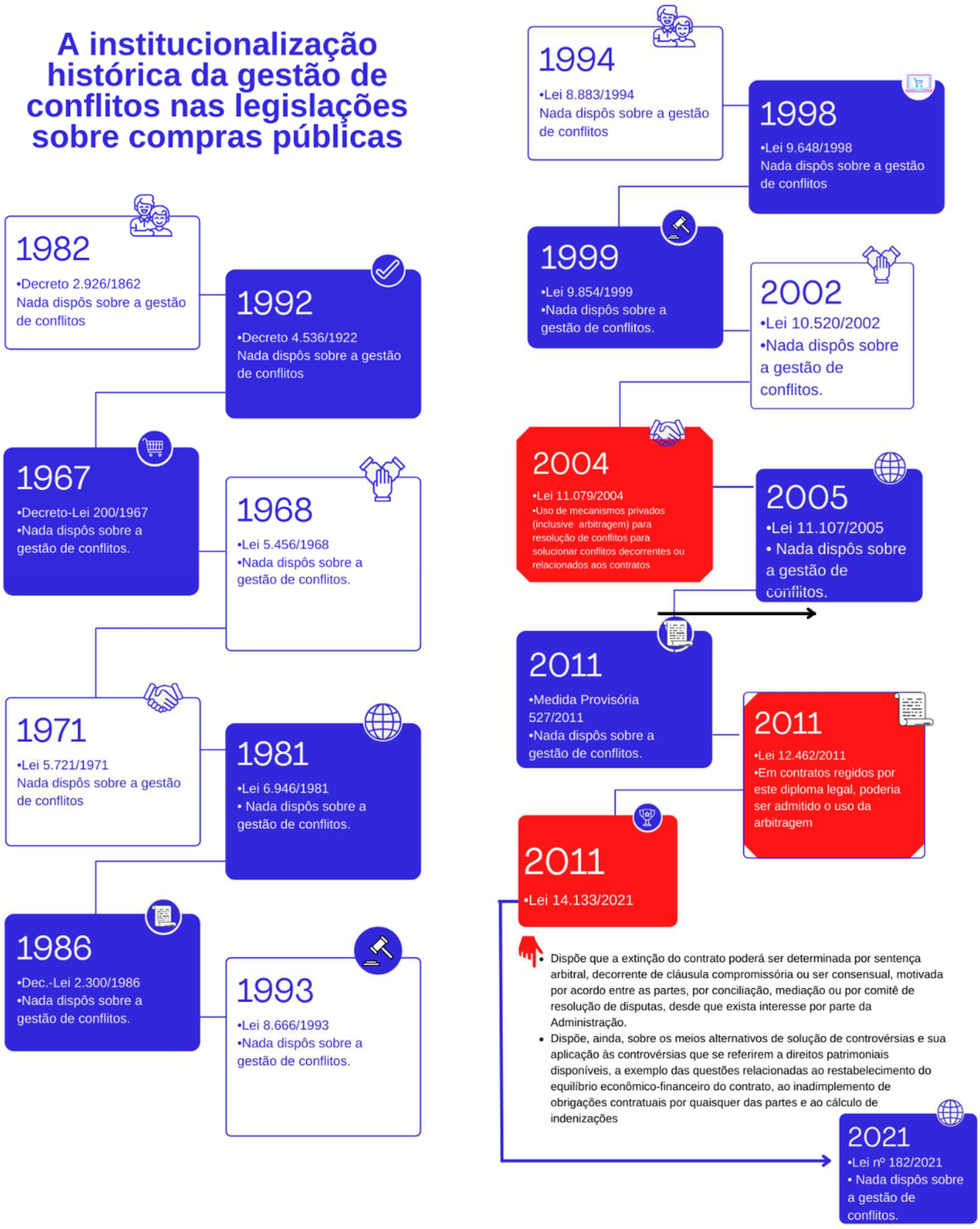

Figura 1 – Linha histórica da gestão de conflitos nos Institutos normatizadores das compras públicas

Como evidenciado, a nova lei tem o viés da consensualidade. Entre as inúmeras novidades da legislação vigente, destaca-se a proeminência do capítulo sobre soluções de conflito, denominado como Meios Alternativos de Resoluções de Controvérsias, que não constava na Lei 8.666. Embora não seja comum usar mecanismos, em especial a mediação, para a solução de conflitos envolvendo relações contratuais da administração pública, este é um

marco para condução dos processos. É uma questão que demonstra que o legislador não só autoriza a utilização desses mecanismos, mas, que também, fomenta e cria incentivos expressos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto é possível observar que a Lei 13.140/2015 guarda relação direta com a AP quando contempla a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, assim posto em seu art. 32. Afirmar que as pessoas jurídicas de direito público se encontram inseridas na Lei de Mediação é saber que elas são regidas pelo que propõe a lei no sentido de preconizar a autocomposição sempre que possível, dirimindo os conflitos entre órgãos e entidades da AP e resolvendo controvérsias entre particular e pessoa jurídica de direito público, denotando os novos caminhos para a AP brasileira em meio aos conflitos oriundos de suas demandas.

Quando se estimula a autocomposição realizada pela mediação está-se a cumprir um dever cívico, cidadão e democrático. Perceba-se que a mediação abre portas para romper com a barreira fria e frágil do litígio em si mesmo, posto que se permite que as lides sejam abordadas não somente em seu sentido meramente formal e tecnicista, mas sobretudo que haja uma intervenção mais eminentemente sociológica e dialógica. E considerando o propósito de erigir um novo contexto mais democrático, sobretudo, no âmbito da AP, cerne do estudo aqui abordado, é que surgem os caminhos clarificados pela Mediação, principalmente no tocante à prestação dos serviços públicos essenciais, cuja máxime é a satisfação dos administrados aliada à eficiência da Administração (JESUS, 2017).

Sob essa ótica, quando se sai da arraigada esfera adversarial costumeiramente adotada pelo sistema jurídico brasileiro, está-se a buscar a consensualidade e a pacificação social, fontes não só dos ordenamentos legais, mas, sobretudo, do arcabouço constitucional, inclusive, posto que já em seu preâmbulo, a CRFB/1988 põe-se fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias. Embora não tenha força impositiva, o preâmbulo mostra claramente aquilo que a nação se propõe a construir e solidifica sua força maior que é a concretização do mais valioso dos patrimônios normativos que é uma sociedade verdadeiramente justa.

A Administração Pública não poderia deixar de se inserir nos novos rumos que as demandas sociais têm tomado. Ela é tão protagonista quanto a sociedade no sentido de mergulhar nas transformações que tenham por objeto a consensualidade, a democracia, a cidadania e a justiça social. Esse caminho mais participativo e integrado faz com que inquestionavelmente tenhamos mudanças de posturas frente aos desafios que se delineiam.

Assim, entende-se que é chegada a hora de um olhar mais simples, objetivo e socialmente definido para levar-se outra fonte de intervenção como a que propõe a Lei 13.140/2015 para as pautas envolvendo a AP, seus entes e agentes.

Resgata-se para análise aqui um pouco da experiência internacional no que se refere ao uso de métodos consensuais de resolução de conflitos. São inspirações que há muito adotadas por países desenvolvidos e que denotam claramente a altíssima viabilidade desses caminhos. Defende-se que a exemplo do que já dera certo em outras realidades pelo mundo, também aqui, no Brasil, tenha-se plena capacidade de implantar e dar novos destinos ao cenário eminentemente processualizado e judicializado que ainda se tem hoje. Cappelletti e Garth (1988) mostram o que eles chamam de fórmulas governamentais de solução de conflitos de consumidores em que entre os programas exclusivamente públicos, da experiência francesa das "Comissões Departamentais de Conciliação", que deram início a sua operação, experimentalmente, no final de 1976, e, também, da instituição mais bem estabelecida do "Departamento Público de Reclamações", o qual, segundo comprovaram recentes pesquisas levadas a cabo na Suécia e na Dinamarca, podem contribuir para um sistema de proteção ao consumidor de mais simples compreensão.

Esses exemplos na seara consumerista em países desenvolvidos têm se mostrado satisfatórias e comprovadamente resolutivas. São só alguns exemplos pontuais do que pode ser implantado em outras áreas, com muito mais amplitude e com tanto ou mais êxito também no Brasil. Muitas são as demandas envolvendo a AP e os particulares; algumas questões findam na própria esfera administrativa e outras tantas seguem às vias judiciais ainda preconizadas no Brasil como o grande esteio. Justamente nesse cenário é que se encaixa a proposta da Lei 13.140/2015 quando inova a ideia de solução de conflitos, abrindo novos paradigmas para as demandas entre o particular e uma pessoa jurídica de direito público. É aqui que cabem as controvérsias envolvendo a AP e os usuários de serviços públicos, por exemplo, dando escopo, inclusive, para a mediação coletiva dos usuários dessas demandas prestacionais.

Pondera-se por fim, que a mediação foi incorporada em várias dinâmicas e ritos processuais da administração pública, incluindo os aspectos inerentes às compras públicas.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito Administrativo. Rio de janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Transações administrativas. Um contributo ao Estado do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária no contexto de uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
BRASIL. Decreto-Lei n. 1.312, de 15 de fevereiro de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 jun. 2021.
BRASIL. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 25 jun. 2021.
BRASIL. Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 25 jun. 2021.
BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 25 jun. 2021.
BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 25 jun. 2021.
BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 jun. 2021.
BRASIL. Lei n. 8666, 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/l8666 cons.htm. Acesso em: 23 jun. 2021.
BRASIL. Lei n. 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 jun. 2021.
BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 jun. 2021.
BRASIL. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 jun. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/ lei/l13140.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.
BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1380/2008. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinicius Vilaça. Brasília, 16 julho 2008.
BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1428/2003. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 24 setembro 2003.
BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2554/2017. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro André de Carvalho. Brasília, 14 novembro 2017.
BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2604/2020. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 20 setembro 2020.
BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2681/2013. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 02 outubro 2013.
BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2699/2019. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 06 novembro 2019.
BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 50/2019. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Bem-querer. Brasília, 23 janeiro 2019.
CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie North Fleet. Porto Alegre, 1988.
CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2019.
CHASE, Oscar G. Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da resolução comparada. Tradução de Sérgio Arenhadt e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. 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/atos/detalhar/156. Acesso em: 20 jan. 2021.
FIAD, Leonardo. "Arbitragem e Administração Pública". In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVIII. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
GRAU, Eros Roberto. "Arbitragem e contrato administrativo". *In* Revista Trimestral de Direito Público, n. 32. São Paulo: RT, 2000.
JESUS, Marcela do Amaral Barretos de. Mediação e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 47-53, jan./abr. 2017.
LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Minas Gerais: Fórum, 2018.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Novos institutos consensuais da ação administrativa". In Revista de Direito Administrativo, n. 231. Rio de Janeiro, 2003.
OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de litígios com entes públicos. Coimbra: Almedina, 2007.
PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015.
PERLINGEIRO, Ricardo. Princípios fundamentais e regras gerais de jurisdição administrativa. Revista de Direito dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, p. 137, 2009.
PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A ressignificação do princípio do acesso à Justiça à luz do art. 3.º do CPC/2015. Revista de Processo, v. 254, p. 17-44, abr. 2016.
RODRIGUES, Marco Antonio. A fazenda pública no processo civil. 2. ed. São Paulo: Atlas 2016.
TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). Revista de Processo, v.264, p. 83-107, fev. 2017.
TIBURCIO, Carmen. "A arbitragem envolvendo a Administração Pública: REsp n.º 606.345/RS". In Revista de Direito do Estado, n. 6. Rio de Janeiro, 2007.