MARCUS VINICIUS ARMANI ALVES

A Fazenda Pública no sistema multiportas: perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo

Tese de doutorado

Orientador: Professor Doutor Marcelo José Magalhães Bonizzi

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

MARCUS VINICIUS ARMANI ALVES

A Fazenda Pública no sistema multiportas: perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo José Magalhães Bonizzi.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Alves, Marcus Vinicius Armani
A Fazenda Pública no sistema multiportas: perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo ; Marcus Vinicius Armani Alves ; orientador Marcelo José Magalhães Bonizzi -- São Paulo, 2020.
303 p.
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Fazenda Pública. 2. Sistema multiportas. 3. Poder Público. 4. Estado de São Paulo. 5. Brasil. I. Bonizzi, Marcelo José Magalhães, orient. II. Título.

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

_____

_____

_____

Aos meus amados pais Américo e Hildely, ao meu irmão Carlos, à minha cunhada Ítala e à tão esperada Catarina. Aos meus avós Mario Armani e Amélia Andreoni Armani, em memória.

À minha sogra Rose, meu cunhado Beto e minha cunhada Ana Luíza. Ao tio João e à avó Angelita. Ao meu sogro Carabed, em memória.

Por fim, à minha amada esposa Carminha, pela paciência, e à nossa amada Beatriz, que nasceu junto com este doutorado.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é fruto, antes de tudo, do incentivo do amigo e orientador Marcelo Bonizzi, que em ato contínuo ao mestrado, incentivou-me a concorrer a uma vaga no doutorado, aceitando-me novamente em nossa querida Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Pude comprovar pessoalmente porque tantos alunos, ao concluírem o mestrado, não continuam a pesquisa acadêmica. Por diversos momentos, achei que não conseguiria concluir o presente trabalho. Diversos foram os desafios pessoais e a superação da vida profissional. Realmente, é difícil ser pesquisador no nosso País.

Estimulado pela linha de pesquisa que o Professor Marcelo Bonizzi vem desenvolvendo na Universidade de São Paulo, abordamos o tema *sistema multiportas envolvendo a Fazenda Pública*, associando de certa forma nossa vivência de quase quinze anos no contencioso da Procuradoria Geral do Estado e de vinte anos de contencioso desde o início em 1999, como estagiário do Departamento Jurídico XI de Agosto, estagiário na PGE e no escritório da Professora Priscila Correa da Fonseca, onde optei pela carreira pública. Aprovado aos 25 anos, chego aos quase 40 anos de idade e vejo que o contencioso precisa mudar.

De certa forma, corri o risco no presente trabalho de repetir meu tema de mestrado: *a Fazenda Pública na arbitragem*, defendido em 2016 e publicado em 2019. Para tanto, procurei dar uma abordagem mais prática e evitar o texto anterior, mostrando como o Estado de São Paulo tem à sua frente um grande desafio para diminuir a litigiosidade que aflige não somente a população, como os próprios procuradores do estado.

O maior desafio, de fato, é a mudança da postura do contencioso, não somente do Estado de São Paulo, mas dos grandes litigantes em massa. A prova disso é que os meios legais estão aí a disposição, contudo não são usados.

Agradeço novamente aos meus professores da graduação, mestrado e doutorado, em especial a Carlos Alberto Carmona, Antônio Carlos Marcato, Flavio Yarshell, Heitor Sica, Gustavo Justino de Oliveira, Carlos Alberto de Salles, Floriano Azevedo Marques, Victor Schein e Edmir Araujo Netto.

RESUMO

ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública no sistema de justiça multiportas*: perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo 2020. 303 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente tese analisa brevemente a figura da Fazenda Pública no sistema de justiça multiportas, tendo como corte metodológico a análise do sistema legislativo existente, bem como o estudo do contencioso do Estado de São Paulo. Para isso, em uma parte introdutória, discorre-se brevemente sobre contencioso de massa do Estado de São Paulo. Na primeira parte, estuda-se o sistema de múltiplas portas, sua aplicação à Administração Pública, sobretudo a conciliação, a mediação e a arbitragem. Na segunda parte, detém-se no nos acordos administrativos para a solução de conflitos. Por fim, na terceira parte, o presente estudo enfoca a negociação e o desenho de solução de disputas envolvendo a Fazenda Pública.

Palavras-chave: Fazenda Pública; Sistema multiportas; Poder Público; Estado de São Paulo; Brasil.

ABSTRACT

ALVES, Marcus Vinicius Armani. *The public administration in the multidoor courthouse system*: perspectives deriving from the litigation scenario in the State of São Paulo. 2020. 303 p. Thesis (Doctor in Law) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The present thesis briefly addresses the figure of the Public Administration in the Multidoor Courthouse System, having as a methodological cut the analysis of the existing legislative system, as well the study of the litigation scenario in the State of São Paulo. For this aim, the introductory part is intended to briefly discuss the massive litigation in the State of São Paulo. The first part aims at discussing the Multidoor Courthouse System and its application in respect to the Public Administration, particularly in respect to conciliation, mediation and arbitration. The second part is destined to study conflict resolution's administrative agreements. Lastly, the third part of the present thesis addresses the negotiation and the design of resolution of conflicts involving the Public Administration.

Key-words: Public Administration; Multidoor Courthouse System; Public Power; State of São Paulo; Brazil.

RIASSUNTO

ALVES, Marcus Vinicius Armani. *La Pubblica Amministrazione nel sistema multi-porte*: prospettive del contenzioso nello Stato di San Paolo. 303 p. Tesi (Dottorato in Giurisprudenza) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

La presente tese analizza, in modo sintetico, la posizione della pubblica amministrazione all'interno del sistema della giustizia multi-porte, adottando come metodologia quella dell'analisi del sistema normativo esistente, insieme allo studio del contenzioso dello Stato di San Paolo. A questi fini, nella parte introduttiva, trattiamo, per sommi capi, del contenzioso di massa nello Stato di San Paolo. Nella prima parte, è stata effettuata l'analisi del sistema multi-porte, la sua applicazione nell'ambito della pubblica amministrazione, con particolare riguardo alla conciliazione, mediazione e arbitrato. Nella seconda parte, sono stati studiati gli accordi amministrativi per la risoluzione dei conflitti. Infine, nella terza parte della tesi è stata analizzata la negoziazione e la configurazione della risoluzione delle controversie che coinvolgono la pubblica amministrazione.

Parole-chiave: Pubblica Amministrazione. Sistema multiporte. Potere Pubblico. Stato di San Paolo. Brasile.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Dívida do Estado de São Paulo 54
Tabela 2 − Número de Acordos 59
Tabela 3 − Arbitragens do Estado de São Paulo 169
Tabela 4 − Cláusulas Compromissórias dos Contratos do Estado de São Paulo 172

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Receita Tributária 53
Figura 2 – Evolução da Distribuição 57
Figura 3 – Evolução do Acervo Processual 58
Figura 4 – Evolução da Distribuição: Capital e Interior 58
Figura 5 – Evolução do Acervo: Capital e Interior 59
Figura 6 – Dez principais temas de ações contra o Estado de São Paulo em 2019 71
Figura 7 – Dez principais temas de ações sobre políticas públicas contra o Estado de São Paulo em 2019 73
Figura 8 – Sistema Estadual de Controladoria 224

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 23

Delimitação do tema e colocação do problema 26

O problema central e a inovação do ponto de vista acadêmico 26

Pressupostos para o uso de mecanismos alternativos de solução de controvérsias pela Fazenda Pública 30

(i) Previsão legal: existe um microssistema de meios alternativos de solução de controvérsias envolvendo a Fazenda Pública? 31

(ii) Disponibilidade do direito, transigibilidade e possibilidade de acordos 33

(iii) Possibilidade dos advogados públicos ou autoridades competentes transigirem ou celebrarem acordos quanto ao método de resolução do conflito 38

(iv) Adequação do litígio ao modelo escolhido 40

(v) Vantagens do uso de meios alternativos e adequados de solução de controvérsias pela Fazenda Pública 42

(vi) Limitação do estudo ao contencioso geral, excluindo demandas tributárias 42

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo como um grande litigante: compreendendo o contencioso de massa 42

1. Ausência de um contencioso administrativo 43

2. Advento da Constituição de 1988 e a garantia de um amplo acesso à justiça 45

3. Mito da indisponibilidade de direitos e bens públicos, impossibilitando a Fazenda Pública de celebrar acordos 46

4. Ausência no passado e o não uso de instrumentos de resolução de conflitos em massa, tais como o incidente de resolução de conflitos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) 47

5. Falta de vontade política, rolagem de dívida e falta de orçamento 49

6. Cultura do litígio tanto da advocacia pública como da advocacia privada 55

As particularidades do contencioso do Estado de São Paulo 57

Análise crítica do contencioso do Estado de São Paulo 62

Divisão em três partes 76

CAPÍTULO 1 – INSERÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NO MODELO BRASILEIRO E A POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA ...79

1.1 Evolução histórica do instituto.....79

1.1.1 Modelo de justiça multiportas no direito americano 80

1.1.1.1 Construção do modelo americano de ADRs 85

1.1.2 Cenário mundial do movimento de ADRs.....94

1.2 Acesso à justiça e mecanismos de acesso da população nos conflitos em face da Fazenda Pública 96

1.2.1 Projeto Florença e acesso à justiça 99

1.2.2 Acesso à justiça e o Estado em juízo. Importância da Resolução n. 125 do CNJ 106

1.3 Modelos de solução de conflitos autocompositivos e heterocompositivos: uma nova visão de jurisdição.....108

1.3.1 Técnicas de solução de controvérsias.....111

1.3.2 Técnicas de solução de controvérsias básicas ou primárias 112

1.3.2.1 Conciliação e Fazenda Pública.....113

1.3.2.2 Mediação e Fazenda Pública.....116

1.3.2.2.1 As diversas concepções de mediação 117

1.3.2.2.2 Histórico da mediação no cenário mundial e no Brasil 121

1.3.2.2.3 Mediação como política pública: Resolução n. 125 do CNJ, novo CPC e Lei de Mediação 125

1.3.2.2.4 Princípios e técnicas de mediação e sua utilização prática 128

1.3.2.2.4.1 Mediadores: função e regramento 131

1.3.2.2.5 Mediação judicial e a Fazenda Pública.....132

1.3.2.2.5.1 Adequação e cabimento da mediação em relação à Fazenda Pública 137

1.3.2.2.5.2 Mediação por adesão 138
1.3.2.2.5.3 Câmaras públicas de conciliação vinculadas aos tribunais 142
1.3.2.2.5.4 Cejuscs e a participação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo 143
1.3.2.2.6 Mediação extrajudicial e a Fazenda Pública 147
1.3.2.2.6.1 Câmaras privadas de resolução de conflitos 150
1.3.2.2.7 Câmaras de resolução de conflitos da Administração Pública 152
1.3.2.3 Arbitragem e Fazenda Pública: o modelo do Estado de São Paulo 153
1.3.2.3.1 Principais características das arbitragens envolvendo o Estado de São Paulo ... 157
1.3.2.3.2 Direito aplicável: princípio da legalidade e vedação do uso da equidade 158
1.3.2.3.3 A (des)necessidade de previsão em edital 158
1.3.2.3.4 Idioma nacional 160
1.3.2.3.5 Publicidade do contrato e da cláusula: vedação da confidencialidade 161
1.3.2.3.6 Algumas características ligadas ao procedimento 162
1.3.2.3.7 Câmaras e árbitros 164
1.3.2.3.8 Arbitragens do Estado de São Paulo 168
1.3.2.3.8 Análise das cláusulas arbitrais em vigor no Estado de São Paulo 170
1.3.3 Técnicas de solução de controvérsias combinadas ou secundárias 175
1.3.4 Incidentes de resolução de demandas repetitivas instaurados pelo Estado de São Paulo 175
1.3.5 Acordos em processos executivos e precatórios realizados pelo Estado de São Paulo 176
1.3.6 Procedimento administrativo de reparação e indenização do Estado de São Paulo . 178

CAPÍTULO II – FAZENDA PÚBLICA E ACORDO ADMINISTRATIVO 183
2.1 Convenções celebradas pela Fazenda Pública 183
2.1.1 Acordos administrativos segundo a LINDB 184

2.1.2 Acordo para estipulação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias e a Fazenda Pública: negócio jurídico entre o direito processual e o administrativo ..189
2.1.2.1 A Fazenda Pública e a vontade administrativa 194
2.1.2.1.1 A fase interna para estipulação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias e a Fazenda Pública 194
2.1.2.1.2 A vontade e motivação administrativa 197
2.1.2.2 Adequação.....201
2.1.2.3 Advocacia pública e autoridade competente: manifestação da vontade estatal.....204
2.1.2.4 A eficiência administrativa 206
2.1.2.5 Análise econômica do uso de ADR pela Fazenda Pública 208
2.1.2.6 Efeitos das cláusulas de ADR nos acordos celebrados pela Fazenda Pública 215
2.2 Termo de ajustamento de conduta e os acordos administrativos.....217
2.3 O controle do acordo administrativo.....223
2.3.1 Controle interno 223
2.3.2 Controle pelos órgãos externos.....225
2.3.2.1 Controle pelo Ministério Público 225
2.3.2.2 Controle pelo Tribunal de Contas 227
2.4 Acordos de leniência e reparação ao erário 229
2.4.1 Apresentação e delimitação do tema: os problemas decorrentes dos cartéis e as intervenções nocivas à liberdade de concorrência 229
2.4.2 Breve análise das origens do modelo de acordo de leniência e o modelo adotado no direito brasileiro 232
2.4.2.1 Modelo norte-americano.....232
2.4.2.2 Modelo europeu continental 233
2.4.2.3 Modelo brasileiro 234
2.4.3 Modelagem do modelo brasileiro: o problema da multiplicidade de agentes de controle 235

2.5 Acordos de improbidade administrativa e a posição do Estado de São Paulo 241

CAPÍTULO III − NEGOCIAÇÃO E DESENHO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. *DISPUTE SYSTEM DESIGN* E O PAPEL DA FAZENDA PÚBLICA 245

3.1 Negociação e Fazenda Pública: abrindo mão da superioridade 245

3.1.1 Elementos da negociação e técnica 248

3.1.2 Elaboração do acordo..... 256

3.1.3 Aplicação institucional da negociação..... 257

3.2 Visão geral do instituto do DSD 263

3.2.1 Utilização dos princípios de DSD a partir dos postulados da negociação baseada em interesse − aplicação à Fazenda Pública 268

3.2.2 Processualização: construção do procedimento 271

3.2.3 Diagnóstico do conflito: tipologia e adequação 272

3.2.4 Propostas para utilização de DSD pela Fazenda Pública..... 273

CONCLUSÕES 277

REFERÊNCIAS..... 289

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o questionamento do sistema adversarial que a Fazenda Pública adota como forma primordial para solução de seus conflitos e as alternativas possíveis dentro do sistema jurídico, abandonando a ideia binária de oposição Estado-cidadão, com a construção de uma solução de ganho de ambas as partes: seria possível abandonar a fórmula *vitória vs. derrota* e adotar uma solução *ganha ganha*?

Dentre as várias transformações ocorridas no direito processual civil brasileiro nas últimas décadas, uma das mais significativas corresponde ao reconhecimento de que a tradicional fórmula de solução de litígios por meio do Poder Judiciário encontra-se em série crise de efetividade, o que se evidencia pela longa duração dos processos, associada ao baixo índice de satisfação e credibilidade. Tais fatos hoje são apontados como problemas estruturais da nossa Justiça.

Do ponto de vista constitucional, o direito pátrio já previa, desde a Constituição de 1946, o direito ao acesso à justiça, mas foi a Constituição de 1988, a chamada "Constituição cidadã", de caráter extensivo, com a positivação das mais diversas gamas de direitos, que previu, no artigo 5º, inciso XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Note-se que esse ponto abrange não apenas os direitos já lesados, mas a garantia preventiva de uma futura ameaça de lesão, e que a técnica adotada foi a da realização dos direitos pelo processo judicial. Nesse sentido, a lição de Dinamarco:

> É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual.[1]

[1] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 181.

Assim, o processo civil surge na forma hodierna como um mecanismo, uma técnica, um instrumento para a realização do direito, e cumpre um fim.[2]

Portanto, o processo civil judicializado não é um fim em si mesmo, mas uma das ferramentas que o cidadão tem para ter acesso à justiça. Nesse diapasão, compreende-se que o escopo social do processo acaba por abandonar de certa forma a visão individualista do processo civil, eis que ele acaba por ter uma função coletiva, atingindo toda a sociedade.[3]

Ganha importância o tema do acesso à justiça, cujo grande contribuição advém de Mauro Cappelletti:

> A expressão "acesso à justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.[4]

No direito pátrio, juristas como Bedaque, com supedâneo na doutrina de Kazuo Watanabe grande estudioso da matéria, se vale da expressão ordem jurídica justa como forma de tratar o relevante tema do acesso à justiça no direito processual[5]. É nesse cenário de acesso à justiça que o estudo dos mecanismos multiportas de solução de conflitos

---

[2] "Tem-se por *técnica* a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a ideia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados." (DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 273-274).

[3] "Na criticada visão estritamente jurídica do fenômeno político que é jurisdição, os estudiosos do processo conformaram-se inicialmente com afirmações extremamente individualistas, ligadas ao sincretismo privatista em que o sistema processual aparece como meio de exercício dos direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Dizia-se, então, que o escopo do processo era a tutela dos direitos, naquela visão pandectista que colocava a ação como centro do sistema e a descrevia como o próprio direito subjetivo em atitude de repulsa à lesão sofrida. Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do *processo civil de resultados*, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: *a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual*; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais." (DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 184, grifo nosso).

[4] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 3.

[5] "Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto, justo." (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência: (tentativa de sistematização). 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 71).

estabelecidos entre a Fazenda Pública e o cidadão se mostra de suma importância. Aponta Kazuo Watanabe que problema está em se encontrar uma solução justa, tempestiva e adequada.[6]

Associa-se a esse panorama o tratamento legislativo pátrio que, por meio do novo Código de Processo Civil (CPC), a Lei de Mediação e a Lei de Arbitragem, constituiu um quadro de possibilidades de múltiplas portas que, no conceito de Frank Sander, são as chamadas técnicas básicas de solução de controvérsias[7]. Dessa forma, do ponto de vista legal, já existe um arcabouço que permite a utilização de tais métodos.

Vale lembrar a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a "política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade". E mais, o parágrafo único do seu artigo 1º estabelece:

> Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

Além disso, a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), realizada pela Lei n. 13.655/2018, introduziu o novel artigo 26, um verdadeiro marco legal para acordos administrativos, que estabeleceu duas possibilidades para a estipulação de acordos, a escolha de mecanismos alternativos de solução de controvérsias ou o acordo resolutivo da própria controvérsia.[8]

---

[6] "Quando se trata de solução adequada dos conflitos de interesses, insisto em que o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que está bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário." (WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. *In*: DELGADO, José *et al. Mediação*: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. p. 46).

[7] SANDER, Frank E. A. The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000. *Barrister*, ABA Young Lawyers Division, v. 3, No. 18, Summer 1976.

[8] Lei n. 13.655/2018: "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)."

Por tudo isso, o tema é relevante ao aperfeiçoamento do sistema multiportas de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública e, embora tenha trato multidisciplinar, eis que envolve uma gama de ramos do direito, tal qual o direito constitucional e o direito administrativo, é justamente sob o enfoque processual que se pretende levar a cabo este estudo.

Delimitação do tema e colocação do problema

O problema central e a inovação do ponto de vista acadêmico

O modelo tradicional desenvolvido no sistema brasileiro de solução de controvérsias impõe um peso muito grande nas mãos do Judiciário, tratando-o como mecanismo quase único de solução de litígios. Note-se que nesse modelo a solução é imposta e não negociada.[9]

Ao classificar as formas de solução de litígios, pode-se observar nitidamente a existência de dois modelos: um autocompositivo, no qual as partes, entre si ou por meio de um terceiro facilitador, chegam a uma solução, a exemplo da negociação, da conciliação, da avaliação de terceiro neutro, do *med-arb* e do *mini-trail*, por exemplo. De outro, temos sistemas em que um terceiro impõe a decisão: aqui se situam a arbitragem[10] e a jurisdição estatal.[11]

Mesmo na arbitragem, embora um terceiro (ou painel arbitral) imponha a decisão, há negociação, ou *acordo*, quando da opção por esse sistema. Daí dizer-se que a

---

[9] 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: 07 maio 2019.

[10] Carlos Alberto Carmona assim conceitua arbitragem: "A arbitragem − meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor." (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 51).

[11] Nesse sentido: LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. "Sistemas multiportas": opções para o tratamento de conflitos de forma adequada. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem*: curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012. p. 57-85.

arbitragem tem natureza mista: contratual, ou seja, há uma opção por *acordo* na fase de negociação da cláusula compromissória ou do compromisso, e *jurisdicional*, após o aceite dos árbitros quanto à eficácia da sentença proferida.[12]

A jurisdição estatal quase que exclusivamente é o grande solucionador de conflitos e pacificador social. Não haveria problema algum se o número de litígios fosse pequeno, mas ele não é, pois os conflitos são de toda ordem, em especial os que envolvem a Fazenda Pública, desde uma simples batida de carros, até as políticas públicas da mais alta relevância.

Isso impõe a discussão acerca do modelo de solução judicial adotado: seria possível conceber um sistema alternativo e adequado à jurisdição estatal, em que as partes celebrassem *acordos*[13] quanto a mecanismos alternativos à sentença judicial?

Especificamente quanto ao presente estudo, questiona-se qual é o papel do Estado na solução de seus litígios. Relegar tudo, ou quase tudo, à jurisdição seria a forma adequada de resolver conflitos da Administração Pública? Quais seriam os pressupostos para *acordos* envolvendo a Administração Pública e os mecanismos alternativos de solução de controvérsias?

Ganha ainda mais importância analisar os mecanismos alternativos de solução de controvérsias do segundo maior litigante público do país, somente atrás da União e suas autarquias: o Estado de São Paulo. Discute-se por que o Estado de São Paulo, ente federativo mais rico e desenvolvido, com a estrutura tecnológica mais avançada, o maior número de advogados, juízes e faculdades de direito, tem índices tão baixos de acordos administrativos e como seu contencioso aumenta em número alarmante. Por que não são

---

[12] LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes, "Sistemas multiportas": opções para o tratamento de conflitos de forma adequada, *in Negociação, mediação e arbitragem*: curso básico para programas de graduação em direito, cit., p. 50.

[13] "Integra esse movimento o desenvolvimento de instrumentos consensuais, tomados em sentido amplo, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Especificamente com relação à Emenda Constitucional 45/2004, a mesma conferiu nova redação e numeração ao art. 98 da Constituição para prever juizados especiais federais com competência para conciliar e transacionar em causas cíveis de menor complexidade ou ações envolvendo infrações com penas de menor potencial ofensivo. O Direito Administrativo se aproveitaria desse cenário e, em grande medida influenciado pelo discurso de celeridade e eficiência, passaria a contar cada vez mais com acordos administrativos para promover a consensualidade também na esfera administrativa." (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual*: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 332 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) − Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 172-180).

aplicados métodos alternativos e nem mesmo, embora não sejam objeto deste trabalho, mecanismos de solução de controvérsias em massa, como o incidente de resolução de demandas repetitivas?

No plano federal, o problema segue a mesma linha, eis que os números de conciliações na Justiça Federal são extremamente baixos em primeiro grau e quase inexistentes em segundo: TRF5, 0,6%; TRF3, 1,9%; TRF4, 3,8%; TRF2, 4,4%; TRF1, 7,1%.[14]

Dentre as justificativas apresentadas, destacam-se as que versam sobre a presença da Administração Pública como litigante e a impossibilidade de *transigir*:

> Some-se a estes fatores um outro absolutamente decisivo quando se pensa na Justiça Federal: a presença maciça do poder público como parte, seja por órgãos da administração pública direta, empresas públicas ou autarquias federais. A presença do poder público infla o número de casos novos recursais no 2º grau de jurisdição com as causas que são submetidas à regra do reexame necessário, às quais se somam os recursos voluntários, interpostos pelo próprio poder público ou por particulares, situações nas quais pesa em sentido contrário à conciliação as dificuldades para se transigir em juízo com direitos do ente público envolvido no litígio.[15]

Tal cenário e a perspectiva futura de crescimento de demandas envolvendo conflitos entre Estado e particulares, sobre os mais diversos assuntos, tais como servidores públicos, fornecimento de medicamentos, ações indenizatórias, contratos administrativos, políticas públicas etc., levam a reflexão acerca da possibilidade de se buscar meios alternativos de solução de controvérsias, evitando a clássica solução de conflitos pelo Judiciário.

Aborda-se no presente estudo, ainda que de maneira breve, o sistema de "justiça múltiplas portas", ou simplesmente *multiportas*, pelo qual se busca facultar às partes, em especial à Fazenda Pública, métodos diferenciados de solução de conflitos, com o intuito de buscar para cada caso a alternativa mais *adequada* para resolver a demanda proposta. Nesse sentido, tenta-se localizar o papel da arbitragem nesse papel.

---

[14] JUSTIÇA em números 2016: ano-base 2015. Brasília: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2016. p. 233. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/justicaemnumeros-20161.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.
[15] JUSTIÇA em números 2016: ano-base 2015, cit., p. 232.

Diversos são os métodos conhecidos e já apontados, sobretudo importados do modelo norte-americano, tais como arbitragem, mediação, conciliação e negociação. Porém, a simples importação e a criação de diversas leis prevendo a existência do instituto não implicam de per si a sua utilização e nem mesmo a identificação da *qualidade* do litígio a que o *método diferenciado* se destina, sobretudo quando o assunto envolve a Administração Pública.

Aqui, em especial, outros desafios são impostos, como a disponibilidade do direito, a possibilidade dos agentes públicos transigirem quanto a esses direitos e de poderem optar pelo mecanismo mais adequado, como justificar essa escolha e, mais, como fazer uma opção segura pela arbitragem.

Nesse sentido, o presente trabalho ganha relevância, ao estabelecer alguns requisitos para utilização de mecanismos adequados à solução de conflitos pela Fazenda Pública, identificar a qualidade dos litígios que são postos e aplicar o método escolhido.

Analisa ainda o conceito de *multidoor courthouse system* e como o direito americano soube criar soluções diferenciadas para cada espécie de litígio.

Vale lembrar que o sistema teve origem na crítica à formula tradicional de solução de conflitos feita por Warren E. Burger[16] em 1979, na Pound Conference[17]. Foi também nesse evento que Frank Sander[18], professor de Harvard, criticou a clássica concepção aplicada por juízes, advogados e promotores.

Em sua palestra, Frank Sander propôs uma verdadeira reformulação no pensamento jurídico tradicional:

> Nós, advogados, temos tido um pensamento muito absoluto quando o assunto é resolução de conflitos. Nós tendemos a crer que os tribunais são os naturais e óbvios – e únicos − solucionadores de conflitos. De fato, lá existe uma rica variedade de processos que podem resolver conflitos de forma bem mais efetiva. Por muitas vezes a polícia tem procurado "resolver" disputas raciais, na escola e entre vizinhos e nós, povo, temos realizado mais e mais demandas nas cortes para resolver disputas que outrora eram lidadas por outras instituições da

[16] Russell R Warren Earl Burger foi Chief Justice da Supreme Court dos Estados Unidos, de 1969 a 1986.
[17] LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. (ed.). *The Pound Conference*: perspectives on justice in the future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. St. Paul: West Publ. Co., 1979.
[18] SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*, 70 F.R.D. 111, 130 (1976).

> sociedade. Obviamente, as cortes não podem continuar a se responsabilizarem de forma efetiva por todas as demandas que necessitam ser equacionadas de modo rápido. É, portanto, essencial que se examinem outras alternativas.[19]

A proposta de Sander[20] consiste em introduzir, no âmbito judiciário, mecanismos múltiplos de solução de conflitos, aplicáveis antes ou durante o julgamento de uma causa. A solução a ser adotada se basearia nas *peculiaridades da causa* e estariam à *disposição das partes*.

No modelo de Sander, diversos critérios poderiam ser utilizados para definir a melhor solução, entre eles o tipo de interesse jurídico das partes, a natureza do direito invocado e suas consequências, a eficácia, o custo e a credibilidade do mecanismo.

Dessa forma, se entre as partes privadas é possível desenvolver esses critérios, também seria possível identificá-los quando o interessado é a Fazenda Pública, fugindo do conceito tradicional de indisponibilidade do direito público e de obrigatoriedade da jurisdição estatal.

O presente trabalho visa a compreender o fenômeno e, partindo dos estudos e critérios já existentes no âmbito do direito comparado, analisar a sua aplicação quando a parte for a Fazenda Pública, bem como os pressupostos ou requisitos mínimos necessários ao uso dos mecanismos vislumbrados.

Pressupostos para o uso de mecanismos alternativos de solução de controvérsias pela Fazenda Pública

Para delimitar o estudo e permitir uma melhor aplicação metodológica, alguns pressupostos serão adotados: a existência de leis que permitam a resolução de conflitos por meio de uma multiplicidade de formas; a possibilidade de celebração de acordos administrativos ou convenções, para possibilitar as escolhas; a adequação do método ao tipo de causa em conflito; e, por fim, o estudo somente no âmbito das arbitragens domésticas.

---

[19] SANDER, Frank E. A., The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000, cit., p. 372.

[20] Sobre a teoria da Frank Sander e o modelo "multiportas", ver: SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B.; ROGERS, Nancy H. *Dispute resolution casebook*: negotiation, mediation and other processes. Aspen, Colorado: Little, Brown, 1992; SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B. Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure. *Negotiation Journal*, v. 10, No. 1, p. 49-68, 1994; SANDER, Frank E. A. The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000, cit.; SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing* (1979) 70 FRD 111 Satellite Industry Association, "2005 Annual Statistics Report", (2005).

(i) Previsão legal: existe um microssistema de meios alternativos de solução de controvérsias envolvendo a Fazenda Pública?

É cediço que o regime jurídico de direito público impõe à Administração Pública o respeito ao princípio da legalidade. De certo, tal princípio deve ser interpretado de forma moderna, reconhecendo espaço para opções dos administradores. Assim, o método alternativo a ser escolhido também deve ter previsão legal ou, ainda, a possibilidade de se "criar um método" também deve ser prevista em lei.

Num cenário de múltiplas opções postas à disposição da Administração, deve haver no mínimo algum balizamento legal para que as escolhas possam ser feitas com segurança jurídica e sem eventuais questionamentos por órgão de *accountability*.

Rememorando o arcabouço jurídico que se mostra alternativo à sentença judicial, podemos apontar hipóteses em que o legislador autorizou o uso pela Administração da conciliação[21], da mediação[22] e da arbitragem[23].

Embora não seja o escopo deste trabalho discutir as especificidades de cada mecanismo, deve-se ter em mente que há a necessidade de uma autorização legal para seu uso. Vale lembrar que a visão de que a Administração Pública somente é autorizada a fazer o que está na lei ainda é dominante no ordenamento brasileiro[24]. A mesma doutrina

[21] Conselhos de Conciliação e Arbitramento, popularmente conhecidos por Juizados de Pequenas Causas, surgiram no Rio Grande do Sul, em julho de 1982; Lei dos Juizados Pequenas Causas (Lei n. 7.244/84); artigo 24, X, da CF, que determina a criação de Juizados Especiais; artigo 98, I, da Lei n. 9.099/95 criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (revogou a Lei n 7.244/84); Resolução n. 125/2010 do CNJ criou a política judiciária nacional para a solução de conflitos; artigos 3º, 165 a 175 e 334 do CPC/2015.

[22] Lei de Mediação: Lei n. 13.140/2015.

[23] Lei de Arbitragem: Lei n. 9.307/96, com as alterações da Lei n. 13.129/2015.

[24] Tratando do princípio da legalidade no direito administrativo brasileiro, todos os manuais clássicos trazem definições e não fogem muito da ideia de que ao administrador somente é possível a prática de atos calcados em lei, ainda que essa lei traga uma moldura ou limites para a discricionariedade: "A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. Os governantes, nada mais sendo que os representantes da sociedade, ao serem proclamados como detentores do poder, devem exercê-lo obedecendo, cumprindo e colocando em prática um quadro normativo, que busca embargar quaisquer tipos de favoritismos, perseguições ou desmandos, enfim opondo-se a todas as formas de poder autoritário. Na Administração Pública, não há espaço para liberdades e vontades particulares, deve, o agente público, sempre agir com a finalidade de atingir o bem comum, os interesses públicos, e sempre segundo àquilo que a lei lhe impõe, só podendo agir *secundum legem*. Enquanto no campo das relações entre particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe

clássica, quanto à dimensão do princípio da legalidade, é encontrada nas obras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[25] e Celso Antônio Bandeira de Mello[26]. Mas, de qualquer modo, ao se analisar a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública[27-28], o novo CPC[29], a Lei de

(princípio da autonomia da vontade), na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei define até onde o administrador público poderá atuar de forma lícita, sem cometer ilegalidades, define como ele deve agir." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 86-87).

[25] "A observância do referido preceito constitucional [art. 5º, inc. II, da CF] é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, em decorrência do qual 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão', ainda que a mesma decorra de ato da Administração. E a Constituição ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção; tudo isto sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle da própria Administração." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 68).

[26] "É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 450-451).

[27] "Art. 15. Serão designados, na forma da legislação dos Estados e do Distrito Federal, conciliadores e juízes leigos dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, observadas as atribuições previstas nos arts. 22, 37 e 40 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. § 1 . Os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 2 (dois) anos de experiência. § 2 . Os juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante todos os Juizados Especiais da Fazenda Pública instalados em território nacional, enquanto no desempenho de suas funções. Art. 16. Cabe ao conciliador, sob a supervisão do juiz, conduzir a audiência de conciliação. § 1 . Poderá o conciliador, para fins de encaminhamento da composição amigável, ouvir as partes e testemunhas sobre os contornos fáticos da controvérsia. § 2 . Não obtida a conciliação, caberá ao juiz presidir a instrução do processo, podendo dispensar novos depoimentos, se entender suficientes para o julgamento da causa os esclarecimentos já constantes dos autos, e não houver impugnação das partes."

[28] "Os juizados de pequenas causas, com competência para julgar casos até determinados valores, são uma opção de reduzir os acúmulos processuais nas Cortes Superiores e ampliar o acesso à justiça, podendo ajudar na diminuição da morosidade, especialmente em áreas urbanas onde os atrasos parecem ser mais graves. Em Trinidad e Tobago esses juizados julgam processos sobre matéria civil até um determinado valor. No Uruguai, por exemplo, os juizados se utilizam de procedimentos simplificados, não é necessário a presença de advogados e as decisões não são recorríveis. A aceitação pública dessas Cortes tem sido extremamente favorável, conforme apurado em diversas pesquisas de opinião. Visando criar uma instância adequada de resolução de conflitos e permitir acesso as Cortes, onde as partes podem ser barradas devido a falta de recursos econômicos, é importante considerar a implementação de um sistema onde os litigantes possam apelar sem advogados. Todavia, as partes não devem ser impedidas de se fazerem representar por um advogado. Os procedimentos devem ser orais, para que as partes possam facilmente explicar os motivos da disputa ao juiz. Esse tipo de sistema permite a resolução dos conflitos denominados de 'disputas de vizinhança' de forma eficiente e com o menor dispêndio de gastos possível, deixando às Cortes Superiores matérias mais complexas. Os juizados de pequenas causas que processam somente um determinado tipo de demandas podem assegurar um importante acesso ao público." (DAKOLIAS, Maria. *O setor judiciário na América Latina e no Caribe*: elementos para reforma. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington, D.C.: Banco Mundial, 1996. p. 44-45. (Documento Técnico, n. 319). Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf. Acesso em: 20 set. 2019).

[29] CPC: "Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de

Mediação[30] e a Lei de Arbitragem[31], é nítida a permissão de uso por parte da Administração Pública desses mecanismos alternativos à sentença judicial. Tal discussão já foi amplamente veiculada na doutrina, quando o embate ocorria no cenário da utilização da arbitragem por parte da Administração Pública. Ademais, o novel artigo 26 da LINDB traz uma verdadeira autorização genérica para acordos. Dessa forma, proteção legislativa e segurança jurídica já existem em nosso ordenamento.

Pode-se pensar que o conjunto dessas leis por si só já seria suficiente para a existência de um verdadeiro microssistema de soluções alternativas e adequadas de conflitos envolvendo a Fazenda Pública.

Mas, por outro lado, percebe-se que embora as leis existam, não têm o alcance que poderiam atingir, ao se privilegiar o velho modelo adversarial na jurisdição estatal.

Quando se pensa no contencioso do Estado de São Paulo, o segundo maior litigante atrás da União e de suas autarquias, percebe-se que, a despeito de uma ampla possibilidade que o sistema oferece, de permitir tanto ao cidadão de ver seu direito protegido, ou mesmo de ter uma mera resposta estatal, quanto ao Estado de ver o erário protegido, o sistema não atinge a sua potencialidade, sendo reservado somente a um ou outro processo.

(ii) Disponibilidade do direito, transigibilidade e possibilidade de acordos

Trata-se de um dos temas do direito administrativo em que há maior divergência, eis que a percepção da existência de certas margens de disponibilidade de direitos para a Administração Pública vai de encontro ao tradicional "princípio da indisponibilidade" consagrado pela nossa doutrina.

---

30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1º. O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária."

[30] Lei n. 13.140/2015: "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."

[31] Lei n. 9.307/96: "Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1° A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)."

Aqui decerto não se está tratando dos procedimentos, mas sim do direito material envolvido e sua disposição.

Essa análise se faz necessária, eis que aquilo que não se poderia dispor dificilmente estaria à margem de um acordo, negociação, conciliação, mediação ou arbitragem, frente ao princípio citado. Via de regra, a disponibilidade do direito é um pressuposto para a utilização de métodos alternativos à jurisdição estatal e à sentença judicial.

Note-se que, no âmbito do direito público, a visualização de tais *margens de disponibilidade de direitos* se dá de forma mais turva do que no direito privado, no qual facilmente se vislumbra o que é o *patrimonial versus o extrapatrimonial*. E, dentre os direitos patrimoniais, ou seja, os expressivos em moeda, quais são os disponíveis e quais são os indisponíveis, num maior ou menor grau.[32]

No âmbito do direito público, tal fenômeno se mostra muito mais complexo, eis que, via de regra, o sistema, da forma que foi construído, impõe ao direito público a regra da indisponibilidade. Essa regra é uma falsa premissa, eis que a todo momento a Administração dispõe de direitos, firma acordos, realiza parcelamentos e possui também atividades negociais. Costuma-se lecionar que certos ramos do direito são forjados pela indisponibilidade, como o direito ambiental[33], o direito eleitoral, o direito penal[34] e o direito tributário[35]. Não se nega que *a priori* tais ramos são *ab initio* indisponíveis somente

[32] No sentido da desvinculação do conceito de disponibilidade do direito para a adoção de critério da patrimonialidade do direito envolvido na arbitragem: RICCI, Edoardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007; MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, v. 12, n. 64, p. 85-104, nov./dez. 2010.

[33] No sentido da arbitrabilidade das consequências patrimoniais advindas do exercício ou lesão ao direito ambiental: GRINOVER, Ada Pellegrini. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 136, p. 249-267, jun. 2006; MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015; SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 122, p. 151-166, abr. 2005.

[34] Fica patente o não cabimento em causas penais, matéria que já foi enfrentada pela jurisprudência, ainda que antiga, conforme aponta Erico Ferrari Nogueira: "Não se tem admitido arbitragem nas causas penais." (NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização na administração pública. *Revista da AGU*, v. 8, n. 21, p. 129, jul./set. 2009).

[35] Heleno Taveira Torres defende a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias nas questões fiscais e tributárias, deparando com os mesmos problemas decorrentes do conceito de direito indisponível: "O que vem a ser especificamente a indisponibilidade do crédito tributário? [...] E como o

por estarem classificados como ramos do direito público. Ocorre que o exercício dos direitos e as relações jurídicas advindas de tais ramos do direito público podem ser disponíveis e ainda admitirem a transação

Por ora, atenta-se a uma doutrina que tenta classificar direitos aptos a algum grau de *acordo* por parte da Administração Pública conforme sua natureza: direitos patrimoniais, direitos transmissíveis, direitos disponíveis[36] e direitos envolvendo a *contratualidade* administrativa[37]. Há ainda a clássica divisão da disponibilidade e,

---

conceito de tributo, até hoje não definido satisfatoriamente, acompanha também essa indeterminação conceitual de sua indisponibilidade, avolumam-se as dificuldades para que a doutrina encontre rumo seguro na discussão do problema. Porquanto 'tributo' e 'indisponibilidade' não sejam conceitos lógicos, mas sim, conceitos do direito positivo, variáveis segundo cultura de cada nação, próprios de cada ordenamento, será o direito positivo a dar os contornos do que queira denominar de 'direito indisponível', inclusive suas exceções (direito inalienável *inter vivos*, direito intransmissível *mortis causa*, direito irrenunciável, direito não penhorável etc.)." (TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 86, p. 40-64, 2003). No mesmo sentido, Alexandre Monteiro e Leonardo Castro, defendendo o cabimento da arbitragem em matéria tributária, valem-se da Lei n. 9307/96: "Assim, sob o argumento de evitar-se contenciosos generalizados e massivos, desafogar a estrutura judicial atual, dar celeridade aos conflitos, diminuir os custos processuais, fornecer maior tecnicidade às decisões proferidas e maior conhecimento em relação aos casos objeto de controvérsia, a arbitragem mostra-se uma excelente alternativa para a solução de conflitos de matéria tributária, tanto internamente como externamente." (MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes. Direito tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 17, n. 88, p. 18-47, set./out. 2009). E também: RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. *Revista Tributaria e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 13, n. 60, p. 223-247, jan./fev. 2005. Contrário ao cabimento da arbitragem em direito tributário, defendendo ainda a inconstitucionalidade do instituto quanto ao seu caráter jurisdicional: WALTER, Carlos Humberto. Jurisdição constitucional e procedimentalidade arbitral no estado de direito democrático. *Revista Tributaria e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 16, n. 79, p. 98-108, mar./abr. 2008.

[36] Edoardo Ricci, tomando por base a dicção do artigo 852 do Código Civil ("É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial"), acena para uma possível desnecessidade do critério da disponibilidade, ganhando relevo, por sua vez, a percepção do direito patrimonial: "Excluída a arbitragem nas específicas matérias mencionadas pelo art. 852, o caráter disponível do objeto da lide não é mais exigido expressamente como pressuposto." (RICCI, Edoardo F., Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas, *in Arbitragem*: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*, cit., p. 410).

[37] "Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direito patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização destes últimos é alcançada mediante disposição daqueles. [...]. Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem." (GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 20, 2000).

portanto, a possibilidade de *acordos*, segundo se tratar de interesses primários ou secundários da Administração.[38]

Conclui-se que a doutrina administrativista vem buscando analisar o direito em disputa quanto à sua natureza para, a partir daí, classificá-lo quanto à possibilidade de transação ou acordo. Sob essa perspectiva, é impossível a formação de um modelo único que permitisse compreender a suscetibilidade dos litígios à composição por meio de "acordos".

Aparentemente o fenômeno ganha mais relevância se observado *a contrario sensu.* Questiona-se, portanto, quais seriam os direitos pertencentes à Administração que não poderiam ser objeto de qualquer grau de disposição ou acordo?

Nesse contexto, reconhece-se que há um cenário de direitos (ou poderes administrativos) que não podem ser negociados pela Administração: são os chamados poderes extroversos da Administração, ou seja:

> A esse poder estatal de emitir normas e de exercer o seu império e força, interferindo na esfera jurídica dos indivíduos, constituindo unilateralmente obrigações aos demais sujeitos, é que se dá o nome de poder extroverso. No âmbito dos contratos administrativos costuma-se usar a expressão poderes exorbitantes como revelação de uma posição jurídica de superioridade.[39]

Dentre esses poderes, ainda se encontram a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade, tradicionalmente vistos como atributos dos atos administrativos.

Com isso, quer-se concluir que a possibilidade de firmar "acordos" quanto a modelos decisórios pode ter como ponto de partida a tentativa de localizar os direitos dos quais a Administração não pode abrir mão, para, a partir daí, localizar uma margem de disponibilidade.

---

[38] Definição tradicional aquela encontrada na obra de Celso Antonio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 55).

[39] ALVES, Marcus Vinicius Armani. 2016. 257 p. A *Fazenda Pública na arbitragem*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 171.

Note-se que nesse cenário o tratamento legislativo dado para a conciliação, a mediação e a arbitragem não é o mesmo.

A Lei de Mediação trata da possibilidade de utilização da mediação ao conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Nesse caso, para a resolução total ou parcial do conflito, o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Nesse sentido, aponta Mauricio Tonin quanto à possibilidade de transação de direitos indisponíveis:

> A propósito, não só direitos da Administração devem ser considerados. Todos os direitos dos contratados e administrados perante Administração representam para esta um dever. O cumprimento deste dever não pode ser ignorado pelo Poder Público, sob pena de ofensa ao direito de um particular, de uma coletividade ou de toda a sociedade. Assim, todos os deveres da Administração Pública estão inseridos neste plexo de relações obrigacionais e, consequentemente, no contexto da negociabilidade, ainda que sejam relativos a direitos indisponíveis. Ressalte-se que não é só porque a Administração Pública possui direitos patrimoniais disponíveis que o administrador pode deles dispor como lhe interessar. Em outras palavras, o administrador público não possui carta branca para abrir mão de direitos estatais. O mesmo se aplica à transação sobre direitos indisponíveis. Deve o representante fazê-lo de acordo com o interesse público e em observância à legalidade, especialmente para observar direitos de contratados e administrados. O ato do administrador que dispuser, sem observância da lei, de direitos do ente público pode ensejar responsabilidade funcional, civil e criminal, podendo também configurar ato de improbidade administrativa.[40]

Por sua vez, a Lei de Arbitragem diz que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Por sua vez, a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Aparentemente, há uma aplicação do conceito de acordo advindo da Lei de Mediação, ao permitir que conflitos que, embora envolvam direitos indisponíveis, admitam a transação, o que será analisado.

---

[40] TONIN, Mauricio Morais. Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos. *In*: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges. (org.). *Temas de mediação e arbitragem III*. 3. ed. São Paulo: Lex Editora, 2019. p. 185.

(iii) Possibilidade dos advogados públicos ou autoridades competentes transigirem ou celebrarem acordos quanto ao método de resolução do conflito

Faz-se necessário analisar a capacidade do agente público participar da escolha do método mais adequado para a obtenção de "acordos", entre os métodos consensuais e adequados de resolução de controvérsias alternativos à sentença.

Conforme estipula a Constituição Federal (CF) no artigo 132, cabe aos procuradores dos Estados e do Distrito Federal verdadeira função de representação[41], ou até mesmo, em alguns casos, de "*presentação*" do ente público nas três esferas de poder.

Entende-se assim que o único cenário em que seria viável a estipulação de um negócio jurídico, em que se disponha tanto do ritual quanto da matéria, é aquele em que o advogado público tenha algum grau de disponibilidade do direito.

A princípio, o novo CPC traz alguma luz quanto à disponibilidade de ritos no seu artigo 190[42], ao estabelecer que em se tratando de direitos que admitam autocomposição, ou seja, a própria transação, as partes, desde que dotadas de capacidade negocial, podem estipular mudanças no procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Assim, trata-se da nítida possibilidade de construção do procedimento que melhor convenha às partes, de certo não podendo afastar as normas cogentes do sistema.

Para isso, cabe ao juiz da causa velar pela validade das convenções, recusando aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão, em

[41] A Lei de Mediação traz em seu bojo verdadeira cláusula geral de acordos por meio da mediação, inclusive a mediação por adesão, a ser realizada pela AGU. Tal órgão é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, nos termos do artigo 131 da CF.

[42] Quanto à possibilidade das partes poderem celebrar negócios jurídicos processuais: "A autorregulação entre as partes mediante celebração de negócios jurídicos processuais acerca de aspectos procedimentais da ação judicial que porventura mantenham entre si vê-se prestigiada nestes arts. 190 e 191." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. *Primeiros comentários ao novo Código de processo civil*: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 397).

que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Aqui residem justamente os limites aplicáveis a essa negociação.

É cediço que diversos autores já apontavam algum grau de negociabilidade no CPC de 1973, como, por exemplo, no artigo 158[43], não se tratando, portanto, de fenômeno novo do direito processual brasileiro. Independentemente de tratar da *disponibilidade de ritos, que versa sobre matéria processual, interessa também a disponibilidade do direito material*, ou seja, o advogado público pode procurar um "melhor negócio" para seu cliente, no caso, a Administração.

Percebe-se que no âmbito da União, a Lei n. 9.469/97[44] traz diversas hipóteses em que são possíveis "*acordos*" administrativos, trazendo um balizamento para tanto por alçada, atingindo os diversos níveis da hierarquia institucional.

Contudo, foi a Lei de Mediação que trouxe um verdadeiro marco legal para que as Advocacias Públicas passassem a aderir a esse mecanismo alternativo de solução de controvérsias, inclusive por meio da mediação por adesão.

Parece, contudo, que mesmo com tais balizamentos, obstáculos burocráticos ainda não permitem a transação em litígios envolvendo a Administração Pública. No âmbito da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) também se prevê a possibilidade de tais acordos.[45]

---

[43] CPC/73: "Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença."

[44] Lei n. 9.469/97: "Art. 1º. O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. (Redação dada pela Lei nº 13.140, de 2015)."

[45] "Artigo 4º. A Procuradoria Geral do Estado, observado o disposto no inciso X do artigo 7º, poderá reconhecer a procedência de pedidos formulados em ações judiciais, deixar de propô-las, desistir das já propostas ou transigir em relação ao objeto litigioso, bem como deixar de interpor recursos ou desistir dos já interpostos. [...] Artigo 7º. Além das competências previstas na Constituição Estadual e em lei, cabe ao Procurador Geral: [...] X - desistir, transigir, firmar compromisso e confessar nas ações de interesse da Fazenda do Estado; [...] Artigo 23. Compete às Assistências a seguir relacionadas, integrantes da Subprocuradoria Geral do Contencioso Geral: [...] II - à Assistência de Políticas Públicas: [...] e) opinar sobre a celebração de acordos em ações coletivas que versem sobre políticas públicas e sobre a formalização de termos de ajustamento de conduta no âmbito de inquéritos civis, sem prejuízo da manifestação da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral". As "Rotinas do Contencioso da Procuradoria Geral do Estado" trazem hipóteses permissivas de "acordos", mas na prática, ante a burocracia associada ao risco de questionamentos externos, acabam sendo deixadas para um segundo plano, em relação à ação judicial.

Ainda assim, a experiência prática evidencia que poucos acordos são realizados, em razão da burocracia e do temor de que órgãos de controle, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, questionem seus acordos e o manejem ações de improbidade administrativas, questionando a destinação da coisa pública.

Importante inovação legislativa veio com a Lei de Mediação, ao conferir à advocacia pública importante papel nos acordos, mostrando que ao representante legal da Administração Pública federal foi reservado o papel central nos atos de disposição do Estado.[46]

Daí se compreender a dimensão que a advocacia pública ganha, ao se tornar o grande propulsor de alternativas à jurisdição estatal, na solução de controvérsias da Administração.

(iv) Adequação do litígio ao modelo escolhido

Ao analisar este ponto, devemos demonstrar as vantagens e desvantagens na utilização de meios alternativos de solução de controvérsias, em relação à jurisdição

[46] Lei n. 13.140/2015: "Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.§ 1º. Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.§ 2º. Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.§ 3º. A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia. § 4º. A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa. § 5º. Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa. § 6º. A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão. Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. § 1º. Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta. § 2º. Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas. § 3º. A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.§ 4º. Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator."

estatal. Por óbvio não se nega que o sistema multiportas é amplo e envolve não apenas a jurisdição estatal, mas a coloca ao lado das demais opções, ao criar um sistema maior e mais amplo de justiça.

Para isso, é indispensável a confiança e a segurança jurídica de tais mecanismos, sob pena de que falhe em atingir seu objetivo. Isso decerto implica em uma mudança na forma de compreender os conflitos entre Estado e cidadãos, de maneira a buscar a forma mais adequada de solução dos litígios que entre eles existam. É o que aponta Kazuo Watanabe sobre a necessidade da mudança da cultura jurídica em nosso país:

> Além do aspecto cultural indicado, o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e medição é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada fundamentalmente, para solução contenciosa e adjudicada de conflito de interesses, ou seja, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio do processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui uma solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do certo ou errado, "preto ou branco", sem qualquer espaço para adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade do caso.[47]

A jurisdição estatal está inserida no sistema de justiça "multiportas", ou seja, é apenas mais uma forma de solução de conflitos posta à disposição das partes, e com uma proposta bem definida. Ao lado dela, estão os chamados métodos alternativos e adequados, fundados basicamente nos valores da *autonomia da vontade* e *disponibilidade do direito*.

Nesse sentido, o presente estudo procura demonstrar que existem métodos mais adequados e decerto mais eficientes para atingir o princípio constitucional da eficiência administrativa.

Ao lado deles, defende o uso do *critério da adequação*, para determinar a utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias pela Administração Pública.[48]

---

[47] WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coord). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 685.

[48] Segundo os elementos apontados por Marcelo Bonizzi para identificar a arbitragem como adequada para um determinado litígio, podemos apontar alguns fatores a serem analisados: i) o critério de custo *v*. benefício, ou seja, o custo financeiro da arbitragem; ii) o fator temporal, ou seja, a duração do processo arbitral em relação ao processo judicial; iii) o fator estratégico, como, por exemplo, imposições do sistema creditício internacional; e iv) a especialidade dos árbitros, para a solução de casos de grande complexidade. Além disso, a arbitragem pode ser considerada um negócio jurídico processual típico, eis que sua previsão legal, ou seja, a sua tipicidade, se encontra prevista, quanto à forma, em lei (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, n. 45, p. 155-174, abr./jun. 2015).

No entanto, não se nega que algum grau de processualização por parte da Administração, em expediente interno para escolha da arbitragem, deve seguir os parâmetros da *boa administração* pregada por Sabino Cassese.[49]

Tal procedimento deve ser transparente e público, para deixar claro quais os caminhos intelectuais perseguidos pelo administrador, permitindo que toda a sociedade civil possa exercer a *accountability* do uso da arbitragem, bem como o controle do uso "adequado" de tal forma de solução de controvérsia envolvendo conflitos da Administração Pública.

(v) Vantagens do uso de meios alternativos e adequados de solução de controvérsias pela Fazenda Pública

Pretende-se demonstrar as vantagens e desvantagens da possibilidade de se valer de métodos alternativos de solução de controvérsias, para demonstrar a possibilidade de seu uso.

(vi) Limitação do estudo ao contencioso geral, excluindo demandas tributárias

No Estado de São Paulo, o processo tributário apresenta particularidades, decorrentes da opção pelo protesto da certidão da dívida ativa e dos sucessivos programas de parcelamento de débitos fiscais (PPD e PPI), em consequência do que o número de processos da área tributária chegou a cair para menos de 50% do que antes de que tais programas fossem adotados, gerando então uma distorção nos números apresentados pelo contencioso geral.

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo como um grande litigante: compreendendo o contencioso de massa

Dentre os inúmeros fatores que levaram a uma verdadeira explosão dos litígios envolvendo a Fazenda Pública, e aqui esquiparam-se as esferas estadual e federal, podem-

[49] CASSESE, Sabino, Tendenze e problemi del diritto ammnistrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, n. 4, p. 901-912, 2004.

se elencar alguns fatores que, se não são individualmente os causadores do atual problema, são concausas de um perverso somatório. Passemos a analisá-los:

1. Ausência de um contencioso administrativo

O atual modelo de jurisdição una no Brasil não é uma novidade e se baseia na importação do modelo lusitano. Não é de se estranhar que, ao lado da experiência da arbitragem, em que se costuma falar em uma verdadeira *jurisdição arbitral* e a *justiça desportiva* constitucionalmente prevista, pouco espaço é encontrado para um segundo sistema de justiça obrigatório, senão a estatal.

Ao se falar de modelo de jurisdição una *v.* modelo de contencioso administrativo, impossível não retomar o modelo francês de tribunais administrativos. Em apertada síntese, num modelo de contencioso administrativo, as causas envolvendo o Estado, aqui compreendido dentro de um conceito de Administração Pública, deverão ser jugados pela Justiça especial chamada de Conselho de Estado.

Embora remontando à Idade Média, sob o antigo regime, o Conselho do Rei tinha a função de resolver os litígios administrativos. Na era de Luiz XIV, o conselho real passou a ter suas funções esclarecidas e ligadas essencialmente a litígios de finanças e de administração. Foi, portanto, o embrião de uma jurisdição própria que viria a se consolidar anos depois.

Foi em momento antecedente à Revolução Francesa que começou um verdadeiro processo de separação entre as funções estatais. Até então, tudo estava de certa forma concentrado na monarquia. Foi ao redor de 1790, a partir da Assembleia Nacional Constituinte, que se iniciou em termos práticos a separação de poderes, de maneira que a administração deixou de estar à mercê do Poder Judiciário, ao se criar um sistema pelo o qual o poder público deveria ser julgado por uma jurisdição própria. Dessa forma, em 1799, instituiu-se o Conselho de Estado.[50]

[50] "O artigo 52 da Constituição de 22 frimaire ano VIII (13 de dezembro de 1799) estabeleceu o Conselho de Estado. Ele recebeu uma dupla missão administrativa (para participar da redação dos textos mais importantes) e contenciosa (para resolver os litígios relacionados à administração)". No original: "*L'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) institua le Conseil d'État. Il reçut une double mission administrative (participer à la rédaction des textes les plus importants) et contentieuse (résoudre les litiges liés à l'administration).*" (Les origines du Conseil d'État. Disponível em: https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/histoire-patrimoine/les-origines-du-conseil-d-etat. Acesso em: 20 set. 2019).

Mantido pelo governo de Napoleão, que aliás foi o primeiro cônsul, buscou-se em sua gestão manter a tradição de separação de jurisdições, associada ainda às conquistas do movimento revolucionário. Do modelo que nos interessa, foi somente após a Segunda Grande Guerra que o Conselho de Estado francês se consolidou como órgão de consulta obrigatória para todos os projetos de lei.[51]

Estruturalmente, o *contencioso administrativo francês* mostra ter potencialidades a serem copiadas pelo modelo brasileiro. Nota-se que poderia representar mais uma forma de solução de determinados litígios em face do Estado, que no modelo de hoje basicamente é conhecido somente por meio dos *tribunais de impostos de taxas* ou ainda do *contencioso de agências reguladoras.* Recorda-se ainda a chamada jurisdição desportiva, cujo esgotamento é obrigatório.[52]

No modelo francês, por meio da reforma de 1953, organizou-se a Justiça administrativa em dois graus de jurisdição: os tribunais administrativos locais de primeiro grau (no total de 42, criados no lugar dos conselhos de prefeitura), com função de julgar os litígios comuns em face da Administração Pública, e o Conselho de Estado, o segundo grau, de jurisdição recursal, com função de reanalisar os casos mais relevantes. Em nova reforma de 1987, tornou-se o Conselho de Estado uma espécie de *supremo tribunal federal administrativo*, organizando por fim a jurisdição em juízes administrativos de primeiro grau, tribunais de apelação administrativos e Conselho de Estado.

Percebe-se que no modelo francês, a função estatal de julgar os litígios entre Estado e cidadão está reservada à própria Administração, e não ao Judiciário. No modelo brasileiro, todas as demandas, ainda que eventualmente julgadas por tribunais administrativos, podem ser levadas ao Poder Judiciário, impondo assim a necessidade de verdadeiros julgadores especializados, tais como as varas especializadas da fazenda pública.

---

[51] Portaria de 31 de julho de 1945.

[52] CF: "Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados: § 1 . O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2 . A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final. § 3 . O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social."

Pode-se apontar nesse modelo um dos fatores que fazem a enorme quantidade de litígios serem levadas ao Judiciário, quando a Fazenda Pública é parte no processo. E mais, ainda que eventual contencioso administrativo fosse criado, ele não seria obrigatório, e ainda que o cidadão quisesse levar o caso a esse tribunal, ainda poderia levá-lo ao Judiciário, ante a inafastabilidade da jurisdição. O problema é que, pela forma como a jurisdição una está conformada dentro do nosso sistema constitucional, eventual reforma no sentido apontado poderia ser considerada inconstitucional, por afronta a cláusulas pétreas.

2. Advento da Constituição de 1988 e a garantia de um amplo acesso à justiça

A Constituição de 1988 definiu que "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". Trata-se do princípio constitucional da igualdade, que trouxe verdadeiras liberdades públicas e garantias individuais.

Se de um lado auferiu direitos, de outro trouxe a garantia do exercício desses direitos por meios do amplo acesso à justiça. Dessa forma, se a "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", de outro, cabe ao cidadão fazer valer tais garantias, sobretudo em face do Estado.

Em se tratando da Administração Pública, podemos apontar o fenômeno da judicialização de direitos sociais − educação, saúde, moradia, transporte público, previdência social − crescente em nosso páis. Assim, num sistema de amplo acesso à justiça, não bastasse a judicialização dos direitos privados próprios do contencioso de massa, ao qual a população está sujeita todos os dias, passou-se ao fenômeno de judicialização de políticas públicas, ou seja, a implementação por parte do Estado dos direitos sociais do cidadão, o que se pode dar tanto por meio de ações individuais como coletivas, ou ainda a execução individual das ações coletivas.

A implementação dessa política de ativismo judicial que vige no modelo brasileiro abrigou a verdadeiras intervenções do Poder Judiciário na implantação de políticas constitucionalmente cometidas ao Executivo, e mais, franqueou ao jurisdicionado, por meios de *class actions,* a discussão dessa implementação.

Hoje não se pode negar tal fenômeno, levando ao exponencial aumento de ações, tanto individuais, em que se buscam direitos individuais, como fármacos, se discutem aposentadorias e vagas em creche, como aquelas em que se discute a própria política estatal, manejadas nas ações coletivas *lato sensu*.

Soma-se ainda o fato de a Constituição de 1988 ter previsto inúmeros *graus recursais* na linha vertical e ampla possibilidade de discussão na linha horizontal, além dos recursos ordinários previstos na legislação processual. Assim, causas que normalmente terminariam em segundo grau, são levadas, tanto pela Fazenda Pública, como pelo cidadão, até a corte constitucional, ampliando em muito o fenômeno da judicialização. Assim, o chamado princípio do duplo grau de jurisdição ganha um caráter de ao menos *quatro graus recursais.* Matérias que deveriam parar nos Tribunais de Justiça locais são levadas, sem o menor pudor, sobretudo pelo contencioso público, visando a uma palavra final do Supremo Tribunal Federal.

3. Mito da indisponibilidade de direitos e bens públicos, impossibilitando a Fazenda Pública de celebrar acordos

A ideia de que a Fazenda Pública não pode dispor de bens e direitos é enraizada na Administração Pública e nos gestores, fazendo com que não se transija, não se abra mão de quase nenhum direito, senão pela vontade judicial. São sempre lembradas neste momento as lições de Celso Antônio Bandeira de Melo e de Ricardo Marcondes Martins, que nos dias de hoje ainda defendem a impossibilidade de a Fazenda Pública valer-se da arbitragem, em decorrência da indisponibilidade dos bens e direitos públicos.[53]

Na visão tradicional do direito, por vezes conservadora, são plenamente inidentificáveis o interesse público coletivo e o mero interesse da pessoa jurídica de direito

[53] MARTINS, Ricardo Marcondes, Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema, cit., p. 85-104.

público em questão, que ora são idênticos, ora diferenciados. Os autores italianos fazem a clássica distinção entre o *interesse público* propriamente dito, que é o interesse coletivo, também denominado *interesse primário*, e o *interesse secundário*.

Na visão tradicional de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> O interesse primário é aquele da sociedade como um todo, e este é que é validamente protegido pelas normas processuais que conferem privilégios à Fazenda Pública, enquanto seu representante. Interesse secundário é aquele que diz respeito ao ente estatal, entidade despersonalizada, que tem interesses pelo simples fato de ser pessoa reconhecida pelo direito.[54]

De outro lado, o constante receio de cometer atos de improbidade administrativa ao dispor de direitos faz com que o gestor prefira simplesmente não fazer acordos, e dessa forma não se submeter a eventuais questionamentos pelos órgãos de controle sobre os atos praticados. Não se preocupam com a *boa administração*, eis que muitas vezes, tal como na vida negocial de empresas, a gestão impõe valer-se de negociação e acordos. Para tentar corrigir tal discrepância, a Lei n. 13.665/2018, que alterou a LINDB, procurou dar mais segurança ao administrador público, sobretudo prevendo que a decisão invalidadora de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Pretende-se com isso dar maior segurança ao administrador e, quem sabe, por via oblíqua, culminar com um maior número de acordos administrativos.

4. Ausência no passado e o não uso de instrumentos de resolução de conflitos em massa, tais como o incidente de resolução de conflitos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)

A ausência de mecanismos de solução de controvérsias em massa levou a um grande acúmulo de litígios repetitivos no contencioso, sobretudo do Estado de São Paulo. Conforme se demonstrará pelos números do contencioso geral, no ano de 2019 provavelmente se chegará à cifra de 1,1 milhões de processos acumulados. A tradicional forma de se litigar, até o advento da Lei n. 7.437/85, em um contencioso de massa

[54] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 55.

tradicionalmente previsto, era o litisconsórcio multitudinário. Tal forma, em relação aos particulares, foi mantida, sobretudo visando à fixação de honorários advocatícios. Isso, contudo, mudou de certa forma, eis que agora, em sede de execução, foi prevista a possibilidade de honorários em execução individual, decorrente da aplicação da Súmula n. 345 do STJ.[55]

Após a edição da Lei da Ação Civil Pública, combinada com o Código de Defesa do Consumidor, os instrumentos previstos da CF (mandado de segurança coletivo, *class action*) e o advento do CPC, os litígios de massa poderiam ser, em tese, passíveis de manejo por meio de ação única.

[55] "PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DECORRENTE DE AÇÃO COLETIVA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. MUDANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 345 DO STJ. INCIDÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a controvérsia relativa à condenação em honorários advocatícios na execução não embargada é de natureza infraconstitucional. 2. Sob a égide do CPC/1973, esta Corte de Justiça pacificou a orientação de que são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas (Súmula 345), afastando, portanto, a aplicação do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997. 3. A exegese do art. 85, § 7º, do CPC/2015, se feita sem se ponderar o contexto que ensejou a instauração do procedimento de cumprimento de sentença, gerará as mesmas distorções então ocasionadas pela interpretação literal do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 e que somente vieram a ser corrigidas com a edição da Súmula 345 do STJ. 4. A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo é a de que, nos casos de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública em que a relação jurídica existente entre as partes esteja concluída desde a ação ordinária, não caberá a condenação em honorários advocatícios se não houver a apresentação de impugnação, uma vez que o cumprimento de sentença é decorrência lógica do mesmo processo cognitivo. 5. O procedimento de cumprimento individual de sentença coletiva, ainda que ajuizado em litisconsórcio, quando almeja a satisfação de direito reconhecido em sentença condenatória genérica proferida em ação coletiva, não pode receber o mesmo tratamento pertinente a um procedimento de cumprimento comum, uma vez que traz consigo a discussão de nova relação jurídica, e a existência e a liquidez do direito dela decorrente serão objeto de juízo de valor a ser proferido como pressuposto para a satisfação do direito vindicado. 6. Hipótese em que o procedimento de cumprimento de sentença pressupõe cognição exauriente − a despeito do nome a ele dado, que induz à indevida compreensão de se estar diante de mera fase de execução −, sendo indispensável a contratação de advogado, uma vez que é necessária a identificação da titularidade do exequente em relação ao direito pleiteado, promovendo-se a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, o que torna induvidoso o conteúdo cognitivo dessa execução específica. 7. Não houve mudança no ordenamento jurídico, uma vez que o art. 85, § 7º, do CPC/2015 reproduz basicamente o teor normativo contido no art. 1º-D da Lei n.9.494/1997, em relação ao qual o entendimento desta Corte, já consagrado, é no sentido de afastar a aplicação do aludido comando nas execuções individuais, ainda que promovidas em litisconsórcio, do julgado proferido em sede de ação coletiva *lato sensu*, ação civil pública ou ação de classe. 8. Para o fim preconizado no art. 1.039 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese: 'O art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsócio'. 9. Recurso especial desprovido, com majoração da verba honorária." (STJ − REsp n. 1.648.238/RS, Corte Especial, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 20.06.2018, *DJe*, 27.06.2018).

Isso não impediu que litigantes individuais continuassem a proliferar, e mais, não impediu as execuções individuais, que também se tornaram litígios individuais com a fase de conhecimento suprida.

Note-se que tais instrumentos, ainda que vencida alguma fase do processo, como o processo de conhecimento, não impediram o litigio executivo individual.

A outra face diz respeito ao fato de a Fazenda Pública do Estado de São Paulo não se valer, ou melhor, se valer pouco de instrumentos de solução de litígios em massa, como a provocação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). No caso de São Paulo, pouquíssimos IRDR foram propostos, ganhando relevo somente aquele versando sobre o adicional de local de exercício (ALE) de policiais militares que, não tendo sido obtido efeito suspensivo das demandas, e em vista das sucessivas derrotas, acabou por se incorporado por lei como gratificação devida aos policiais.

5. Falta de vontade política, rolagem de dívida e falta de orçamento

Outro aspecto que impediu uma solução mais breve, ou mesmo administrativa de litígios ou por meios alternativos de solução de controvérsias, foi a possibilidade de *rolar a dívida* por meio de precatórios. Note-se que tal prática na Administração Pública brasileira já vem se consolidando em todas as esferas, seja municipal, estadual ou federal.

Os antecedentes históricos dão como origem a Constituição de 1934, que previu o regime jurídico dos precatórios, tratando das chamadas dívidas da Fazenda Nacional nos seguintes termos:

> Art. 182. Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais.
> Parágrafo único. Estes créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preterição da sua precedência, autorizar o sequestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República.

Não havia a previsão de seu uso nas Constituições estaduais.

Já a Constituição de 1937, a *polaca*, trouxe a previsão de necessidade de inserção no orçamento de quantia suficiente para quitação, mantendo assim o seu caráter de organização da dívida pública.

Por sua vez, a Constituição de 1946 passou a prever sua utilização pela União, Estados e Municípios, incumbindo, tal qual os textos mais modernos, o presidente do Tribunal de Justiça pela expedição. O não cumprimento desse dever implicaria em crime de responsabilidade.

Somente na Constituição de 1988 é que o tratamento dos precatórios ganhou os contornos atuais e passou a ser um forte instrumento de rolagem de dívida e ganho de fôlego orçamentário por parte da Administração.

Não se nega que até então já havia a possibilidade de se desincumbir do pagamento de valor, o que se dava essencialmente por questões ligadas à inflação e perda de valor da moeda.

Porém, com a estabilidade financeira advinda do Plano Real, os precatórios que deveriam ser pagos no exercício financeiro seguinte se tornaram um grande estorvo para o administrador público, sobretudo ante a pressão do suposto cometimento de crime de responsabilidade e a possibilidade de intervenção no ente em mora.

A partir daí o Estado brasileiro, em suas três esferas, passou a utilizar o instrumento do precatório não como um instrumento contábil para organizar a dívida pública para o exercício fiscal seguinte, mas sim como instrumento financeiro, passando a rolar a dívida para os anos e exercícios seguintes.

Por meio da Emenda Constitucional n. 30, previu-se uma verdadeira moratória, rolando a dívida para até dez anos para frente.[56]

[56] "Art. 2º. É acrescido, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 78, com a seguinte redação: 'Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (AC) § 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor. (AC) § 2º As prestações

Passados dez anos da Emenda Constitucional n. 30, adveio a Emenda Constitucional n. 62, permitindo aos entes um prazo de até quinze anos para liquidação do estoque de precatórios, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) declarado sua inconstitucionalidade.[57]

---

anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. (AC) § 3º O prazo referido no *caput* deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse. (AC) § 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o sequestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação. (AC)'."

[57] "Direito constitucional. Regime de execução da Fazenda Pública mediante precatório. RE 989268/RS Emenda Constitucional nº 62/2009. Inconstitucionalidade formal não configurada. Inexistência de interstício constitucional mínimo entre os dois turnos de votação de emendas à Lei Maior (CF, art. 60, § 2º). Constitucionalidade da sistemática de 'superpreferência' a credores de verbas alimentícias quando idosos ou portadores de doença grave. Respeito à dignidade da pessoa humana e à proporcionalidade. Invalidade jurídico-constitucional da limitação da preferência a idosos que completem 60 (sessenta) anos até a expedição do precatório. Discriminação arbitrária e violação à isonomia (CF, art. 5º, *caput*). Inconstitucionalidade da sistemática de compensação de débitos inscritos em precatórios em proveito exclusivo da Fazenda Pública. Embaraço à efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeito à coisa julgada material (CF, art. 5º XXXVI), ofensa à separação dos poderes (CF, art. 2º) e ultraje à isonomia entre o estado e o particular (CF, art. 1º, *caput*, c/c art. 5º, *caput*). Impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária. Violação ao direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Inadequação manifesta entre meios e fins. Inconstitucionalidade da utilização do rendimento da caderneta de poupança como índice definidor dos juros moratórios dos créditos inscritos em precatórios, quando oriundos de relações jurídico-tributárias. Discriminação arbitrária e violação à isonomia entre devedor público e devedor privado (CF, art. 5º, *caput*). Inconstitucionalidade do regime especial de pagamento. Ofensa à cláusula constitucional do estado de direito (CF, art. 1º, *caput*), ao princípio da separação de poderes (CF, art. 2º), ao postulado da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), à garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) e ao direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Pedido julgado procedente em parte. 1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, § 2º), de sorte que inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro *locus* da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira. 2. O pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional nº 62/2009. 3. A expressão "na data de expedição do precatório", contida no art. 100, § 2º, da CF, com redação dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, *caput*) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento. 4. O regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, *caput*), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*). 5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação

Insatisfeito, novamente o constituinte reformador, por meio da Emenda Constitucional n. 94, reduziu o prazo para o pagamento do estoque da dívida e permitiu ainda o acordo direto, perante juízos auxiliares de conciliação de precatórios, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não pendesse recurso ou defesa judicial, e que fossem observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado.

Dessa forma, o credor, que já se encontrava numa situação de espera há muito tempo, acabou por se sentir pressionado ao recebimento direito do valor, por meio de acordo, porém com um desconto de 40% do montante devido. Trata-se de uma forma de *acordo por adesão* em que a parte mais forte acaba por pressionar a parte mais fraca da relação a transacionar, sob pena de não ver seu direito material realizado.

Não bastasse tudo isso, uma nova modalidade orquestrada para evitar o pagamento das dívidas públicas foi a redução do limite do valor a ser pago por meio de ordem de pequeno valor (OPV).

O Estado de São Paulo, por meio do PL n. 899/2019 (convertido na Lei nº 17.205/19), visa a tal redução de limite de OPV. O fundamento é que a CF. em seu artigo 100, impõe aos Estados estabelecer o limite para atendimento de obrigações de pequeno valor. Tal regulamentação deve ser feita, portanto, por lei estadual própria, com valores distintos para as entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades

---

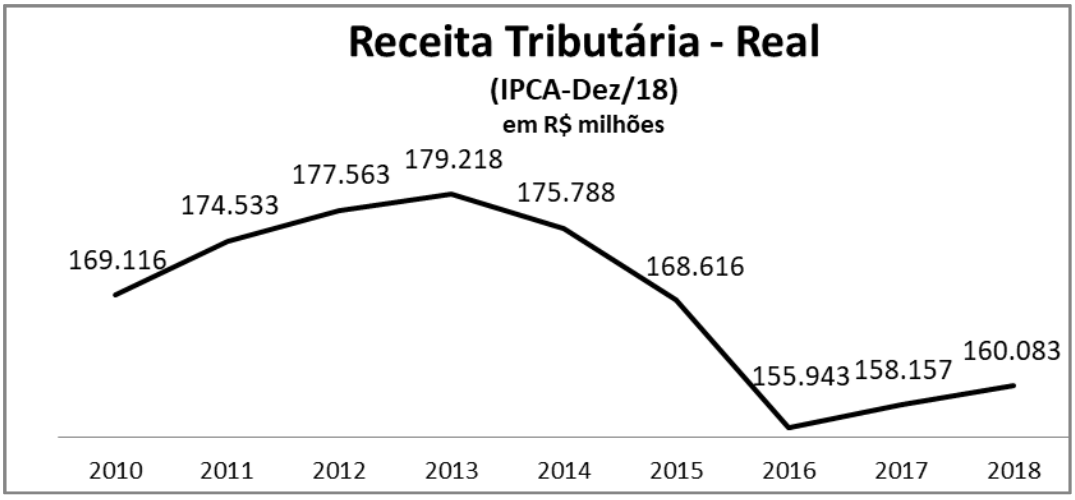
do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (*ex vi* do art. 161, § 1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão 'independentemente de sua natureza', contida no art. 100, § 12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. 8. O regime 'especial' de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte." (STF − ADI n. 4.425/DF, Pleno, rel. Min. Ayres Britto, j. 14.03.2013).

econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.[58]

Dessa forma, a solução encontrada pelo Estado de São Paulo seria empurrar o credor da obrigação de pequeno valor para a fila do precatório, aliviando dessa forma a fila de recebimento imediato em até 90 dias. O credor, ao ser enquadrado como titular de um precatório, passaria para a fila de precatórios, que hoje se encontra com um atraso de cerca de vinte anos.[59]

O fundamento contábil, motivo do projeto de lei, seria a queda da arrecadação associada ao crescimento dos credores. Segue abaixo o gráfico constante do projeto de lei.

Figura 1 – Receita Tributária



Ademais, o projeto de lei visando à redução dos limites a serem pagos, traz os seguintes valores, demonstrando o absurdo crescimento da dívida:

[58] Aponta o Projeto de Lei n. 899/2019: "Lei estadual n.º 11.377, de 14 de abril de 2003, que estabelece tal patamar em 1.135,2885 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – UFESPs, correspondendo, atualmente, a R$ 30.119,20 (trinta mil cento e dezenove reais e vinte centavos)."

[59] Aponta o Projeto de Lei n. 899/2019: "O novo valor proposto visa a equilibrar valores constitucionais fundamentais, em especial, a celeridade do pagamento de condenações judiciais de menor valor, a correspondência entre o que se define como uma obrigação de pequeno valor e a capacidade econômica do ente federativo, o equilíbrio financeiro do Estado de São Paulo e a continuidade de políticas públicas essenciais que estão sob a responsabilidade deste ente da Federação. Nesse sentido, é fundamental ressaltar a vertiginosa queda da receita tributária neste Estado, que, no exercício de 2018, foi inferior aos valores auferidos no exercício de 2010."

Tabela 1 – Dívida do Estado de São Paulo

Ano	Valor (em R$)	Processos	Credores
2003	2.441.277,03	não disponível	não disponível
2004	8.009.214,10	não disponível	não disponível
2005	33.504.362,33	não disponível	não disponível
2006	134.247.766,10	3.117	23.521
2007	218.044.236,82	3.159	32.294
2008	283.674.747,10	4.708	36.353
2009	486.456.091,29	6.542	63.574
2010	652.456.584,64	8.499	73.307
2011	546.095.620,27	9.025	63.585
2012	331.409.847,30	8.867	42.293
2013	314.123.576,23	11.670	46.787
2014	356.175.531,95	14.638	61.994
2015	295.739.892,76	11.447	39.749
2016	614.490.359,70	21.246	84.884
2017	735.821.842,01	35.363	115.049
2018	556.092.337,20	29.294	87.790
2019 (até jul.)*	1.115.845.170,06	64.467	181.725

* inclui R$ 311.816.146,47 de restos a pagar de 2018 (53.135 credores em 18.622 processos)

Afirma o governo que:

> [...] de acordo com os dados atualmente disponíveis, os valores a despender a título de obrigações de pequeno valor, em 12 (doze) meses, sob o regramento vigente, será de R$ 1.582.400.000,00 (um bilhão quinhentos e oitenta e dois milhões e quatrocentos mil reais). Pela presente proposta, o pagamento de obrigações de pequeno valor, no mesmo período, representará R$ 799.200.000,00 (setecentos e noventa e nove milhões e duzentos mil reais), valor que – enfatizamos – mesmo com a redução presente no anteprojeto, será superior aos pagamentos realizados a esse título no exercício de 2017, que representaram R$ 735.821.842,01 (setecentos e trinta e cinco milhões oitocentos e vinte e um mil oitocentos e quarenta e dois reais e um centavo).[60]

Do que interessa ao presente estudo, mostra-se imprescindível analisar o aumento vertiginoso no número de credores e de processos no Estado de São Paulo, que mostra um pico no ano de 2017.

[60] Projeto de Lei n. 899/2019.

Como se demonstrará, o grande número de condenações, associado ao baixo número de acordos realizados, indica que muito desse estoque de condenações e de OPVs acumuladas poderia ser reduzido mediante o uso de instrumentos adequados de solução de controvérsias, principalmente a conciliação e a mediação.

Além disso, a proposta do governo do Estado de São Paulo levará milhares de credores à fila de precatórios, sujeitando-os não só a uma espera de cerca de vinte anos para recebimento de um direito já transitado em julgado, mas também ao sistema de acordos forçados por adesão, ou ainda à cessão de créditos para terceiros, com um deságio ainda maior, no já conhecido comércio de precatórios.

Por fim, não se mostra razoável que o ente federativo com a maior arrecadação do País, passe a pagar por meio de OPV somente um quarto do percentual máximo indicado na CF, em detrimento de um nítido prejuízo de uma enorme população credora.

6. Cultura do litígio tanto da advocacia pública como da advocacia privada

Conforme apontado por Kazuo Watanabe[61], há uma cultura do litígio enraizada em nossa sociedade, associada a uma cultura por parte dos operadores do direito, aprendida nas faculdades, de submeterem conflitos ao método binário do ganha-perde, imposto pelo contencioso judicial. Há, portanto, uma falta de aprendizado quanto à possibilidade das partes se submeterem a métodos alternativos de solução de controvérsias. Nesse sentido, segundo Dias Tofolli:

> "Todos nós somos ensinados a litigar nas faculdades. Aprende-se a entrar na Justiça e a Justiça não dá mais conta de resolver, a tempo, todos os litígios que lhe são apresentados", afirmou o ministro. Segundo o ministro, a mediação e a conciliação previnem que a enxurrada anual de novos processos sobrecarregue a estrutura do Judiciário, mas também evita um efeito inevitável de qualquer sentença judicial. "Quando um juiz dá uma sentença, encerra o conflito entre duas partes. No entanto, necessariamente, uma das duas partes não fica satisfeita com a decisão".[62]

[61] WATANABE, Kazuo, Cultura da sentença e cultura da pacificação, *in Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*, cit., p. 685.

[62] MONTENEGRO, Manuel; ANDRADE, Paula. *Dias Toffoli defende superar cultura do litígio por meio da mediação*. Agência CNJ de Notícias, 26 set. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/dias-toffoli-defende-superar-cultura-do-litigio-por-meio-da-mediacao/. Acesso em: 30 out. 2019.

Há ainda uma cultura de reserva de mercado, constituindo assim o contencioso uma fonte de renda para todos os operadores do direito, sejam juízes, advogados públicos ou privados,

Ainda que a magistratura e as demais funções essenciais do direito possam ser extremamente úteis, existe um bem maior a ser preservador, que é a justiça, e ela deve ser por princípio constitucional, célere e eficiente.

Soma-se ao fato de que, por princípio, a mediação é guiada por princípios, como da informalidade, da busca de acordo pelas partes e da autonomia. Chegou-se mesmo a discutir a obrigatoriedade de advogados nas sessões de mediação tendo-se concluído pela desnecessidade deles.[63]

Assim, é necessário o engajamento de todos os operadores do direito para que os mecanismos alternativos de solução de controvérsias, que já contam com uma boa gama de leis, passem da teoria para realidade.

Em se tratando especialmente da Fazenda Pública de São Paulo, é primordial que haja um esforço da Administração Pública para adotar os mecanismos alternativos de solução de controvérsias como verdadeira política pública de resolução de conflitos, em detrimento da política de rolamento de precatórios, que, conforme demonstrado, acaba por ser, ao longo dos anos, extremamente cara e apresentar baixo índice de satisfação dos cidadãos.

---

[63] "Recurso em sede de pedidos de providências. Resolução CNJ nº 125/2010. Participação facultativa de advogados nos CEJUSCS. Possibilidade. Inexistência de fato novo. Não provimento. I. Recurso contra decisão monocrática que julgou improcedente o pedido constante da inicial, por considerar que o artigo 11 da Resolução CNJ nº 125/2010 está em conformidade com a legislação regente sobre o tema. II. A pretensão recursal cinge-se à intervenção do Conselho Nacional de Justiça para determinar a obrigatoriedade da participação dos advogados nos atos praticados nos CEJUSCS. III. Não há de cogitar-se exorbitância, desconformidade, tampouco incongruência do quanto disciplinado na Resolução relativamente às disposições processuais que preveem a necessária participação de advogado ou de defensor público no processo judicial, bem como a possibilidade de participação desses atores na fase pré-processual (assegurada quando apenas uma das partes está assistida, reparando-se, dessa forma, o equilíbrio jurídico da negociação IV. Inexistindo, nas razões recursais, qualquer elemento novo capaz de alterar o entendimento adotado, a decisão monocrática combatida deve ser mantida. V. Recurso conhecido, uma vez que tempestivo, mas que, no mérito, nega-se provimento." (CNJ – PP n. 0004837-35.2017.2.00.0000, rel. Cons. Iracema do Vale, j. 06.11.2018). Apontou o ministro Dias Toffoli: "Não existe monopólio para mediação ou conciliação. A rigor, os Cejuscs, que todos nós defendemos, deveriam estar fora do Poder Judiciário. É a sociedade resolvendo seus conflitos e o Judiciário sendo apenas um instrumento de pacificação social daqueles conflitos que a própria sociedade, através da sua ciência e consciência, não conseguiu resolver com seus mediadores."

As particularidades do contencioso do Estado de São Paulo

Conforme se demonstra pelos gráficos abaixo, com dados fornecidos pela gestão, o contencioso não tributário do Estado de São Paulo apresenta números alarmantes, que não param de crescer.

A evolução é da seguinte ordem: no ano de 2014, entraram 55.544 processos novos no contencioso; em 2015, 64.972; em 2016, 122.938; em 2017, 235.062; em 2018, bateu-se o recorde, de 319.576; e, até o mês de abril de 2019, haviam entrado 174.467, o que indica que o número provável do ano de 2019 passará de 500 mil processos novos.

Isso indica que alguma coisa deve mudar. Algo está errado e não há mais desculpas para que os conflitos da Administração com os administrados e servidores sejam tratados com essa política de litigância.

Figura 2 – Evolução da Distribuição

O gráfico seguinte mostra o acervo, ou seja, os processos em andamento não arquivados, que estão beirando a ordem de 883.248, até março de 2019. Isso implica dizer que o contencioso de São Paulo terá, ao final de 2019, provavelmente algo em torno de 1 milhão e 100 mil processos em andamento

Figura 3 – Evolução do Acervo Processual

Os gráficos a seguir mostram a distribuição de ações novas em relação à capital e ao interior. A atual política de criação de núcleos na capital visou a corrigir desvios, tentando equalizar os contenciosos dos dois locais, pouco se importando com escolha de vagas, antiguidade ou nível de carreira, determinando assim que o serviço fosse desterritorializado, buscando a distribuição equânime de processos.

Figura 4 – Evolução da Distribuição: Capital e Interior

Os acervos, por sua vez, sobem de maneira proporcional, pois a redistribuição de ações implica também na vinda dos acervos.

Figura 5 – Evolução do Acervo: Capital e Interior

Os dados seguintes evidenciam a impressionante baixa vocação em fazer acordos e em permanecer recorrendo das decisões judiciais. No ano de 2016, de 592.365 processos acompanhados, deixou-se de recorrer em 39.946. Em 2017, de 688.614, deixou-se de recorrer em 202.416. No ano de 2018, de 823.533, deixou de recorrer em 83.454 mil processos, ou seja, cerca de 10% dos processos.

Tabela 2 − Número de Acordos

Ação	6191 – Litigar Menos e Melhor			
Indicador	1675 - Desistência de recursos interpostos - Meta inicial 1.000 ao ano	897 – Número de processos judiciais em acompanhamento pelo Contencioso Geral*	882 – Número de abstenção de interposição de recursos*	1677 – Celebração de acordos judiciais e termos de ajustamento de conduta – alterado para 18 ao ano para 2018 e 2019
Revisão Julho 2017	Excluído	Confirmar 535.335 processos ao ano	Confirmar 10.000 ao ano	Alterar para 18
Meta 2016	~~1.000~~	535.335	10.000	2
Resultado	~~10~~	592.365	39.946	23
Meta 2017	~~1.000~~	535.335	10.000	2
Resultado	–	688.614	202.416	81
Meta 2018	–	535.335	10.000	18
Resultado	–	823.533	83.454	34
Meta 2019 PPA	–	535.335	10.000	18
LOA 2019	–	800.000	80.000	30
Resultado	–			
Meta total	–	535.335	40.000	
Resultado 2016-2019	~~10~~	0	325.816	0

Por sua vez, quando a temática é de acordos, os números impressionam. No ano de 2016, somente foram celebrados ou computados 23 acordos; no ano de 2017, 81 acordos, e no de 2018, 34 acordos e termos de ajustamento de conduta. Não se duvida que o número fornecido pelo órgão oficial da Subprocuradoria Geral do Contencioso tenha algum erro, desvio ou não cômputo, porém o que se nota é que o número de acordos é tão insignificante que, ainda que fosse 10 vezes maior, frente à distribuição de novas ações, seria muito aquém de um contencioso de massa preocupado com a gestão processual.

Vale lembrar que no ano de 2015, por meio da Resolução PGE n. 25, foi instituído o programa litigar menos, litigar melhor[64].O programa, em tese, propunha muitos avanços, entre os quais: identificação dos focos de litigiosidade; quantificação; ampla pesquisa jurisprudencial; análise jurídica; encaminhamento de propostas de alteração do posicionamento da Administração; alterações legislativas promovidas a partir de propostas encaminhadas pela PGE[65]; orientações normativas para dispensa de recursos em matérias já pacificadas de forma desfavorável ao Poder Público[66]; acordos judiciais, extrajudiciais e celebração de TACs.[67]

---

[64] "O Programa 'Litigar Menos e Melhor' tem a finalidade precípua de consolidar medidas já implementadas e adotar, ao longo dos próximos anos, novas ações direcionadas à redução da litigiosidade bem como de práticas voltadas à racionalização das atividades desempenhadas pelos procuradores do Estado na defesa do Estado em juízo. Possui duas vertentes principais, quais sejam, a redução da litigiosidade e a racionalização das atividades do contencioso. O programa será conduzido e coordenado pelas Subprocuradorias Gerais do Contencioso Geral e do Contencioso Tributário-Fiscal, no âmbito de suas áreas. Haverá um Comitê de Monitoramento do Programa com a finalidade de discussão, formulação de propostas e produção de recomendações sobre os temas pautados e avaliação permanente de seus resultados." (Disponível em: http://www.pgecorregedoria.sp.gov.br/litigar/apresentacao.html. Acesso em: 30 out. 2019).

[65] Lei Complementar Estadual n. 1.179, de 26.06.2012, que, atentando ao teor da Súmula Vinculante n. 4, desvinculou a base de cálculo do adicional de insalubridade do SM e permitiu a solução administrativa de questão que se arrastava há anos; Lei Complementar n. 1.197/2013 - Incorporação do Adicional de Local de Exercício (ALE) aos proventos e pensões dos policiais militares na sua integralidade (LC n. 1.197/2013). A controvérsia em torno desse tema gerou o ajuizamento de milhares de ações que tendem a discutir, apenas, valores pretéritos, reduzindo sua ocorrência no decorrer do tempo; Lei Complementar n. 1.249/2014 - Pagamento de abono de permanência para policiais militares; - Lei Complementar n. 1.249/2014, que no seu artigo 4º prevê o pagamento de abono de permanência aos policiais militares que tenham completado as exigências de transferência para inatividade a pedido e que optem por permanecer em atividade.

[66] Além das doze orientações normativas editadas até 2010, foram editadas outras vinte e cinco, totalizando trinta e sete orientações normativas, autorizando a dispensa de interposição de recurso. A edição de cada uma delas foi precedida de: (i) deflagrações de processos administrativos específicos para sua edição; (ii) minucioso levantamento jurisprudencial sobre a matéria nos tribunais estaduais e nos tribunais superiores; (iii) elaboração de fundamentadas representações do Sr. Subprocurador Geral da Área do Contencioso, expondo as razões de fato e de direito, que recomendavam a autorização genérica para dispensa dos recursos; (iv) despacho do Sr. Procurador Geral do Estado autorizando a edição das orientações normativas. Em razão da edição das orientações normativas, houve a desistência de aproximadamente 2.000 recursos. Desde 2013, cerca de 25.000 recursos têm deixado de ser interpostos por ano.

[67] Neste ponto, conforme os números demonstram, o resultado foi muito abaixo da quantidade de acordos e TACs que deveriam ser celebrados para promover uma queda nos números do contencioso. Por sua vez,

Porém, na prática, ainda que tenha havido alguns avanços no cenário de novas ações, pouca coisa foi feita para melhorar os índices de litigiosidade, que são alarmantes.

Note-se que, por meio da Resolução PGE n. 46, de 28.12.2018, que sistematiza as hipóteses em que, em tese, pode ser frutífera a participação da Fazenda do Estado em audiência de conciliação, sem prejuízo da análise do caso concreto[68], procurou-se elencar

---

conforme informação constando do site da PGE/SP, o programa é tido como um verdadeiro sucesso: "A conciliação tem se revelado um importante instrumento para solução de conflitos e a Subprocuradoria Geral do Contencioso Geral tem se empenhado em fomentar a utilização desta via, mediante: - Prévia autorização aos Procuradores para celebração de acordos ou transações em ações indenizatórias implantando mecanismo inovador de solução dos conflitos por meio da conciliação; - Prévia autorização aos Procuradores para celebração de acordos ou transações em ações em que ex-empregados públicos da Administração Direta ou das autarquias e fundações públicas estaduais, aposentados voluntariamente, pleiteiam o pagamento de verbas decorrentes de dispensa sem justa causa em virtude do rompimento do vínculo empregatício; A PGE também é responsável pela análise de Termos de Ajustamento de Condutas e Acordos Judiciais a serem celebrados por Secretarias do Estado ou autarquias, dando cumprimento ao Decreto Estadual nº 52.201/2007, tendo participação decisiva para celebração dos seguintes TAC´S: - Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta entre as Secretarias do Estado da Saúde e da Educação com o Ministério Público Estadual, por meio do qual o Estado de São Paulo se obrigou a implementar, até o final do primeiro semestre de 2013, a política de disponibilização de "cuidadores" aos alunos da rede pública estadual, portadores de necessidades especiais, que apresentem limitações motoras e outras que acarretem dificuldades de caráter permanente ou temporário no autocuidado; - Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta entre a Secretaria da Educação e o Ministério Público Estadual, por meio do qual o Estado de São Paulo se obrigou a implementar, no prazo máximo de 15 anos a política de adaptação (reforma) de todas unidades escolares da rede pública estadual de ensino, adequando-as às regras de acessibilidade arquitetônica e urbanística, conforme as normas técnicas da ABNT; Quanto aos acordos judiciais celebrados devem ser destacados: - Acordo judicial celebrado entre o Estado de São Paulo, o Ministério Público Estadual e a Defensoria Pública Estadual para fornecimento dos itens de higiene e de vestuário em todos os estabelecimentos prisionais estaduais vinculados à Secretaria de Administração Penitenciária (Processo nº 0002249-08.2013.8.26.0053 – 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital); Acordo celebrado na Câmara de Conciliação da Administração Federal. Em procedimento instaurado pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), a PGE firmou acordo no bojo de ação civil pública ajuizada pelo Município de Itirapina em face da extinta Ferrovia Paulista S/A (Fepasa), para recomposição de danos causados em área de sua titularidade localizada naquela municipalidade, consistentes em assoreamento do rio e erosão no solo. A medida foi inovadora, porquanto o Estado de São Paulo, que não era parte na ação civil pública, por obrigação contratual de arcar com a recuperação do dano ambiental perpetrado no imóvel, esforçou-se, com sucesso, para pôr fim ao litígio no procedimento conciliatório, evitando-se uma decisão judicial desfavorável. Outra medida que merece destaque foi a instalação do setor-processual perante o Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, com a intenção de evitar novos processos judiciais em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos."

[68] "O Procurador Geral do Estado, Considerando que o artigo 334 do Código de Processo Civil incluiu, como etapa do procedimento judicial comum, a designação de audiência de conciliação; Considerando a implementação, pela Resolução 125/2011 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de Política Nacional de Tratamento Adequado de Solução de Conflitos, por meio de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e de Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), e de sua efetiva implementação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo junto às Varas da Fazenda Pública, inclusive; Considerando a necessidade de conferir eficiência à consulta das hipóteses em que, em tese, pode ser frutífera a participação da Fazenda do Estado em audiência de conciliação, sem prejuízo da análise do caso concreto, bem como de evitar a realização de atos processuais inúteis nas hipóteses em que, a priori, a conciliação não seja viável, resolve: Artigo 1º. Os Procuradores do Estado, mediante manifestação favorável da autoridade administrativa competente, estão autorizados a participar de audiência de conciliação e firmar acordos, especialmente nas seguintes hipóteses: I. Encerramento de demandas judiciais versando sobre o pagamento aos policiais militares (ativos, inativos e seus pensionistas) do Adicional de Local de Exercício (ALE) referente ao mês de fevereiro de 2013 e do Adicional de

as matérias das ações que via de regra são propostas em maior quantidade, a fim de liberar os procuradores a celebrar acordos.

Os fundamentos dessa Resolução da PGE-SP são louváveis, pois levam em conta a Resolução n. 125 do CNJ e os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (Cejuscs), que vêm sendo implementados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo junto às Varas da Fazenda Pública.

Ademais, visa a dar eficiência em audiências de conciliação, bem como evitar a realização de atos processuais inúteis, o que se mostra medida salutar. Porém, embora a resolução já tenha sido publicada, poucos acordos administrativos vêm sendo celebrados. Tal assunto será retomado, quando tratada especificamente a participação da Fazenda Pública nos Cejuscs.

Análise crítica do contencioso do Estado de São Paulo

Como demonstrado, o número de ingresso de novas ações, tendo como base os dados oficiais, impressionam pelo crescimento nos últimos anos: em 2018, bateu o recorde,

---

Insalubridade (AI) referente ao mês de abril de 2013, na forma da Resolução PGE 6/2018; II. Parcelamento de créditos, em favor da Fazenda do Estado decorrentes de dívidas em geral, na forma do artigo 82 da Resolução PGE 17/2017 (Rotinas do Contencioso Geral); III. Indenização ao erário por dano extracontratual, na forma do artigo 82, inciso III, da Resolução PGE 17/2017 (Rotinas do Contencioso Geral); IV. Recomposição do erário por valores pagos a maior pela Spprev, na forma do artigo 82 da Resolução PGE 17/2017 (Rotinas do Contencioso Geral); V. Pagamento de precatórios, nos termos da Emenda Constitucional 94/2016 e do Decreto estadual 62.350/2016, e na forma da Resolução PGE 13, de 26-04-2017; VI. Encerramento de demandas judiciais em que se pleiteia a cessação dos descontos para contribuição médico-hospitalar e odontológica (IAMSPE e CBPM/Cruz Azul), na forma da Resolução PGE 20, de 12-05-2016; VII. Ações judiciais em que ex-empregados públicos aposentados voluntariamente pleiteiam o pagamento de verbas decorrentes de dispensa sem justa causa em virtude do rompimento do vínculo empregatício, nos termos da Resolução PGE 9, de 17-04-2013; VIII. Ajustamento de Conduta, após autorização específica do Procurador Geral do Estado, para evitar ou encerrar demanda judicial, nos termos do Decreto Estadual 52.201, de 26-09-2007, e na forma do Comunicado SubG-ContG 14/2011; IX. Erros formais em autos de infração reconhecidos pela autoridade administrativa competente; X. Erros procedimentais em leilões de veículos reconhecidos pela autoridade administrativa competente e consequente baixa nos registros do DETRAN e emissão de novo documento; XI. Reconhecimento de 'clonagem' de veículos, desde que já haja Boletim de Ocorrência e comunicação formal ao DETRAN; XII. Reconhecimento de venda de veículo, desde que haja Autorização para Transferência de Propriedade de Veículo (ATPV) com firma reconhecida; XIII. Revogação de bloqueio de CNH em razão da infração do artigo 233 do Código de Trânsito Brasileiro (não comunicação de venda); XIV. Cumprimento de obrigações ambientais na forma reconhecida como adequada pelo(s) órgão(s) técnico(s) competente(s). Parágrafo único. Nas hipóteses não enumeradas no caput, a conclusão de acordos dependerá de autorização prévia do Procurador Geral do Estado, nos termos do artigo 7º, inciso V, da Lei Complementar Estadual 1.270, de 25-08-2015 e das respectivas resoluções regulamentadoras. Artigo 2º. Quando os entendimentos a serem desenvolvidos ao longo do procedimento de conciliação ou mediação forem conduzidos diretamente pelo ente ou órgão público interessado, a participação do Procurador do Estado poderá se limitar ao peticionamento nos autos. Artigo 3º. A presente resolução entra em vigor na data de sua publicação."

de 319.576, e projeta-se algo entre 400 a 500 mil processos novos em 2019, pois o número oficial ainda não foi divulgado.

A par de políticas visando à diminuição do número de recursos, aparentemente o programa "*Litigar Menos e Melhor*" apresenta resultados tímidos de diminuição do acervo e de recursos, e não consegue justamente reduzir o fenômeno da judicialização, que somente aumenta.

Recente matéria jornalística assim comenta esse programa:

> [...] Número caiu 36,86% na capital e 58,25% no interior, de agosto de 2018 a março de 2019, em comparação ao mesmo período de 2017/2018. O número de recursos propostos aos tribunais superiores pela Procuradoria-Geral do Estado (PGE) de São Paulo caiu 36,86% na capital e 58,25% no interior, de agosto de 2018 a março de 2019, em comparação ao mesmo período de 2017/2018. A queda deve-se à aplicação, desde agosto do ano passado, da Resolução nº 14. A norma permite ao órgão deixar de recorrer em discussões definidas em recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Antes, a PGE era obrigada a recorrer contra todas as decisões contrárias ao Estado, a não ser que houvesse autorização expressa e direta das chefias. [...] Segundo Frederico de Athayde, subprocurador-geral do Contencioso Geral, que abrange as discussões trabalhistas, sobre fornecimento de medicamentos, concessões de rodovias, direito ambiental e remuneração de servidores, a administração passou a reconhecer com maior rapidez quando tem dívida com o cidadão e, ao mesmo tempo, colabora para desafogar o Judiciário.
> "Desde a implementação da resolução, só em relação a ações que não são tributárias a PGE deixou de interpor 14.566 recursos, o que equivale a uma média de quase 1.200 por mês", diz.
> Desde 2015, a PGE trabalha no projeto "Litigar Menos e Melhor", da qual faz parte a resolução para reduzir o volume de recursos. O projeto, de acordo com Athayde, também expandiu o Grupo de Prevenção de Demandas Repetitivas (GPDR), que focava em cinco das 12 regionais da procuradoria e, a partir de hoje, atuará em todo Estado.
> O GPDR faz as defesas em casos sobre discussões que se repetem – por exemplo, o recálculo do quinquênio, que é um adicional por tempo de serviço dos servidores públicos do Estado. "Por meio de uma reorganização administrativa interna, procuradores com expertise sobre tais temas trabalham nesses casos", afirma Athayde.[69]

Embora o número de cerca de quinze mil recursos pareça expressivo, no ano de 2018 houve o ingresso de 320 mil novas ações. Dessa forma, não representa sequer dez por cento do número total. Não foi ainda informado o número total de vitórias e derrotas (improcedências/procedências) ocorridas nesse ano.

---

[69] IGNACIO, Laura. PGE de São Paulo reduz volume de recursos ao STJ e Supremo. *Valor Econômico*, de 04 nov. 2019. Disponível em: https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/11/04/pge-de-sao-paulo-reduz-volume-de-recursos-ao-stj-e-supremo.ghtml. Acesso em: 15 dez. 2019.

Vale lembrar que a grande quantidade de dispensas oficiais de recursos indica que a maioria das ações ajuizadas em face da Fazenda Pública é desfavorável a ela, justamente por se tratar de teses jurídicas ou teses derivadas de jurisprudência pacificada de forma não favorável ao Poder Público[70]. As cerca de trinta e sete matérias nas quais os procuradores podem simplesmente não recorrer coincidem com as matérias cujo número de ações vem crescendo exponencialmente.

Para analisar a possibilidade do uso dos meios alternativos de controvérsias no contencioso, elaborou-se pesquisa com base no banco de dados que contém o ingresso de ações e sua qualidade, conforme a tabela do CNJ. No que tange à metodologia empregada, impôs-se de início a análise de doutrina pelo método dogmático, de sorte a abranger seus três desdobramentos: *analítico*, *normativo* e *empírico*.

Quanto ao método empírico, utilizou-se uma busca quantitativa, para entender melhor as demandas envolvendo a Fazenda Pública em juízo e quais os desdobramentos dessa judicialização. A ferramenta principal foi o uso do Sistema SAJ/PGEnet. Trata-se de sistema de informatização utilizado pela PGE-SP que possui interface com o SAJ/ Tribunal de Justiça.

[70] Embora não seja matéria específica do presente trabalho, caso quisesse resolver os conflitos por meio de resolução em massa, a Fazenda Pública dispõe de mecanismos para consolidar entendimentos jurisprudenciais, como a súmula vinculante, o recurso extraordinário repetitivo, a repercussão geral e ainda o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo CPC. Segundo André Bergamaschi: "O instrumento aparentemente dotado de maior abrangência é a súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, prevista no art. 103-A da Constituição, que é enunciado emitido pelo Supremo Tribunal Federal, incidente sobre validade, interpretação ou eficácia de norma de conteúdo constitucional, sobre a qual haja controvérsia entre órgãos judiciais ou entre estes e a Administração Pública, que possa causar grave insegurança jurídica. Rodolfo de Camargo Mancuso assinala a eficácia expandida panprocessual da súmula, pois ela se estende a todos os órgãos judiciais ou à Administração Pública direta ou indireta, e seu descumprimento gera a cassação da decisão judicial ou a anulação do ato administrativo. Outro instrumento é a repercussão geral da questão constitucional, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, também introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que passou a ser previsto no art. 102, § 3°, da Constituição Federal, possuindo dupla finalidade. Por um lado, é 'fator de alívio' que busca evitar que o STF precise se ocupar de questões de interesse restrito à esfera jurídica dos litigantes do processo de forma a poder reservar sua atenção e seu tempo para matérias de mais vasta dimensão, para grandes problemas cuja solução deva influir com maior intensidade na vida econômica, social, política do país [...] Por fim, destaca-se o julgamento em bloco de recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C, do CPC, incluído pela Lei n. 11.672/2008. Em sistemática parecida, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em mesma questão de direito, o tribunal de origem escolherá admitirá um ou mais representativos, e os demais ficarão sobrestados." (BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*. 2015. 290 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 172).

Com a obtenção de tais dados, foi possível esboçar um panorama geral do contencioso envolvendo a Fazenda Pública do Estado de São Paulo[71]. Essa pesquisa empírica, com dados do SAJ/PGEnet, permitiu uma contagem de variáveis que auxiliaram a compreensão da qualidade das ações que ingressaram contra Fazenda do Estado de São Paulo no último ano. No caso em tela, procurou-se definir quais são os dez principais litígios envolvendo o Estado de São Paulo no ano de 2019 e até que ponto tais litígios podem ser enfrentados com mecanismos alternativos à jurisdição estatal. Levantou-se ainda qual a quantidade de ações envolvendo políticas públicas que estão reservadas ao núcleo de políticas públicas do contencioso e quais as principais matérias, bem como qual o número de ações relativas a contratos administrativos. Assim, obteve-se um panorama completo das principais ações do contencioso aptas para eventual uso de meios alternativos de solução de controvérsias.

Deve-se ter cuidado com eventuais desvios causados pela forma de classificação das ações, como processos físicos e ações fora do SAJ/PGE, entre outras. Conforme demonstrado, o desvio ou cifra negra chegou à ordem de 42 mil processos sem classificação. Dessa forma processos sem classificação estão entre os dez maiores da pesquisa. O erro de classificação decorre de dupla origem: a classificação errônea ou não realizada pelo E-SAJ, módulo do Tribunal de Justiça, eis que o SAJ/PGE importa os dados, embora ambos os sistemas sejam da mesma empresa (Softplan). E ainda, tais processos, ao entrarem na PGE-SP e não terem cadastro, não passarem por um processo de cadastramento segundo a tabela de assuntos do CNJ, ou por uma validação de classificação.

Pois bem, analisando os dez principais temas cujas ações foram manejadas contra o Estado no ano de 2019, chega-se ao presente resultado, em ordem de ocorrência:

1. Ações ligadas a empregados públicos celetistas, comissionados e prestadores de serviços: 73.422 ações;
2. Fornecimento de medicamentos: 47.516 ações;

[71] As principais buscas feitas no Sistema SAJ/PGE foram as seguintes: Como é o contencioso da Fazenda Pública do Estado de São Paulo? Qual o número de ações judiciais? Que tipos de ações são essas? É utilizada a classificação das ações pela natureza seguindo a metodologia do CNJ? Como estão distribuídas essas ações no território de São Paulo? Quais cidades têm um maior índice de litigiosidade contra a Fazenda do Estado por habitante? Quais são as demandas repetidas em quantidade propostas contra o Estado? Qual seu tipo e natureza? Envolvem direitos disponíveis ou indisponíveis? Quantos são os procuradores do estado disponíveis na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo na área do contencioso e em quais regionais?

3. A definir, ou seja, ações sem o cadastro correto feito pela PGE ou pelo TJ/SP;
4. Empregado público, comissionado ou prestador de serviço, quanto à responsabilidade subsidiária estatal, conforme Enunciado 331 do TST: 36.884 ações;
5. Servidores públicos civis estatutários, quanto ao recálculo de quinquênios, sexta-parte, licença prêmio e gratificações em geral: 26.749 ações;
6. Ações contra o Detran referentes à suspenção de habilitação para dirigir: 26.016 ações;
7. Ações contra o Detran referentes à cassação de habilitação para dirigir: 23.545 ações;
8. Policial militar, cobrança do adicional de localidade (ALE) ou de eventual pagamento errôneo: 20.230 mil ações;
9. Servidor público em geral, referente a pagamento da diferença da conversão para URV durante o Plano Real: 13.636 ações;
10. Policial militar visando cessação do desconto da Cruz Azul, espécie de plano de saúde compulsório, nos moldes do IAMSPE: 13.545 ações.

Excluindo as ações a definir, temos um total de 281.543 ações. Provavelmente nesses nove temas apontados, temos cerca de 60 a 70% do total das ações envolvendo a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, no ano de 2019.

Dos nove grandes temas apontados, podemos classificar grande parte deles como relativos a direitos disponíveis. Nesse caso, separaríamos os temas de fornecimento de medicamentos/saúde e ações envolvendo o Detran, que via de regra têm como base o exercício do direito de dirigir e restrições impostas pelo Estado.

Agrupando os temas análogos, restariam:

1. Ações envolvendo empregados públicos celetistas: 110.306 ações;
2. Fornecimento de medicamentos: 47.516 ações;
3. Servidores públicos civis e militares cobrando direitos estatuários, pagamentos corretos e gratificações: 46.979 ações;
4. Ações contra o Detran referentes a suspenção e cassação de carteira de motorista: 49.561 ações;

5. Pagamento da conversão de URV de forma correta para servidores: 13.636 ações;
6. Ações envolvendo policiais militares pretendendo sair da autarquia Cruz Azul, cuja cobrança é compulsória: 13.545 ações.

Ao analisar os assuntos envolvendo empregados celetistas, servidores públicos e suas gratificações, e pagamento de conversão de URV, percebe-se que tais matérias, quando postas em juízo, via de regra discute-se somente direito, sendo julgadas diretamente, sem necessidade de ampla dilação probatória. E mais, são matérias tipicamente relativas a direitos disponíveis, pois versam sobre cobrança de valores atrasados, pagamentos corretos, pagamentos a inativos etc. Elas contam ainda com ampla discussão doutrinária e sólida jurisprudência, sobretudo quando tratam do dever do Estado de estender direitos a inativos, de calcular quinquênios, sexta-parte e salários corretamente, de indenizar licença-prêmio, dentre outros. Note-se que estão compreendidas nas trinta e sete matérias em que os procuradores do estado podem deixar de recorrer.

Sem sombra de dúvida, se tais matérias envolvem direitos patrimoniais e podem ser objeto de dispensa de recursos, eis que consolidadas em forte jurisprudência contrária à tese estatal, poderiam de igual forma ser objeto de conciliação quanto a valores a serem pagos, de forma mais rápida, com eventual desconto, e com o reconhecimento do direito do servidor de forma célere, para o pagamento futuro e dos atrasados com eventual desconto. Poderiam ser objeto de mediação por adesão, conforme previsão legal.

As ações envolvendo policiais militares pretendendo deixar de recolher contribuições para autarquia Cruz Azul, cuja cobrança é compulsória, que são hoje 13.545, contam inclusive com dispensa de apelação. Dessa forma, a ação é reconhecidamente causa ganha para os autores. De igual maneira, deveria e poderia ser resolvida administrativamente pela Polícia Militar, com um mero pedido administrativo.

No que tange ao fornecimento de medicamentos, a PGE-SP, atenta ao fenômeno da judicialização da saúde, criou, por volta de 2008, unidade específica, denominada Coordenadoria Judicial de Saúde Pública, para cuidar exclusivamente de ações ligadas ao

fornecimento de fármacos, políticas públicas da área da saúde e ações estratégicas ligadas a eventuais desvios e organizações criminosas.[72]

O fenômeno da judicialização da saúde possui várias facetas, desde ações para fornecimento de componentes básicos que deveriam ser fornecidos administrativamente pelo Estado, e não o são, quanto ações visando a fármacos que sequer foram incorporados, não possuem registro na Anvisa, fármacos importados e toda ordem de experimentação clínica, sobretudo fomentada por médicos e laboratórios.

De qualquer forma, não se nega que há convergência entre o interesse primário do Estado em fornecer saúde e dos autores, pacientes que necessitam de assistência farmacêutica. Deve-se, portanto, apoiar as políticas públicas de atendimento.

Ao que interessa ao presente trabalho, deve-se compreender que de fato existe a via administrativa para fornecimento de fármacos e, nesse caso, a judicialização é calcada em falta de fármacos, demora para o fornecimento, ausência de resposta adequada do Estado para negativas etc.

O fenômeno da judicialização se agrava toda vez que há uma piora das condições econômicas e aquele cidadão que via de regra não era usuário do SUS, ao perder seu emprego e a cobertura de convênio, passa a se valer da rede pública. O mesmo se dá com o paciente, autor de ação, que comparece ao SUS somente visando à retirada de um fármaco de alto valor, ou de uma nova droga recém-incorporada ao sistema.

Da mesma forma que a crise econômica aflige a população, ela atinge o Estado que, depauperado pela baixa receita, passa a realizar compras de forma mais espaçadas, associada a restrição orçamentária. Assim, passam a faltar medicamentos que deveriam ser fornecidos, seja para o paciente que já teve o deferimento administrativo, seja para quem solicitou, obteve o deferimento e sequer chegou a receber. Tais falhas ocorrem também com exames, cirurgias e toda ordem de serviços médicos.

---

[72] Sobre o histórico da judicialização da saúde no Estado de São Paulo e o papel da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, conferir: WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Dissertação (Mestrado) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

Todo esse canal administrativo, que deveria funcionar bem, seja com o deferimento administrativo de pedidos do componente especializado, seja pelo indeferimento de tais pedidos de forma bem fundamentada, ou ainda pela disponibilização na rede dos componentes mais básicos ou serviços médicos elementares, com a crise passam a não funcionar, atingindo indiscriminadamente toda a população. O efeito prático do mau funcionamento administrativo é a ação judicial para fornecimento de obrigações ligadas à saúde pelo Estado.

Nesse horizonte, a melhor forma de "desjudicializar" a saúde pública é a presença e atuação estatal, com o atendimento adequado à população, tanto na assistência médica como nos programas de assistência farmacêutica.

Além disso, parcerias com a Secretária da Saúde, Ministério Público e Defensoria Pública podem abrir a porta administrativa e, dessa forma, evitar a judicial. Porém, da forma como a questão é enfrentada pelo Poder Judiciário, eventual inadequação da Administração Pública leva a índices altíssimos de derrota da Fazenda Pública, quando o assunto versa sobre judicialização da saúde, sobretudo fornecimento de fármacos.

Por fim, a PGE-SP, no ano de 2016[73], tendo em vista a excessiva litigiosidade em ações envolvendo a autarquia do Departamento de Trânsito, houve por bem criar um serviço jurídico especifico para o atendimento da tal carga de ações.

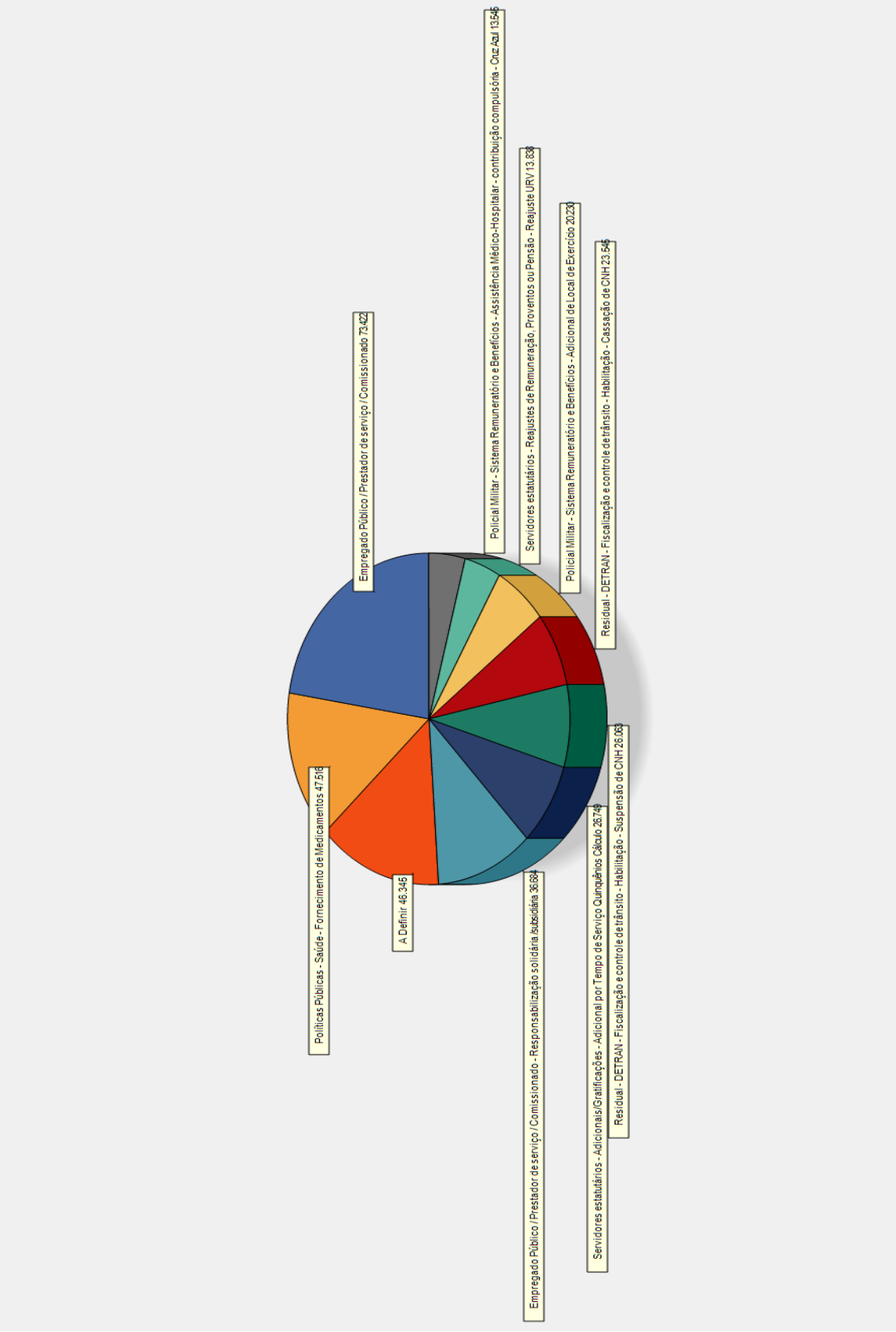
[73] Resolução Conjunta PGE-DETRAN 1, de 04.02.2016: "Dispõe sobre o Núcleo de Contencioso PGE/DETRAN-SP. O Procurador Geral do Estado e o Diretor Presidente do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN-SP. Considerando os dados de relatórios gerenciais extraídos do sistema eletrônico de acompanhamento de processos PGE. net indicativos de excessiva litigiosidade envolvendo o Departamento Estadual de Trânsito-DETRAN-SP, especialmente no tocante à sua atividade fim, qual seja, a execução, o controle e a fiscalização das atividades de trânsito; Considerando a necessidade de imprimir atuação estratégica voltada à identificação de matérias em que as teses de defesa apresentadas pela Autarquia em juízo têm sido majoritariamente rechaçadas, autorizando a dispensa de interposição de recursos e buscando priorizar o estudo e apresentação de propostas de alteração da jurisprudência administrativa, inclusive mediante alteração legislativa, se o caso; Considerando, ainda, a necessidade de melhor organizar a atividade de representação judicial do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN-SP pela Procuradoria Geral do Estado, no âmbito do contencioso geral buscando, especialmente, a otimização dos recursos humanos disponíveis; e, Considerando, por fim, que desde o último dia 30 de novembro, em todas as comarcas do Estado os novos processos passaram a ser recebidos apenas no formato digital; RESOLVEM: Artigo 1º - Fica instituído o Núcleo de Contencioso PGE/ DETRAN-SP, vinculado à Procuradoria Judicial, competindo-lhe representar judicialmente a autarquia nas ações judiciais propostas perante o território nacional que tenham por objeto controvérsia jurídica atinente às suas finalidades legais de execução, controle e fiscalização das atividades de trânsito."

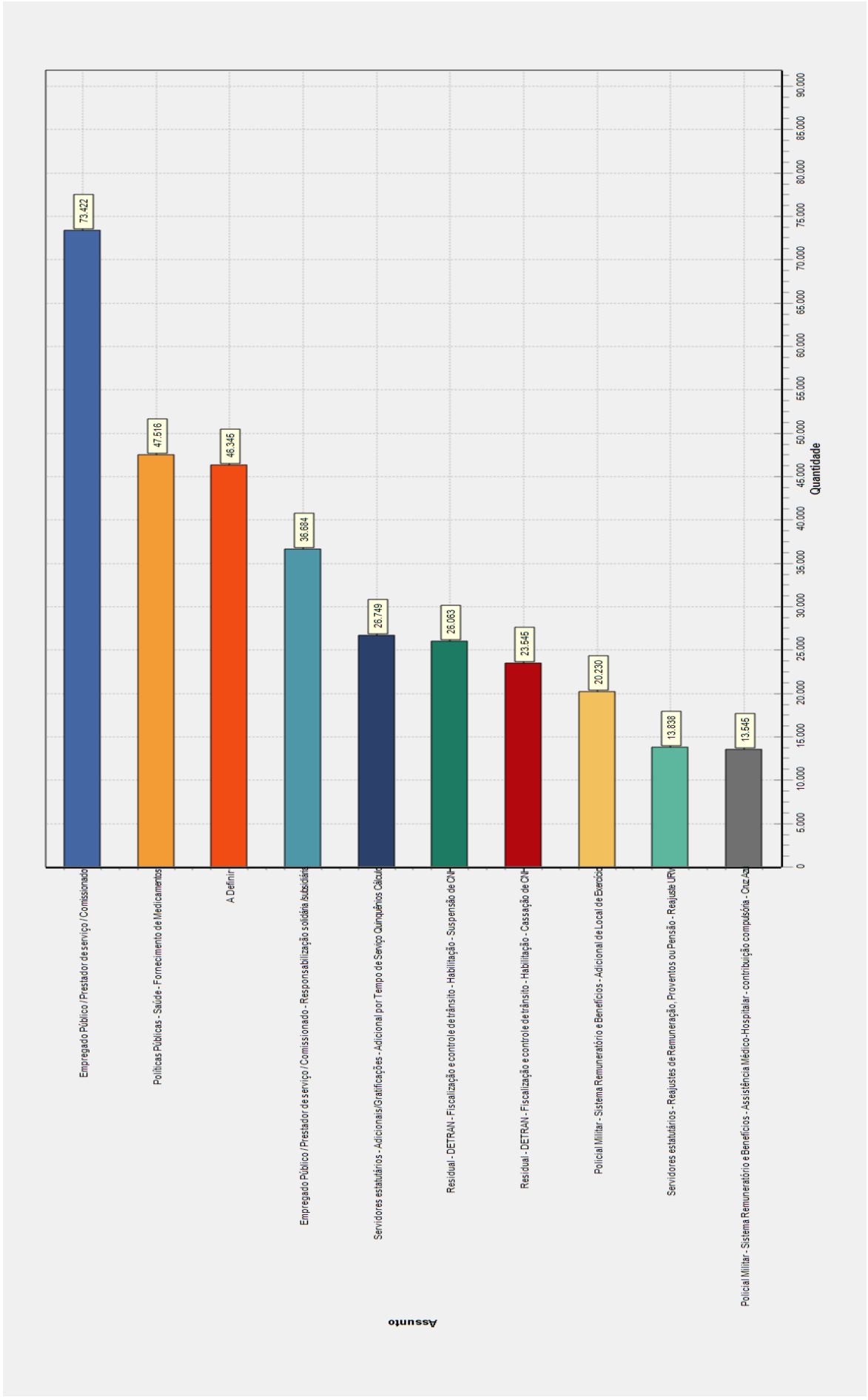
Os antecedentes de tal criação dão conta de que o aumento da judicialização de matérias afetas à regulação do trânsito tem como origem o funcionamento incorreto do contencioso administrativo, principalmente quanto a restrições de suspenção e cassação do direito de dirigir e aplicação de sanções administrativas por infrações no trânsito.

O ponto de guinada foi que o manejo de recursos por parte do cidadão e uma resposta inadequada do Estado, ao não julgar recursos ou deixar de fundamentar julgamentos. A partir de tal postura, e tendo em vista o direito do cidadão de buscar a Justiça independentemente da esfera administrativas, geraram-se os números apontados acima, de cerca de 50 mil ações novas para o ano de 2019.

Trata-se de mais um serviço que poderia ser prestado administrativamente pelo Estado, ou ainda pela criação e atendimento por parte de Cejuscs do Estado de São Paulo, permitindo que o cidadão tivesse acesso a um centro de conciliação e mediação estatal, para obter uma resposta, ainda que negativa para o seu caso.

Figura 6 – Dez principais temas de ações contra o Estado de São Paulo em 2019

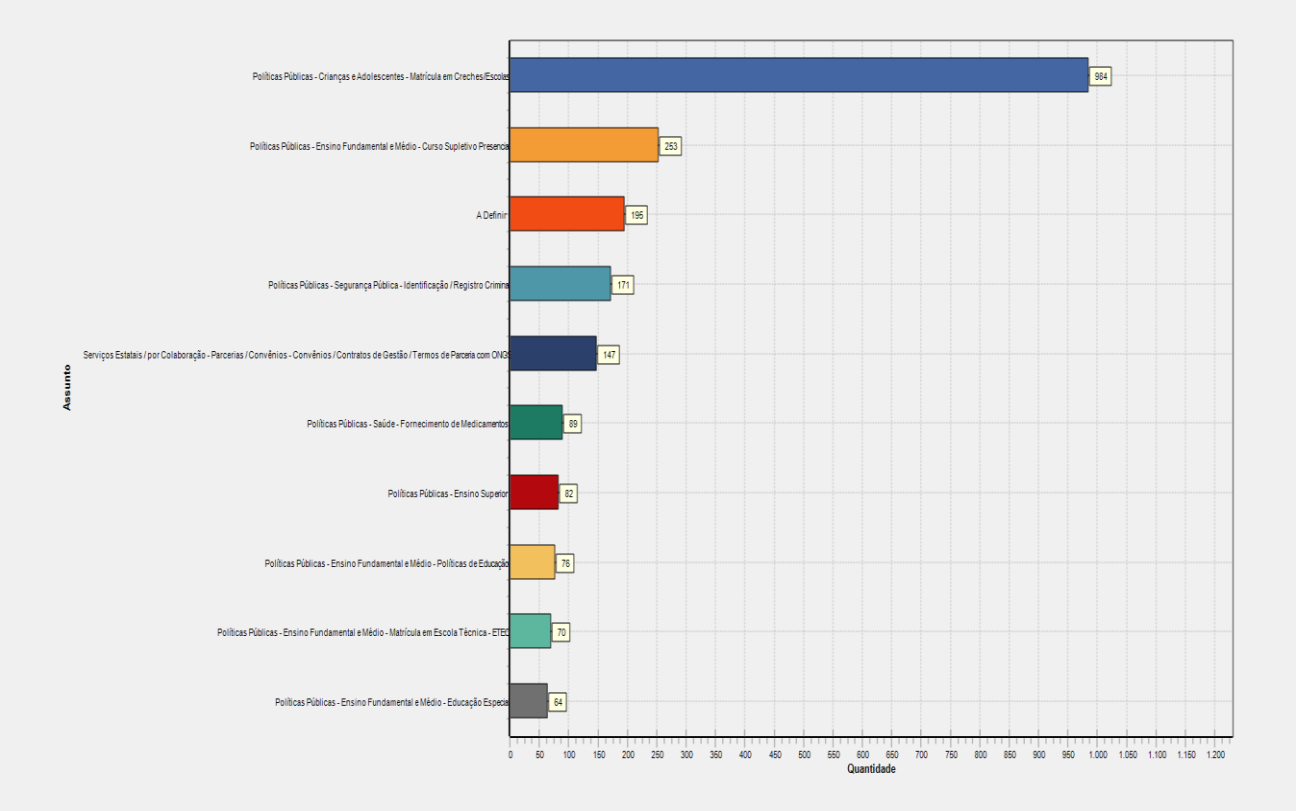



Assunto
Quantidade
Empregado Público /Prestador de serviço /Comissionado
Políticas Públicas - Saúde - Fornecimento de Medicamentos
A Definir
Empregado Público /Prestador de serviço /Comissionado - Responsabilização solidária /subsidiária
Servidores estatutários - Adicionais/Gratificações - Adicional por Tempo de Serviço Quinquênios Cálculo
Residual - DETRAN - Fiscalização e controle de trânsito - Habilitação - Suspensão de CNH
Residual - DETRAN - Fiscalização e controle de trânsito - Habilitação - Cassação de CNH
Policial Militar - Sistema Remuneratório e Benefícios - Adicional de Local de Exercício
Servidores estatutários - Reajustes de Remuneração, Proventos ou Pensão - Reajuste URV
Policial Militar - Sistema Remuneratório e Benefícios - Assistência Médico-Hospitalar - contribuição compulsória - Cruz Az
73.422
47.516
46.345
36.684
26.749
26.683
23.545
20.230
13.838
13.545
0
5.000
10.000
15.000
20.000
25.000
30.000
35.000
40.000
45.000
50.000
55.000
60.000
65.000
70.000
75.000
80.000
85.000
90.000

Passando a analisar as ações tendo como objeto políticas públicas, o núcleo responsável conta com cerca de 4.000 ações, em diversas fases de andamento processual, sendo que o número de ações em andamento não arquivadas beira 3.000.

Conforme dados levantados no SAJ/PGE, grande parte delas envolve fornecimento de vaga em creches, matéria local típica da Prefeitura de São Paulo, eis que calcada em educação maternal, mas que o Estado é incluído, na qualidade de litisconsorte, com base no dever constitucional à educação, sobretudo, quando a ação é manejada pela Defensoria Pública do Estado.

Figura 7 – Dez principais temas de ações sobre políticas públicas contra o Estado de São Paulo em 2019



Das nove matérias que mais ingressaram no ano de 2019 relativas a políticas públicas, totalizando cerca de 1.148 ações, grande parte é de ações coletivas, tutelando direitos individuais homogêneos, e dessa forma pode-se inferir que elas estariam afetas a direitos indisponíveis, mas que admitiriam a transação. Não se pode negar, em tese, que tais matérias seriam aptas à mediação, ou ainda a termo de ajustamento de conduta.

Por fim, o levantamento relativo ao núcleo de contratos administrativos apurou um total de 4.313 ações em curso, entre novas e antigas.

Não existe diferenciação no sistema pesquisado apto a verificar o valor dos contratos e, dessa forma, ações relativas a licitações, contratos, editais e até mesmo a concessionárias de estradas e PPPs, dentre outras, estariam compreendidas nesse número.

O núcleo especializado em contratos administrativos foi criado tendo em vista tratar-se de matéria sensível e estratégica ao Estado de São Paulo, tendo cada procurador um número reduzido de ações. Não se pode negar que, dentro do tratamento que o Estado de São Paulo vem dando às arbitragens, tais contratos a princípio seriam em tese elegíveis, somados a outros critérios, à realização de arbitragens.

Os números expostos mostram a realidade do contencioso do Estado de São Paulo que, embora tenha uma política de não interposição de recursos, frente à quantidade de novas ações, há a formação de um amplo estoque de demandas. A conta é simples: a não interposição de cerca de 15 mil recursos, num universo de cerca de 320 mil novas ações no ano de 2018; e de cerca de 400 a 500 mil novas ações no ano de 2019, cujo número oficial ainda não foi divulgado.

A Fazenda Pública, ainda que inserida pela legislação pátria no sistema legislativo de meios alternativos de solução de controvérsias, ainda sofre pela absoluta falta de gerenciamento de seu contencioso.

Os números do Estado de São Paulo demonstram isso: embora gritante o número de novas ações e de derrotas por uma jurisprudência muitas vezes consagrada, há absoluta falta de vontade política em se gerenciar o contencioso, culminando com uma política nefasta de precatórios.[74]

[74] A Fazenda Pública do Estado, tendo acesso a tais dados, poderia desde logo indicar a possibilidade realização de acordos, seja diretamente por meio de Cejuscs próprios, seja por meio de acordos judiciais no modelo *court-connected*. Nesse sentido, segundo Maria Cecília Asperti: "Se os litigantes repetitivos conseguem angariar mais informações sobre o procedimento e sobre os impactos da litigância repetitiva, é de se esperar que consigam exercer mais plenamente a sua autodeterminação no âmbito da mediação e da conciliação." (ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas*: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário. 2014. 186 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 142).

E mais, com o intuito de “empurrar o problema’ para outras gestões e gerações, opta-se por diminuir o valor das OPVs, para permitir o pagamento por meio de precatórios, em futuras gestões. O efeito prático é que muitos credores morrem ou cedem seus direitos creditórios para empresas de comércio de precatório, com deságios de cerca de 50%. Forma-se um passivo creditório quase impagável de precatórios, cuja lista ainda hoje se encontra na década de 2000. Com a Lei n. 17.205/2019, que reduziu o valor a ser pago em noventa dias por meio de OPV, o efeito será o aumento do estoque de precatórios.

A despeito da total falta de respeito pelo sistema de justiça, pela cidadania e pelo fim social do processo civil, a atual prática de resolver os problemas jurídicos do Estado por meio da ação judicial e pela rolagem da dívida por meio de precatórios vem gerando um prejuízo econômico ao Estado.

Em capítulo próprio tratando de negociação, veremos ser possível apurar por meio de fórmula matemática quando o acordo se mostra mais vantajoso à Administração, em detrimento do processo judicial. O cálculo envolve o custo do processo, tempo do processo e a chance de vitória ou derrota.

Outro ponto importante é atinente ao papel da jurisprudência na definição de procedimentos internos de processualização da tomada de decisão sobre o uso de meios alternativos de solução de controvérsias por parte da Administração.

No caso do Estado de São Paulo, embora não seja divulgado o número exato das derrotas do contencioso, é cediço que, pelo grande número de processos em execução, as derrotas representam um universo de grande representatividade.

Somente no ano de 2019, ingressaram no setor de execuções cerca de 67 mil novas ações. Tais processos, que decorrem do trânsito em julgado de processos de conhecimento de anos anteriores − lembrando que em 2014, entraram 55.544 processos novos; em 2015, 64.972; em 2016, 122.938; em 2017, 235.062; em 2018, bateu-se o recorde, com 319.576, o que indica que o número provável do ano de 2019 passará de 500 mil processos novos −, associados à redução do limite de pagamento por OPV, mostram que se avizinha uma grave crise de pagamentos aos credores.

Pois bem, diante dessa triste realidade, na qual a solução primordial dos conflitos se dá por meio da sentença judicial, o abandono sistemático do uso de meios alternativos de solução de controvérsias, como a negociação, a conciliação e a mediação, e a opção, ainda que inconsciente, pela sentença judicial, mostra que a Fazenda Pública não observa princípios como eficiência e celeridade processual, desconsiderando o custo do processo, o custo social e o prejuízo econômico que tal medida vem causando à população e ao erário.

Ao negar hipóteses de conciliação, ao não negociar matéria em que é sucessivamente derrotada, ao não reconhecer administrativamente direitos, preferindo a sentença judicial, e ao rolar a dívida por cerca de 20 a 25 anos, a Fazenda Pública beira não somente a má-fé (ainda que calcada na cultura da sentença ou da intransigibilidade de bens ou direitos), mas impõe, por sua inconsequência econômica e irracional, graves prejuízos ao erário, decorrentes da aplicação de juros, correção monetária e pagamento de honorários advocatícios aos vencedores.

Mecanismos jurídicos aptos a repensar o contencioso estão plenamente em vigor e podem ser utilizados pelo Estado. Necessária, contudo, uma verdadeira mudança de mentalidade e um verdadeiro gerenciamento do contencioso, abrindo as portas aos acordos, valendo-se de mecanismos acessíveis e já previstos na legislação.

Divisão em três partes

Como o pano de fundo desta tese é a Fazenda Pública dentro do sistema de justiça multiportas, sobretudo tendo uma especial visão da experiência do Estado de São Paulo, esquematizou-se a exposição da pesquisa distribuída em três partes Na introdução foi apresentado o problema com uma análise do contencioso geral do Estado de São Paulo e serão apresentadas propostas para aplicação de métodos alternativos de solução de controvérsias bem como números que mostram a quantidade e qualidade das ações judiciais propostas em face do Estado de São Paulo para, dessa forma, procurar entender quais medidas podem ser tomadas para processos.

Na *primeira parte* procura-se tratar da inserção do sistema de justiça multiportas no modelo brasileiro e a posição da Fazenda Pública, à luz da doutrina nacional. É composta

por um capítulo demonstrando a evolução histórica do sistema de justiça, sobretudo a evolução do modelo americano, e como ele foi capaz de superar problemas.

A *segunda parte* analisa a posição da Fazenda Pública como parte nos acordos, bem como nos negócios jurídicos processuais, para se estabelecer o uso de *alternative dispute resolutions* (ADR).

Na *terceira parte* se analisará a negociação bem como a chamada técnica de "desenho de solução de controvérsias" e a possibilidade de aplicação dessa técnica nos litígios envolvendo a Fazenda Pública.

CAPÍTULO 1 – INSERÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NO MODELO BRASILEIRO E A POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

Neste primeiro capítulo será analisado o sistema de justiça multiportas nos cenários internacional e nacional, em especial quando envolve a Fazenda Pública, bem como as principais técnicas que empregadas no sistema brasileiro: conciliação, mediação e arbitragem.

1.1 Evolução histórica do instituto

O conceito de sistema surgiu na literatura jurídica brasileira recentemente, sobretudo associado ao acesso à justiça. Note-se que não é incomum a referência a "sistema da ação civil pública", "sistema do código do consumidor", "sistema arbitral" e, naquilo que nos interessa, a "*sistema multiportas de resolução de conflitos*".

A ideia de *sistema* surgiu na filosofia com Weber e Durkheim mas, mais modernamente, com a chamada *teoria dos sistemas* de Habermas e a *teoria da ação comunicativa*, que procura analisar a própria sociedade como um sistema, buscando nos símbolos de comunicação o significado da linguagem. Para Habermas, a sociedade organizada decorre de um conjunto de ações *sistematicamente estabilizadas* de grupos *socialmente integrados.*

Essa concepção de sociedade sistematicamente organizada e a análise dos seus sistemas jurídicos, tal qual aparecem na literatura jurídica, é o que leva parte da doutrina a estudar o conceito de múltiplas portas como um sistema.[75]

---

[75] Sobre a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, Charlise Gimenez e Fabiana Spengler comentam: "O Poder Judiciário tem sido visualizado no centro das discussões contemporâneas, em razão da dificuldade/exaurimento da prestação de seu serviço, o que requer mudanças na estrutura física, na capacitação pessoal e, em especial, reformas políticas. Diante disso, é alvo constante de preocupações teóricas acerca da racionalidade instrumental de aplicação do direito e da estrutura necessária para a sua realização, razão pela qual o Conselho Nacional de Justiça realiza pesquisas nas três esferas da justiça (Poder Judiciário estadual; federal; Justiça do Trabalho), no tocante ao número de processos ajuizados por ano; número de sentenças proferidas por magistrado; número de recursos em segundo grau, número de magistrados; número de servidores; verificando-se, assim, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro, bem como demonstrando a incapacidade da Jurisdição de monopolizar a resolução dos conflitos, apresentando-se, para tanto, formas complementares de tratamento dos conflitos, as quais conferem celeridade, informalização e pragmaticidade. Nesse contexto, aponta-se que a crise do Judiciário perpassa por dois pontos: 1. Crise de identidade, aqui compreendida enquanto embaçamento do papel do Poder Judiciário como mediador central dos conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade dos conflitos; 2. E crise de eficiência, vista a partir da impossibilidade de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa com a qual se depara. Ademais, indica-se que a crise de eficiência da jurisdição decorre, também, da crise estrutural (dificuldades de infraestrutura, de pessoal, de equipamentos, de custos); crise objetiva (em decorrência da linguagem técnico-formal, utilizada nos procedimentos e ritos forenses, burocratização, morosidade e acúmulo de demandas); crise subjetiva ou tecnológica (incapacidade de lidar com as novas realidades e complexidades); e crise paradigmática

Ainda que no Brasil o tema envolva um emaranhado de leis, sobretudo em relação à Fazenda Pública, e se mostre como um modelo ainda em construção, não se pode negar a visão de sistema que deve ser implementada.

Ao lado disso, evidente a influência do modelo norte-americano e sua importação, usando uma expressão que para nós tem pouco significado, *multidoor*, traduzida literalmente como múltiplas portas.

O termo decerto faria sentido se o cidadão comum, ao deparar com um conflito com a Administração Pública, pudesse escolher entre diversas alternativas para a solução do conflito. Dentre elas, poderia selecionar mediar seu conflito, litigar no Judiciário, propor uma arbitragem ou ainda preencher um simples formulário de pedido administrativo. No modelo atual de solução do conflito não existem essas opções. Nem por isso se pode deixar de propor outro modelo, dentro do conjunto de leis autorizadoras mas não utilizadas, que já existem no sistema brasileiro, para que isso se torne realidade fática.

De fato, embora ainda inexistente, ele poderia existir e deveria ser aplicado. No que concerne ao presente trabalho, conciliação, mediação e arbitragem já são plenamente previstas no nosso ordenamento, bastando tão somente a sua aplicação.

1.1.1 Modelo de justiça multiportas no direito americano

Neste tópico iremos expor o sistema de justiça multiportas, apresentando a teoria de Frank Sander[76], idealizador do modelo no direito norte americano.

(relacionada aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos). Dessa forma, verifica-se o distanciamento da lei da sociedade na qual se encontra inserida, a qual não corresponde com a expectativa de tratamento adequado de conflitos. Portanto, afirma-se que a perda da capacidade do Judiciário de absorver e decidir conflitos está intimamente ligada com a maior ou menor sensibilidade diante das mudanças sociais. Em razão do cenário descrito, o Estado deparou-se com o desafio de apresentar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica, motivo pelo qual se utiliza a Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas, a qual busca uma racionalidade para responder à complexidade social. Para justificar a utilização da referida teoria, o próprio autor manifesta que as instituições do Estado de Direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos, possibilitando que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente surja, encontrando respaldo em programas legais, circulando em toda a sociedade por meio da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolvimento de sua força de integração social." (GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. Contribuições da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas nos meios complementares de tratamento de conflito: o estudo do *multidoor courthouse system*. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 165-166, 2016. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18233/15781. Acesso em: 30 nov. 2019).

[76] "Frank Sander é professor emérito da Faculdade de Direito de Harvard, onde leciona há mais de 45 anos e foi reitor associado de 1987 a 2000. Nascido na Alemanha, veio para os Estados Unidos aos 13 anos. Formou-se em matemática no ano de 1949, em Harvard, e em direito na Faculdade de Direito dessa mesma universidade em 1952, onde exerceu o cargo de tesoureiro da Harvard Law Review. Após trabalhar como secretário do juiz presidente do Tribunal, Calvert Magruder, da Primeira Corte de Apelação, e com o juiz Felix Frankfurter, da Suprema Corte dos Estados Unidos, atuou como advogado apelante na divisão tributária do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, ingressando, posteriormente, no escritório de

O modelo norte-americano importado pelo Brasil, cujas raízes remontam à época colonial[77], fundamentalmente se calca na teoria de Frank Sander[78]. Baseado no federalismo

advocacia Hill & Barlow em Boston. Desde seu ingresso na Faculdade de Direito de Harvard, em 1959, o professor Sander lecionou diversas disciplinas, como direito tributário, direito de família, direito de bem-estar social, responsabilidade profissional, resolução alternativa de conflitos, mediação e negociação. No final dos anos 1970, voltou-se para a área de métodos alternativos. Em 1976, lançou o documento de sua autoria denominado *Varieties of dispute processing* (Variedades do processamento de conflitos), na *Pound Conference*. Nele o professor Sander lançou o conceito do Tribunal Multiportas — modelo multifacetado de resolução de conflitos em uso atualmente em vários setores dos Estados Unidos e outros países. Em colaboração com os professores Stephen Goldberg e Eric Green, escreveu o primeiro *casebook* sobre métodos alternativos, *Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes* (1985), ganhador do prêmio de melhor livro publicado naquele ano, concedido pelo International Institute for Conflict Prevention and Resolution. Também escreveu inúmeros artigos sobre métodos alternativos e trabalhou como árbitro ou mediador em centenas de casos. Durante muitos anos, fez parte do Comitê Permanente sobre Resolução de Conflitos da Ordem dos Advogados dos Estados Unidos, de grande valia na institucionalização da ADR em diversos foros nos Estados Unidos. Duas vezes por ano, o professor Sander promove um *workshop* de uma semana sobre mediação no curso de negociação da Faculdade de Direito de Harvard, e que foi também realizado no Canadá, Austrália, Nova Zelândia e Noruega. Além disso, fez parte da comissão sobre a Lei de Mediação Uniforme, e nos últimos 10 anos foi consultor de métodos alternativos em muitos países, como Israel e Cingapura, além de proferir palestras sobre o assunto no mundo inteiro." (CRESPO, Mariana Hernandez; SANDER, Frank. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. *In*: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org.). *Tribunal multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Capítulo 1, p. 27-28).

[77] Segundo Diego Faleck e Fernanda Tartuce: "A história do uso atual da mediação nos EUA tem duas raízes distintas dissociadas do sistema formal legal: o desenvolvimento da justiça comunitária e a resolução de conflitos trabalhistas (valendo destacar que apenas recentemente as cortes incorporaram a mediação de forma sistemática). Subestima-se o uso de abordagens facilitadoras entre nativos norte-americanos e colonos; na cultura dos nativos, a construção da paz era a principal forma de resolução dos conflitos e, por ser fortemente ligada a uma justiça que se acreditava sagrada, as disputas eram conduzidas de modo a lidar com as questões subjacentes aos conflitos e reconstruir relacionamentos (o que é feito até os dias atuais). Durante a colonização dos Estados Unidos, muitos grupos de colonos enfatizaram a manutenção da paz, tendo contribuído para tal promoção a proximidade dos povoados e a necessária junção de esforços para sobreviver em face da Coroa. A prioridade cultural do consenso comunitário em detrimento do individualismo e da beligerância formou a base da mediação; além disso, muitos colonos desenvolveram uma visão depreciativa do trabalho dos advogados, o que desencorajou o uso da via litigiosa. No final do século XVII, contudo, o uso de formas não legais de solução de disputas entrou em declínio, podendo alguns fatores ser identificados como determinantes para tal ocorrência: 1. o aumento da população e a consequente dissipação do sentimento de comunidade; 2. o desenvolvimento da indústria e do comércio com o natural incremento na complexidade das disputas e dos documentos, resultando na necessidade de contratação de advogados focados em questões comerciais; 3. o aumento da aceitabilidade de muitas *common laws*; 4. a substituição da cooperação pela competitividade. Nesse cenário, a litigância assumiu um grande papel ao prover uma moldura para a ordem e para a autoridade. Como mencionado, a mediação foi historicamente usada na seara trabalhista: no começo da industrialização norte-americana, quando as disputas ocorriam internamente nos negócios, uma solução rápida era imperativa − sobretudo quando verificadas entre trabalhador e gerente e com perfil tal que, se não resolvidas, poderiam levar a golpes e até ao fechamento do negócio. Com a coletivização dos conflitos, o Congresso americano criou em 1931 o Departamento de Trabalho e instituiu a realização de mediação pela Secretaria de Trabalho, o que possibilitaria a prevenção da paralisação da produção." (FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. p. 6. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019). Ver também: MENKEL-MEADOW, Carrie. Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution. *In*: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (coord.). *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

[78] "Para a população em geral, as cortes se tornaram o principal *locus* da solução de disputas, substituindo a comunidade e a igreja, mesmo que o descontentamento com a via judicial fosse expresso (pelos custos elevados de dinheiro e tempo); como a imposição externa de uma decisão também não contribui para a

norte-americano, cada Estado federal pode estabelecer regras de solução de conflitos, sendo comumente citados, no campo das ADRs (ou MASCs no Brasil), os Estados da Flórida e de Nova York como possuidores dos modelos mais evoluídos.[79]

Na Florida existe um dos mais abrangentes programas de mediação, o Florida Dispute Resolution Center (DRC), criado nos anos 1980, para prestar serviços de mediação, bem como pesquisa e educação em mediação e demais ADRs, que constitui um dos mais abrangentes programas de *mediação conectada à Justiça*[80] dos Estados Unidos.[81]

---

satisfação das partes, a insatisfação catalisou o atual movimento das ADRs. No que tange ao movimento atual de resgate da mediação, embora normalmente se atribua seu início à Pound Conference (em 1976), constata-se que antes disso muitos programas existiram − alguns inclusive originários de uma forma alternativa de justiça comunitária; como exemplo, a American Arbitration Association (AAA) proveu programas-piloto de mediação financiados pela Fundação Ford no final dos anos para acalmar as tensões sociais existentes. Em 1971 teve lugar o primeiro programa ligado ao sistema judiciário: o Prosecutor's Office de Ohio estabeleceu um programa de mediação para disputas entre os cidadãos utilizando estudantes de direito como mediadores para questões que envolviam pequenos crimes. Não há como negar, porém, que o desenvolvimento sistematizado da mediação apenas viria com a Pound Conference, já que os programas desenvolvidos até então se situavam em poucas comunidades e não eram coordenados entre si." (FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda, *Introdução histórica e modelos de mediação*, cit., p. 6-7).

[79] SALES, Lilia Maia de Morais; SOUZA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*. ano 5, n. 16, p. 206, jul./set. 2011. https://www.researchgate.net/publication/326707190_O_Sistema_de_Multiplas_Portas_e_o_judiciario_brasileiro. Acesso em: 30 nov. 2019.

[80] "*Special considerations when mediation is court-connected. When mediation occurs within the formal justice system, tensions arise between the primarily adversary legal process and the principles of mediation. This is sometimes referred to as the dilemma of court-connection and includes tensions between: adversarial verses non-adversarial approaches; transparency verses privacy; application of the law verses responsiveness to the individual; and professional control verses self-determination. There are competing messages within court-connected mediation as to whether or not an adversarial or non-adversarial approach is appropriate. The parties are engaged in a parallel adversarial litigation process, and despite its confidentiality, what occurs at mediation will affect the course of the litigation. The formal legal system promotes fairness between parties by being open, transparent and closely monitored by courts. This enables the quality of decisions to be investigated and therefore assured. Court-connected mediation, being private and largely protected from scrutiny, is therefore an anomaly within the formal legal system. Court-connected mediation falls between the formal legal process and informal negotiations between lawyers, which are not open to scrutiny. This raises the question of the degree of scrutiny and management that is required of a court in regard to mediation programs conducted under its sanction. The principle of procedural fairness is shared by mediation and the formal justice system. It is assured in different ways, namely through transparency in court and standards of mediator conduct in mediation. Court-sanctioned mediation is part of a system that delivers justice, not just settlement, and therefore there is an obligation on courts to promote fairness within their mediation processes.5 This requires more involvement than simply referring matters to mediation in the absence of quality control measures.6 There is an obligation upon courts who refer matters to mediation to have systems in place to assure parties about the quality and fairness of the process to which they are being referred.7 This does not necessarily mean opening up the mediation process to the scrutiny applied to open court processes. Quality control may be achieved by applying and advertising standards of mediation practice and welcoming complaint about breach of those standards, together with mechanisms to monitor participants' experiences of fairness*." (RUNDLE, Olivia. *Court-connected mediation programmes*: implications for courts and the legal profession. p. 1. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/f883/156eb6b1406b40524cdc9f08a043a6fe5752.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019).

[81] "*Alternative dispute resolution (ADR) has been utilized by the Florida Court System to resolve disputes for over 30 years, starting with the creation of the first citizen dispute settlement (CDS) center in Dade County in 1975. ADR processes offer litigants court-connected opportunities to resolve their disputes without judicial intervention. In Florida, this has resulted in one of the most comprehensive court-connected mediation programs in the country. The Florida Dispute Resolution Center (DRC) was created during the*

O início do programa se deu em alguns condados, que financiavam os centros de mediação locais, gerando uma ampla gama de serviços. A partir de 2004, o Estado da Florida passou a financiá-lo em nível estadual:

> Em uma emenda constitucional implementada em 1 de julho de 2004, o financiamento para o sistema judicial estadual tornou-se a responsabilidade do estado. O objetivo era que os litigantes tivessem acesso geralmente uniforme a serviços "essenciais", independentemente de onde moram no estado. Entre esses serviços "essenciais" estão a mediação e a arbitragem ligadas ao tribunal.[82]

Pelo programa DRC, a Suprema Corte da Florida (equivalente ao Tribunal de Justiça estadual) capacita e certifica mediadores em diversas áreas de atuação, como família, matérias locais e recursos. Regra geral, as partes escolhem os mediadores do próprio tribunal para a solução dos litígios.

Na Flórida, portanto, o DRC é uma verdadeira política pública de solução de conflitos, estimulada e fiscalizada pela sua Suprema Corte, que vela por uma solução rápida e segura dos conflitos.

Em Nova York, o próprio sítio do tribunal induz as partes a usar os meios alternativos de solução de conflitos[83]. De forma simples e direta, a Corte propõe ao cidadão

---

mid 1980's to provide assistance to the courts in developing ADR programs and to conduct education and research on ADR in general. On January 1, 1988, comprehensive revisions to Chapter 44, Florida Statutes, entitled 'Mediation Alternatives to Judicial Action', were implemented. This 1987 legislation granted civil trial judges the statutory authority to refer cases to mediation or arbitration, subject to rules and procedures established by the Supreme Court of Florida. Since then, the statute has been revised several times and procedural rules, certification qualifications, ethical standards, grievance procedures, training standards, and continuing education requirements for mediators have been implemented. The Florida State Court System consists of 20 judicial circuits that encompass Florida's 67 counties. Prior to July 2004, ADR programs in Florida were funded by the counties. This resulted in great variations of ADR services across the state. Generally, single county circuits provided litigants with access to a wide variety of ADR programs; while in multi-county circuits, ADR services were offered in some, but not all of the counties; thereby leaving some counties with no services." (About ADR & Mediation. Disponível em: https://www.flcourts.org/Resources-Services/Alternative-Dispute-Resolution/About-ADR-Mediation. Acesso em: 30 nov. 2019).

[82] No original: "*In a constitutional amendment implemented on July 1, 2004, the funding for the state court system became the responsibility of the state. The goal was for litigants to have generally uniform access to 'essential' services regardless of where they live in the state. Included among those 'essential' services are court-connected mediation and arbitration.*" (About ADR & Mediation. Disponível em: https://www.flcourts.org/Resources-Services/Alternative-Dispute-Resolution/About-ADR-Mediation. Acesso em: 30 nov. 2019. Nossa tradução).

[83] "*Alternative dispute resolution (ADR) refers to a variety of processes that help parties resolve disputes without a trial. Typical ADR processes include mediation, arbitration, neutral evaluation, and collaborative law. These processes are generally confidential, less formal, and less stressful than traditional court proceedings. [...] ADR often saves money and speeds settlement. In ADR processes such as mediation, parties play an important role in resolving their own disputes. This often results in creative solutions, longer-lasting outcomes, greater satisfaction, and improved relationships*." (Disponível em: http://ww2.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em: 30 nov. 2019).

que está envolvido em algum conflito os diversos mecanismos alternativos de solução de conflitos, informando que há uma variedade de procedimentos extrajudiciais que resolvem o conflito pacificamente e promovem soluções criativas.[84]

Dentre as soluções apresentadas pela Corte de Nova York, estão mediação, mediação gratuita ou de baixo custo, divórcio e ADR, mediação agrícola, mediação em processos já em curso no tribunal e até mesmo mediação em relação a honorários cobrados por advogados de clientes.

Note-se que o serviço é acessível à população:

> O sistema do Tribunal Unificado do Estado de Nova Iorque oferece às partes acesso a mediação gratuita ou de taxa reduzida e outros serviços de meios alternativos de disputas em direito de família, litígios gerais em matéria civil e comercial. Esses serviços estão disponíveis em muitos tribunais e nos centros comunitários de resolução de litígios localizados em quase todos os 62 municípios do Estado de Nova Iorque.[85]

Os serviços não são apenas fornecidos nos fóruns, mas também nos condados, onde as partes, mediante um baixo custo, podem procurar centros de mediação de conflitos, equivalente aos nossos Cejuscs.

Serviços de divórcio e mediação com taxa reduzida também estão disponíveis para casais elegíveis na área da cidade de Nova York, no centro de direito colaborativo de família.

Assim sendo, nesses dois Estados norte-americanos há uma política pública relativa aos ADRs, para que, antes de se propor uma demanda, sejam apresentadas diversas alternativas para o processo judicial. Um dos motivos para o uso de tais mecanismos

---

[84] Disponível em: http://ww2.nycourts.gov/ip/adr/Info_for_parties.shtml. Acesso em: 01 dez. 2019.

[85] "*The New York State Unified Court System offers parties access to free or reduced-fee mediation and other ADR services in family law, general civil and commercial law disputes. These services are available in many courthouses and in the Community Dispute Resolution Centers located in almost all of New York State's 62 counties. Reduced-fee collaborative divorce and mediation services may also be available to eligible couples in the New York City area through the court-sponsored Collaborative Family Law Center*." (Disponível em: http://ww2.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em: 01 dez. 2019).

alternativos, além de sua eficiência e celeridade, é o custo do processo nos Estados Unidos.[86]

1.1.1.1 Construção do modelo americano de ADRs

Lilia Sales e Mariana de Souza indicam que uma das mais importantes iniciativas de repensar o modelo americano partiu do presidente da Suprema Corte americana Warren Burger que, em meados dos anos 1970, questionou o tradicional papel dos profissionais do direito de "cicatrizadores dos conflitos humanos" e propôs o uso mais frequente dos processos de negociação e arbitragem.[87]

No ano de 1976, na Pound Conference, Frank Sander expôs a problemática de pensar que o Poder Judiciário, como um sistema fechado composto de juízes, partes, promotores e advogados, é a única maneira de resolver conflitos entre os indivíduos que buscam uma solução.[88]

---

[86] Os altos custos dos processos nos Estados Unidos são devidos aos custos com advogados e às taxas dos tribunais: "*The U.S. Chamber Institute for Legal Reform (ILR) today released a study by NERA Economic Consulting showing that the U.S. has the world's most costly legal system as a share of its economy. The study compared liability costs as a percentage of GDP using general liability insurance sold to companies in Canada, Eurozone countries, and the U.S. because it covers similar types of costs in each country. Data shows that as a percentage of its economy, the U.S. legal system costs over 150 percent more than the Eurozone average, and over 50 percent more than the United Kingdom [...] The national opinion survey of voters was conducted in April 2013 by leading polling firms Penn Schoen Berland and Public Opinion Strategies. The poll showed that 87% of voters view the number of lawsuits in the country as a problem and that 69% say that there has been increased abuse of the legal system over the past decade. Furthermore, one-in-three voters – and 43% of small business owners – report having either been threatened with or involved in a civil lawsuit. Only 14% of those who were part of a class action lawsuit report having received something of meaningful value, such as a cashed check or redeemed coupon, as a result of the lawsuit. In contrast, four-in-five voters that had been involved in a civil lawsuit said that lawyers benefit the most from class action lawsuits. 'America's costly legal system inhibits our global competitiveness, and impedes our ability to grow our economy and create jobs', said Rickard. 'Global businesses consider the cost of litigation in deciding where to locate. These results underscore that our system puts us at a competitive disadvantage'. ILR seeks to promote civil justice reform through legislative, political, judicial, and educational activities at the national, state, and local levels. The U.S. Chamber of Commerce is the world's largest business federation representing the interests of more than 3 million businesses of all sizes, sectors, and regions, as well as state and local chambers and industry associations*." (U.S. legal system is world's most costly according to a new study. 14 May 2013. Disponível em: https://www.instituteforlegalreform.com/resource/us-legal-system-is-worlds-most-costly-according-to-a-new-study. Acesso em: 01 dez. 2019).

[87] SALES, Lilia Maia de Morais; SOUZA, Mariana Almeida de, O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro, cit., p. 206.

[88] Sobre o tema, Diego Faleck e Fernanda Tartuce apontam a importância da Pound Conference: "Em 1976, Frank Sander, professor de Harvard, iniciou uma grande revolução no campo de resolução de disputas com seu famoso discurso 'Variedades de Processos de Resolução de Disputas' na Conferência Roscoe Pound sobre as Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça. Ele trouxe a visionária idéia, recentemente recepcionada no Brasil pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, de que os tribunais estatais não poderiam ter apenas uma 'porta' de recepção de demandas, relacionada ao litígio, mas

Em diálogo com Mariana Crespo, Frank Sanders, perguntado sobre as origens de sua teoria, assim respondeu:

> Bem, vou tentar responder a sua pergunta. Em primeiro lugar, gostaria de dizer que esta é uma excelente oportunidade para mim, pois fazer parte de um projeto vivo e construir instituições é diferente de colocar ideias no papel. Tomei conhecimento desse conceito de Tribunal Multiportas quase que por acaso. Encontrava-me em período sabático com minha família na Suécia, em 1975 [...] Eu tinha feito alguns trabalhos extras com arbitragem, tinha certa experiência com conflitos familiares nos tribunais e fiquei surpreso com o trabalho pouco satisfatório dos tribunais na resolução dos conflitos familiares, e quão promissora se apresentava a arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas. [...] pretendiam organizar uma grande conferência para tratar de vários assuntos ligados à insatisfação com o sistema jurídico, sendo um deles a resolução de conflitos, entre muitos outros — ações penais, ações cíveis etc. [...] Preparei-me rapidamente durante três meses, e então apresentei em St. Paul a palestra "Variedades de processamento de conflitos". Acho que fui um exemplo típico de quem está no lugar certo, na hora certa, porque as coisas começaram a acontecer a partir dali.[89]

Ao ser perguntado sobre a relação, ou ligação, entre os métodos alternativos e o sistema de tribunais, assim respondeu:

> Bem, não existe qualquer relação inerente. Penso, por outro lado, que se trata de uma relação bastante natural, porque os tribunais são o principal local de que dispomos, talvez o mais importante, para a resolução de conflitos. Assim, podemos argumentar que o Tribunal Multiportas deveria estar ligado aos

---

sim que poderiam direcionar casos para uma variedade de outros processos de resolução de disputas, entre os quais a mediação, a conciliação e a arbitragem; esse evento é visto por muitos como o 'Big Bang' da teoria e prática moderna da resolução de disputas. As ideias de Sander receberam amplo apoio da Suprema Corte norte-americana e de movimentos sociais que defendiam a ideia de empoderamento político. Suas ideias germinaram e culminaram na concretização de uma série de iniciativas no setor público, o que acarretou também o subsequente desenvolvimento da resolução de disputas no setor privado. O movimento da mediação comunitária floresceu alimentado pelo apoio público, assim como cresceu a utilização da mediação em questões de direito de família (com maior envolvimento também de psicólogos). A mediação familiar passou a ser obrigatória em alguns estados americanos e gerou também um movimento chamado de '*collaborative law*' (advocacia colaborativa). No final da década de 80 reformistas do movimento de mediação comunitária propuseram uma alternativa para a justiça criminal preconizando a justiça restaurativa, vertente que hoje inspira grupos de teóricos e praticantes no Brasil. Um novo campo de estudos, denominado 'Desenho de Sistemas de Disputas' surgiu nos Estados Unidos com vistas a ajudar as partes a criar um menu (sistema) de resolução de disputas desenhados sob medida para organizações ou certos tipos de disputas, especialmente em causas repetitivas ou disputas legais complexas. A institucionalização de várias formas de mediação e negociação facilitadas prosseguiu da teoria à prática pela convergência de uma série de disciplinas nos anos 80. O Programa de Negociação (PON) da Harvard Law School foi fundado em 1983 e reuniu acadêmicos de diferentes áreas do conhecimento e de diversas escolas de Harvard (dentre os quais o próprio Frank Sander, Roger Fisher, William Ury e Lawrence Susskind, entre outros). As teorias estudadas tinham enfoque na negociação criativa para solução de problemas, ao invés da perspectiva de uma 'vitória' na negociação. Essas teorias também encorajavam e estudavam a mediação para garantir que as negociações fossem, tanto quanto possível, mais eficientes e criativas." (FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda, *Introdução histórica e modelos de mediação*, cit., p. 7-8).

[89] CRESPO, Mariana Hernandez; SANDER, Frank, Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas, *in Tribunal multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil, cit., cap. 1, p. 30-31.

> tribunais, mas tecnicamente o centro abrangente da justiça [ou Tribunal Multiportas] que eu citei poderia estar bem separado dos tribunais. É mais ou menos como a história de Willie Sutton, o ladrão de bancos, que, quando indagado por que roubava bancos, respondeu: "é lá que está o dinheiro". O tribunal é o lugar onde os casos estão, portanto nada mais natural do que fazer do tribunal uma das portas do Tribunal Multiportas — a ideia é essa. Mas pode acontecer de o tribunal estar aqui, e os outros processos [arbitragem, medição etc.] estarem lá; não existe nada [no método] que possa evitar esse fato.[90]

Em suma, a proposta de Frank Sander foi introduzir no Judiciário mecanismos que ele chamou de múltiplas portas de resolução de conflitos, que seriam, alternativos aos modelos adversariais de partes e juízes e, ademais, seriam múltiplos, pois envolveriam não somente o modelo adversarial, como também poderiam envolver métodos consensuais de solução.

Pela proposta, os métodos alternativos poderiam ser ainda *anteriores ao ajuizamento da demanda*, e mais, poderiam ser métodos mais céleres, baratos e adequados às peculiaridades de cada caso. Poderiam ainda contar com pessoas preparadas para mediar conflitos, não necessariamente com formação jurídica ou advogados.

Apontam Lilia Salles e Mariana de Souza: "O conceito tem a premissa da noção de que há vantagens e desvantagens em cada caso específico ao usar um ou outro processo de resolução de disputas, sendo que a existência de várias possibilidades é a situação ideal."[91]

---

[90] CRESPO, Mariana Hernandez; SANDER, Frank, Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas, *in Tribunal multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil, cit., cap. 1, p. 33. Perguntado por Mariana Hernandez Crespo como o conceito de tribunal multiportas prosperou após a Pound Conference de 1976, Frank Sander assim respondeu: "Trata-se de uma pergunta complicada e também interessante, que preocupa os cientistas políticos e os filósofos − por que algumas ideias são aceitas, e outras não? Às vezes, as causas são várias. Às vezes, para citar o título de um livro recentemente lançado por Malcolm Gladwell, atingimos o 'ponto certo' onde as coisas que favorecem um movimento se encaixam. [...] Bem, acho que um fato específico que ocorreu no outono de 1976 foi a eleição de Jimmy Carter para a presidência dos Estados Unidos. Ele nomeou Griffin Bell Procurador-Geral da República. [Bell] tinha feito um comentário sobre o meu artigo da Pound Conference [de 1976] e se mostrou bastante intrigado com o que leu. Então, criou uma divisão especial no Departamento de Justiça, chamada Divisão de Melhoramentos na Administração da Justiça. Assim, os líderes da Pound Conference estabeleceram uma força-tarefa de acompanhamento, para verificar as ideias que tinham sido lançadas [na conferência] e de que forma elas poderiam ser promovidas e implementadas, e Griffin Bell esteve à frente do trabalho. Mas houve muitas outras influências. A Ordem dos Advogados dos Estados Unidos incorporou o conceito e criou uma comissão especial, denominada inicialmente Comissão Especial para a Resolução de Pequenos Conflitos, um nome que era estranho, mas que aos poucos se transformou na Comissão para a Resolução de Conflitos. Em 1993 tornou-se a Seção de Resolução de Conflitos da ABA, hoje com 17 mil integrantes. Assim, a ABA incorporou o conceito. Eles organizam uma conferência nacional todos os anos, na primavera, que é muito popular nessa área. Criaram um jornal, denominado *Dispute Resolution Magazine*. Portanto, muitas coisas foram feitas desde então. Também foram criadas leis de âmbito estadual e federal sobre esse assunto." (Ibidem, p. 34).

[91] SALES, Lilia Maia de Morais; SOUZA, Mariana Almeida de, O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro, cit., p. 207.

Outro ponto observado pela pesquisadora é que o programa de múltiplas portas permanece conectado a um tribunal, ou seja, é *court-connected*, o que de certa forma permite às partes litigantes a escolha de processos variados de resolução de disputas:

> Em outras palavras, entende-se por Sistema de Múltiplas Portas nas Cortes o nome dado aos programas relacionados com cortes nos quais os escritórios centrais recebem todas as demandas do tribunal ou corte e assessores especialmente treinados guiam os casos aos procedimentos de resolução de conflitos mais apropriados.[92]

Sharon Press, ex-diretor do Florida DRC, apresenta algumas críticas a esse modelo[93], relativas à falibilidade humana, até mesmo ressaltando as vantagens do sistema adversarial. No caso em tela, tratou do uso da mediação envolvendo minorias sociais e camadas mais pobres da população. Para melhorar a confiabilidade do sistema, sugere quatro providências: coleta, pesquisa e avaliação de dados[94]; uso de mediadores de diferentes origens[95]; treinamento[96]; e acesso à informação[97].

---

[92] SALES, Lilia Maia de Morais; SOUZA, Mariana Almeida de, O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro, cit., p. 208.

[93] "*Starting with the early experimental days, mediation's potential was great. It would enhance self-determination and mutual problem-solving, and it would be less costly and quicker than traditional adjudicatory processes. Mediation would provide a more humane process, one in which parties could be heard, maintain their dignity and make their own decisions. In the past two and a half decades, court-connected mediation has encountered a range of critics. Many of the promises described above were not specific to court-connected mediation; in fact, the advent of court-ordered mediation led many scholars to question whether mediation's full potential could ever be realized in a court setting, where efficiency interests would likely prevail. Would litigation become more humane, or would mediation become more like adjudication? Many observers have also wondered about the impact of these processes on minorities. While questions remain about the pros and cons of court-ordered mediation generally, the focus of this article will be an exploration of whether progress has been made in the last 25 years regarding minorities' experience, as both mediators and parties, in court-connected mediation.*" (PRESS, Sharon. *Court-connected mediation and minorities*. American Bar Association (ABA), 29 June 2017. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/publications/dispute_resolution_magazine/2013/summer/court-connected-mediation-and-minorities/. Acesso em: 02 dez. 2019).

[94] "*Data Collection, Research and Evaluation. Albert Einstein is often credited as saying: 'Not everything that counts can be counted and not everything that can be counted counts'. This certainly holds true in the context of mediation. Satisfaction and impact on relationships are difficult to assess and therefore count, but they are critically important measures. On the other hand, the number of mediations that result in settlement is easy to count but does not provide an accurate picture of whether procedural justice was achieved.*" (PRESS, Sharon, *Court-connected mediation and minorities*, cit.).

[95] No caso americano, para solucionar o problema da origem ética: "*Increase Mediator Diversity. The New Mexico study, as well as other small studies and a great deal of anecdotal evidence, suggest that the ethnic identity of the mediator matters. This, in combination with the shift away from minority mediators in court-connected programs, highlights an area where changes are necessary*." (PRESS, Sharon, *Court-connected mediation and minorities*, cit.).

[96] "*Training. Much can be accomplished through both formal and informal training opportunities. Many court-connected programs require that their mediators complete initial training. At a minimum, this training should include learning objectives that relate to cultural competence and encourage consideration of the issues raised in this article. Continuing education programs for mediators should also highlight diversity and cultural competence, so that as mediators become more experienced, they continue to consider these issues. In addition to these more formal training opportunities, court-connected programs should encourage informal interaction between mediators in the form of discussion groups and luncheons. Particularly if a program is successful in diversifying its ranks, these types of experiences will go a long way to educate mediators.*" (PRESS, Sharon, *Court-connected mediation and minorities*, cit.).

[97] "*Access to Information. Program administrators and mediators need to be mindful of what information is shared about the mediation process and procedures and how that information is shared. For example, in*

Portanto, o modelo americano de ADR ligado à corte não está livre de críticas. Embora seja um sistema ligado à obtenção de resultados de forma prática, célere e barata, há críticas a ele. Via de regra, na mediação ligada à corte há dois níveis de resolução de conflitos: num primeiro momento, tenta-se o acordo de forma célere e barata e, caso ele não ocorra, o processo se torna caro e lento. Assim, as partes são praticamente forçadas a realizar acordos, sob pena de verem seu litígio se transformar em algo dispendioso.[98-99]

Além disso, os auxiliares da justiça que levam os casos à mediação muitas vezes forçam acordos, ou ainda passam a se valer de regras do processo civil para a obtenção de acordos, por exemplo insinuando a uma parte que as provas estão contra ela.[100]

Independentemente das críticas, no modelo proposto por Frank Sanders, essa admissão inicial do caso é feita por um assessor, que faz uma triagem da demanda e auxilia as partes a fazer a escolha, a partir da análise da disputa, para determinar qual processo ou combinação de processos seria mais adequado ao caso concreto.[101]

Apontam Lilia Sales e Mariana de Souza:

> Dessa forma, preliminarmente, faz-se uma avaliação da querela por meio de pessoal especializado a fim de identificar, às partes ou interessados, qual instrumento de resolução de demandas (ou "porta") será mais adequado à causa.

---

what languages is information about the process and procedure available to participants – and at what comprehension level? How is the information distributed? Is the information merely provided online or is there a knowledgeable person available to talk to participants? Is there clear information provided for a party who needs the services of an interpreter? Is the cost of an interpreter covered by the program, or must the party pay himself?" (PRESS, Sharon, *Court-connected mediation and minorities*, cit.)

[98] NYLUND, Anna. Access to justice: is ADR a help or hindrance? *In*: ERVO, Laura; NYLUND, Anna (ed.). *The future of civil litigation*: acess to courts and court annexed mediation in the Nordic countries. Cham: Springer International, 2014. cap. 16, p. 325-344.

[99] "Existem diversos MARC que podem ser estabelecidos em um sistema privado ou vinculados as Cortes. Os programas de MARC vinculados as Cortes são aqueles devidamente autorizados por elas. Sob o sistema de arbitragem vinculada as Cortes, os MARC podem ser voluntários (quando as partes concordam em participar) ou mandatórios (quando são compelidos pelas Cortes). Os MARC privados são aqueles que normalmente são oferecidos na América Latina pelas câmaras de comércio ou grupos sem fins lucrativos. Também inclui as arbitragens internacionais que frequentemente são utilizadas quando existe uma disputa envolvendo investidores estrangeiros. O Centro de Mediação de Disputas sobre Investimentos conectado ao Banco Mundial, a Comissão das Nações Unidas sobre Direito Internacional do Comércio (UNCITRAL), Lei sobre o Modelo de Arbitragem, e alguns tratados bilaterais de investimentos como o NAFTA são alguns mecanismos que podem ser utilizados. Todavia, os acordos sobre arbitragem privada são executados sob a égide do Judiciário. Assim, quando uma parte não se obriga pelo acordo, a outra parte pode executá-lo judicialmente." (DAKOLIAS, Maria, *O setor judiciário na América Latina e no Caribe*: elementos para reforma, cit., p. 41).

[100]. NYLUND, Anna, Access to justice: is ADR a help or hindrance? *in The future of civil litigation*: acess to courts and court annexed mediation in the Nordic countries, cit., p. 334.

[101] SALES, Lilia Maia de Morais; SOUZA, Mariana Almeida de, O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro, cit., p. 208.

> O profissional responsável pela condução do caso pode ser um negociador, um conciliador, um mediador, um árbitro, ou um juiz. O importante é que se busquem métodos dirigidos especificamente ao problema identificado.[102]

Essa triagem inicial da causa por profissional habilitado a dirigi-la à porta mais adequada é parte essencial do mecanismo. E mais, depende diretamente de um sistema de ADR *court-connected*, eis que o próprio tribunal oferta esse serviço.

Lilia Sales e Mariana de Sousa, baseando-se em estudo de Frank Sander, apresentam cinco critérios para a escolha do mecanismo alternativo de solução de cada conflito específico:

> a) A natureza da disputa – problemas policêntricos nos quais não há implicações ou diretrizes claras têm mais possibilidades de serem resolvidos pelas próprias partes melhor que com a intervenção imposta externamente. Nesse caso, podem ser usadas formas alternativas de resolução de disputas aonde não haja a interferência de terceiro na tomada de decisões, como é o caso da mediação no Brasil, ou da mediação facilitativa nos Estados Unidos. Todavia, em casos de disputas repetitivas e rotinizadas, mais adequada seria a aplicação de processos adjudicatórios mais formais.
> b) Relacionamento entre as partes – em casos nos quais as situações são caracterizadas por relações continuadas entre as partes, é importante que os sujeitos envolvidos na disputa trabalhem em conjunto a fim de encontrar suas próprias soluções para garantir que qualquer acordo seja aceitável e duradouro. Aqui prevalece exatamente o interesse da preservação do relacionamento. Da mesma forma, considera-se que nesse caso a negociação e, em especial, a mediação, seriam métodos preferíveis.
> c) Valor na disputa – as despesas do processo devem ser proporcionais aos valores em jogo. Disputas envolvendo valores pequenos ou outros custos devem ser mais convenientes processos aonde as partes fiquem em pé de igualdade. Disputas nos quais maiores custos e riscos são colocados devem ser adjudicados com a panóplia proteção de um processo justo. Contudo, não se deve olvidar que casos pequenos podem envolver tópicos complicados enquanto casos grandes podem ser simples. A novidade ou complexidades das questões em jogo podem ser um bom indicador de qual processo de resolução é mais indicado, assim como no que tange aos custos envolvidos.
> d) Custo na resolução da disputa – acordos em disputas devem ter um justo custo-benefício. No caso da aplicação dos métodos alternativos no sistema das múltiplas portas, se todos os fatores forem equânimes, o custo deve ser mantido o mais baixo possível.
> e) Velocidade na resolução da disputa – o método mais rápido na resolução do conflito deve ser preferido[103-104]

[102] SALES, Lilia Maia de Morais; SOUZA, Mariana Almeida de, O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro, cit., p. 209.
[103] SALES, Lilia Maia de Morais; SOUZA, Mariana Almeida de, O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro, cit., p. 210-211.
[104] GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A. Selecting a mediator: an alternative (sometimes) to a former judge. *Litigation*, v. 33, No. 4, p. 40-44, Summer 2007.

Uma das principais preocupações foi, em razão da insatisfação da população com o serviço da Justiça, identificar as causas dessa insatisfação e a assim propor soluções.

Analisando-se o tipo de litígio, pode-se concluir que nem sempre a resposta do Judiciário é a mais adequada e que litígios de diferentes matizes podem ter soluções mais adequadas.

Outro importante aspecto da teoria Frank Sander foi a criação de centros de solução de conflitos, chamados em um primeiro momento de centros abrangentes de justiça:

> Após aquela palestra na Pound Conference, no verão de 1976, uma das revistas da ABA [American Bar Association — Ordem dos Advogados dos Estados Unidos] publicou um artigo sobre essa conversa. Na capa da revista, uma grande quantidade de portas, representando o que chamaram de Tribunal Multiportas. Eu tinha dado um nome bem mais acadêmico: "centro abrangente de justiça", mas muitas vezes o rótulo que se dá a uma ideia depende mais da divulgação e da popularidade dessa ideia. Assim, devo à ABA esse nome de fácil assimilação: Tribunal Multiportas. Agora, gostaria de dar uma breve explicação sobre o conceito, seja qual for o nome dado. A ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e "med-arb" (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos. Venho trabalhando nessa questão desde 1976, porque na verdade o Tribunal Multiportas é uma simples ideia, cuja execução não é simples, porque decidir que casos devem ir para qual porta não é uma tarefa simples. É nisso que temos trabalhado.[105]

O modelo proposto, entretanto, não foi imune a críticas, como a de Owen Fiss, que critica severamente a cultura do acordo e dele ser um mecanismo melhor do que a solução judicial de litígios:

> No entanto, em minha opinião, esse relato de adjudicação e o caso de acordo se baseiam em premissas questionáveis. Não creio que o acordo como prática genérica seja preferível ao julgamento ou deva ser institucionalizada de forma indiscriminada e por atacado. Em vez disso, deve ser tratado como uma técnica altamente problemática para simplificar os casos. O acordo é para mim o análogo civil do *plea bargaining* criminal: o consentimento é muitas vezes coagido; a barganha pode ser feita por alguém sem autoridade; a falta de um julgamento e falta de um júzo sobre o caso torna o envolviemnto da justiça problemático, e embora os casos sejam eliminados, pode ser que a justiça não seja feita. Assim

[105] CRESPO, Mariana Hernandez; SANDER, Frank, Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas, *in Tribunal multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil, cit., cap. 1, p. 32.

> como a negociação, o acordo é uma capitulação das condições da sociedade de massa e não deve ser incentivado nem elogiado.[106]

A crítica inicial dá conta da reforma do artigo 16 das regras federais de processo civil americanas, que tornaram mais fácil o acordo, mediante audiência pré-julgamento, na qual as partes são oficialmente convidadas para a possibilidade de acordo ou uso meios extrajudiciais de disputa.[107]

A outra crítica era relativa à proposta de reforma do artigo 68 das mesmas regras, determinando que no caso de oferta de um acordo, se o vencedor da demanda tivesse um julgamento no qual obtivesse um ganho menor do que o oferecido pela outra parte no momento da oferta do acordo, deveria pagar os honorários da parte que ofereceu o acordo não aceito, demonstrando assim que a lei no fundo estaria forçando as partes a fazer acordos.[108]

Para se opor ao movimento em prol das ADRs, Owen Fiss trata de três pontos: o desequilíbrio de poder entre as partes, que pode influenciar no acordo, tais como a falta de

---

[106] No original: "*In my view, however, this account of adjudication and the case for settlement rest on questionable premises. I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. It should be treated instead as a highly problematic technique for streamlining dockets. Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: Consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised*." (FISS, Owen M. Against settlement. *Yale Law Journal*, v. 93, No. 6, p. 1.075, May 1984. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6871&context=ylj. Acesso em: 12 dez. 2019. Nossa tradução).

[107] "*The movement promises to reduce the amount of litigation initiated, and accordingly the bulk of its proposals are devoted to negotiation and mediation prior to suit. But the interest in the so-called 'gentler arts' has not been so confined. It extends to ongoing litigation as well, and the advocates of ADR have sought new ways to facilitate and perhaps even pressure parties into settling pending cases. Just last year, Rule 16 of the Federal Rules of Civil Procedure was amended to strengthen the hand of the trial judge in brokering settlements: The 'facilitation of settlement' became an explicit purpose of pre-trial conferences, and participants were officially invited, if that is the proper word, to consider 'the possibility of settlement or the use of extrajudicial procedures to resolve the dispute'*." (FISS, Owen M., Against settlement, cit., p. 1.073).

[108] "*Now the Advisory Committee on Civil Rules is proposing to amend Rule 68 to sharpen the incentives for settlement: Under this amendment, a party who rejects a settlement offer and then receives a judgment less favorable than that offer must pay the attorney's fees of the other party. This amendment would effect a major change in the traditional American rule, under which each party pays his or her own attorney's fees. It would also be at odds with a number of statutes that seek to facilitate certain types of civil litigation by providing attorney's fees to plaintiffs if they win, without imposing liability for the attorney's fees of their adversaries if they lose*." (FISS, Owen M., Against settlement, cit., p. 1.074).

informação e a necessidade de recursos[109]; a falta consentimento autorizador, o que significa que as partes podem estar sujeitas a pressões de mediadores e advogados ou até mesmo da outra parte para fazer acordo[110]; a falta de recursos para manter o próprio processo.[111]

Conclui que as partes acabam forçadas ao acordo, o que pode não ser melhor que o processo judicial, no qual cabe ao juiz velar pela realização da justiça e não somente da paz:

> A história da resolução de disputas faz com que a solução pareça um substituto perfeito para o julgamento, como acabamos de ver, trivializando as dimensões corretivas de uma ação judicial e também reduzindo a função social da ação judicial a uma das resoluções de disputas particulares: nessa história, o acordo parece atingir exatamente o mesmo objetivo que o julgamento − a paz entre as partes −, mas com um custo consideravelmente menor para a sociedade. Os dois vizinhos em conflito recorrem a um tribunal para resolver sua disputa, e a sociedade disponibiliza os tribunais porque deseja ajudar na consecução de seus objetivos particulares ou garantir a paz. Na minha opinião, no entanto, o objetivo da judicialização deve ser entendido em termos mais amplos. O julgamento utiliza recursos públicos e não emprega estranhos escolhidos pelas partes, mas funcionários públicos escolhidos por um processo do qual o público participa.

---

[109] "*The disparities in resources between the parties can influence the settlement in three ways. First, the poorer party may be less able to amass and analyze the information needed to predict the outcome of the litigation, and thus be disadvantaged in the bargaining process. Second, he may need the damages he seeks immediately and thus be induced to settle as a way of accelerating payment, even though he realizes he would get less now than he might if he awaited judgment. All plaintiffs want their damages immediately, but an indigent plaintiff may be exploited by a rich defendant because his need is so great that the defendant can force him to accept a sum that is less than the ordinary present value of the judgment. Third, the poorer party might be forced to settle because he does not have the resources to finance the litigation, to cover either his own projected expenses, such as his lawyer's time, or the expenses his opponent can impose through the manipulation of procedural mechanisms such as discovery. It might seem that settlement benefits the plaintiff by allowing him to avoid the costs of litigation, but this is not so. The defendant can anticipate the plaintiff's costs if the case were to be tried fully and decrease his offer by that amount. The indigent plaintiff is a victim of the costs of litigation even if he settles*." (FISS, Owen M., Against settlement, cit., p. 1.076).

[110] "*The argument for settlement presupposes that the contestants are individuals. These individuals speak for themselves and should be bound by the rules they generate. In many situations, however, individuals are ensnared in contractual relationships that impair their autonomy: Lawyers or insurance companies might, for example, agree to settlements that are in their interests but are not in the best interests of their clients, and to which their clients would not agree if the choice were still theirs. 5 But a deeper and more intractable problem arises from the fact that many parties are not individuals but rather organizations or groups. We do not know who is entitled to speak for these entities and to give the consent upon which so much of the appeal of settlement depends*." (FISS, Owen M., Against settlement, cit., p. 1.078).

[111] "*The dispute-resolution story trivializes the remedial dimensions of lawsuits and mistakenly assumes judgment to be the end of the process. It supposes that the judge's duty is to declare which neighbor is right and which wrong, and that this declaration will end the judge's involvement (save in that most exceptional situation where it is also necessary for him to issue a writ directing the sheriff to execute the declaration). Under these assumptions, settlement appears as an almost perfect substitute for judgment, for it too can declare the parties' rights. Often, however, judgment is not the end of a lawsuit but only the beginning. The involvement of the court may continue almost indefinitely. In these cases, settlement cannot provide an adequate basis for that necessary continuing involvement, and thus is no substitute for judgment*." (FISS, Owen M., Against settlement, cit., p. 1.082).

> Esses funcionários, como membros dos ramos legislativo e executivo, possuem um poder que foi definido e conferido pelo direito público, não por acordo privado. Seu trabalho não é maximizar os fins das partes privadas, nem simplesmente garantir a paz, mas explicar e dar força aos valores incorporados em textos oficiais como a Constituição e os estatutos: interpretar esses valores e harmonizar a realidade com os valores. eles. Este dever não é cumprido quando as partes se contentam.[112]

Pois bem, com isso queremos demonstrar que embora exista um movimento favorável às ADRs no direito americano, existem críticas ao modelo, também em grande parte aplicáveis no direito pátrio. Ressalte-se ainda que o modelo que vem sendo adotado no direito brasileiro, embora também previstas as câmaras de conciliação e mediação privadas, é o modelo do *court-connected*, ou seja, em que o centro de mediação, aqui definido como Cejusc, é ligado diretamente ao Tribunal de Justiça.

Isso se deve precipuamente ao fato de que o grande incentivador do uso dos meios alternativos de solução de controvérsias é o Poder Judiciário, sobretudo com os juizados especiais cíveis, que já tinham um embrião nos juizados informais de conciliação. Com o advento da Resolução n. 125, o CNJ alçou os MACs a verdadeira política pública de resolução de conflitos.

1.1.2 Cenário mundial do movimento de ADRs

Tal qual nos Estados Unidos, o modelo de mediação e de uso de meios alternativos de solução de controvérsia acabou por se difundir, sobretudo em países de mesma cultura, adeptas do *common law*. No Reino Unido surgiu o movimento Parents Forever,[113], bem

---

[112] No original: "*The dispute-resolution story makes settlement appear as a perfect substitute for judgment, as we just saw, by trivializing the remedial dimensions of a lawsuit, and also by reducing the social function of the lawsuit to one of resolving private disputes: In that story, settlement appears to achieve exactly the same purpose as judgment-peace between the parties-but at considerably less expense to society. The two quarreling neighbors turn to a court in order to resolve their dispute, and society makes courts available because it wants to aid in the achievement of their private ends or to secure the peace. In my view, however, the purpose of adjudication should be understood in broader terms. Adjudication uses public resources, and employs not strangers chosen by the parties but public officials chosen by a process in which the public participates. These officials, like members of the legislative and executive branches, possess a power that has been defined and conferred by public law, not by private agreement. Their job is not to maximize the ends of private parties, nor simply to secure the peace, but to explicate and give force to the values embodied in authoritative texts such as the Constitution and statutes: to interpret those values and to bring reality into accord with them. This duty is not discharged when the parties settle*." (FISS, Owen M., Against settlement, cit., p. 1.085, nossa tradução).

[113] Segundo Diego Faleck e Fernanda Tartuce, o movimento "focava a composição de conflitos entre pais e mães separados e ensejou a fundação do primeiro serviço de mediação, em 1978, na cidade de Bristol pela assistente social Lisa Parkinson; como se tratava de projeto universitário que contou com estudantes de

como Families Need Fathers[114], que foram os grandes locomotores do modelo de mediação familiar.[115]

Na França, a ADR não é obrigatória por lei e, portanto, não é comumente usada em controvérsias de construção, exceto em casos em que a determinação por um especialista é solicitada, quer seja designada pelas partes em um acordo ou cláusula contratual, ou nomeada pelo tribunal, em contexto de resolução de litígios.

Na Itália, são empregados vários métodos de ADR: forma amigável, forma judicial, extrajudicial, arbitragem e mediação através da qual as partes usam uma pessoa neutra, independente e imparcial, que guia as partes ao acordo.

---

variadas localidades, logo a prática da mediação expandiu-se por toda a Inglaterra" (FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda, *Introdução histórica e modelos de mediação*, cit., p. 8).

[114] "*Families Need Fathers (FNF), founded in 1974, is a registered charitable social care organization in the United Kingdom that provides information, advice and support to parents whose children's relationship with them is under threat during or after divorce or separation, or who have become alienated or estranged from their children. FNF also advocates for shared parenting, more time for children with their non-custodial parent, and stronger court actions when a custodial parent defies court orders requiring them to allow their children a relationship with the other parent. The organizations goal is that children of divorce or separation should not lose the love and care of one of their parents. Families Need Fathers was founded in May 1974 by child psychiatrist Alick Elithorn and financial consultant Keith Parkin as an organization to campaign for equal parenting time after divorce, and for increased contact between a child and its non-custodial parent. The organization became a registered charity in 1979, and was able to hire staff in 1992. As the organization grew and started to receive government funding, some members left in the 1990s and several new organizations was founded such as Parents Forever Scotland, the Association of Shared Parenting, Dads After Divorce, and Fathers4Justice. In 1994, the Cheltenham Group was formed by FNF, Dads After Divorce and Parents Forever Scotland in an attempt to form a coalition of parenting organizations. In 2008, FNF ran projects under the umbrella of 'Both Parents Matter' and this strapline was added to the charity's logo in 2013 to clearly articulate the emphasis the charity placed on the importance of both parents in a child's life. By 2010, the organization had 51 branches across the United Kingdom and a network of 300 volunteers. It has since continued to advocate for shared parenting with the media, the House of Commons and the family justice establishment, while continuing its work as a social care organization.*" (LOGUE, Hugh. Interview with Jon Davies, outgoing CEO of Families Need Fathers. *Family Law*, 30 July 2010. Disponível em: https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/interview-with-jon-davies-outgoing-ceo-of-families-need-fathers-8652. Acesso em: 10 dez. 2019).

[115] Segundo Diego Faleck e Fernanda Tartuce: "Pela facilidade do idioma inglês, rapidamente a mediação desenvolveu-se também na Austrália e no Canadá. A partir de Quebec engendrou-se a adaptação do instituto da mediação à língua francesa; na década de 70 foi trabalhada seriamente a mediação familiar, tendo a prática se enraizado sob o enfoque da interdisciplinaridade [...] Como se pode perceber, não há dúvida de que o histórico norte-americano influenciou o mundo. Naturalmente países de *common law*, como Reino Unido, Canadá, Austrália e Nova Zelândia acompanharam com mais agilidade o desenvolvimento norte-americano; contudo, mesmo países de *civil law*, como França, Alemanha e Argentina foram influenciados pelos princípios e ideias que floresceram nos Estados Unidos. Pode-se afirmar que cada um, a seu ritmo e modo, está desenvolvendo o campo da resolução de disputas e da mediação apoiando-se na experiência descrita." (FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda, *Introdução histórica e modelos de mediação*, cit., 9-10).

Existem ainda formas de conciliação não adversariais previstas por leis especiais para setores específicos, como emprego, agricultura, telecomunicações e arbitragens para contratos de construção.

Em Portugal, é possível (mas não obrigatório) remeter os litígios para ADR. O uso de ADR como método de resolução de litígios depende de acordo entre as partes. Há, porém, a arbitragem obrigatória decorrente da Lei n. 63/2011, Lei de Arbitragem Voluntária, que prevê:

> Art. 1º [...]
> (5) O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado.

Em relação à Administração Pública, o direito português conta com a jurisdição administrativa e, em recente reforma de 2015 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), ampliou-se a possibilidade do uso da arbitragem por parte da Administração Pública:

> Artigo 180.
> Tribunal arbitral
>
> 1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de:
> a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução;
> b) Questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso;
> c) Questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva.
> d) Litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.
> 2 - Excepcionam-se do disposto no número anterior os casos em que existam contra-interessados, salvo se estes aceitarem o compromisso arbitral.

1.2 Acesso à justiça e mecanismos de acesso da população nos conflitos em face da Fazenda Pública

O *acesso à justiça* é um movimento surgido no pós-Segunda Guerra Mundial, sobretudo com os estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que capitanearam o Projeto Florença. Ele é encarado como um movimento social, mas a expressão *acesso à*

justiça tem interpretações que vão além da sociologia jurídica, inspirando inclusive análises econômicas do direito. Em se tratando de verdadeiro movimento mundial, a pesquisa envolveu a contribuição de diversas culturas jurídicas.[116]

Associa-se a isso um crescente protagonismo que o sistema jurídico vem atingindo nos dias de hoje, bastando perceber que os noticiários brasileiros se ocupam, e muito, com as decisões judiciais. Ministros do STF, para o bem e para o mal, por sua vez são conhecidos da população, o que leva a uma discussão sobre até que ponto um Judiciário "famoso" leva a uma maior credulidade ou a um maior acesso da população aos seus serviços.[117]

---

[116] "São várias as designações em língua estrangeira: assistência jurídica, *legal aid*, *legal services*, *public interest law*, *cause lawyering*, *alternative dispute resolution* em inglês, *aide juridique*, *aide judiciaire*, *médiation*, *arbitrage* e *conciliation* em francês ou *pro bono* em latim (Pedroso, 2011: 4). Mesmo em português temos acesso ao direito, acesso à justiça, acesso ao direito e à justiça, assistência judiciária, apoio judiciário, proteção jurídica, informação jurídica, consulta jurídica, patrocínio oficioso, defesa oficiosa, advogado nomeado defensor, advocacia *pro bono*, defesa de interesses difusos, acesso aos meios de resolução alternativa de conflitos, acesso aos tribunais, acesso aos documentos administrativos, etc. (Pedroso, 2011: 5). Pode-se observar, portanto, que a terminologia acesso ao direito e à justiça incluiu, para Pedroso (20011: 5) 'desde o conhecimento e consciência do(s) direito(s), à facilitação do seu uso, à representação jurídica e judiciária por profissionais' mas também inclui 'a resolução judicial e não judicial de conflitos, ou seja, o acesso à pluralidade de ordenamentos jurídicos e de meios de resolução de litígios existentes na sociedade' (Pedroso, 2011: 5, 102). Deste modo, não é um sentido estrito de mera capacidade de conhecer o direito e bater a porta do Judiciário e dele obter uma decisão resolvendo seu conflito, mas abrange também a educação para os direitos e a cultura jurídica. Os registros mais antigos podem ser encontrados na Inglaterra em 1903, com o Poor Prisioner Act para os casos criminais e na Suécia, onde foram criados os advogados dos pobres em 1870, substituídos em 1920 pelos centros municipais de apoio jurídico (Pedroso, 2011: 120). Portanto, vê-se que a concepção inicial de acesso à justiça está focada nos pobres. O primeiro a escrever sobre acesso à Justiça foi Heber Smith (1919), nesta linha de denegação da justiça aos pobres, por causa das custas judiciais e da necessidade de advogados. Para Smith (1919: 40), as maneiras de superar a barreira dos custos eram de três formas: (a) proibindo a presença de advogado; (b) tornando-a desnecessária; ou (c) disponibilizando um ou mais advogados para desempenhar suas funções. A 2ª Guerra Mundial é considerada marco fundamental para o acesso à justiça. No Reino Unido, em 30 de julho de 1949, é promulgado o Legal Aid and Advice Act, que criou o regime de apoio judiciário em matéria civil e penal e o aconselhamento e apoio prévio (Pedroso, 2011: 123). Muitos casos estavam relacionados com divórcios e também pensões da 2a Guerra Mundial. O *legal aid* transformou a advocacia, em advocacia pública e social (Pedroso, 2011: 124). Contrapondo-se aos sistemas caritativos e dentro das advocacias sociais e políticas desenvolveram-se dois modelos alternativos: a advocacia convencionada (*judicare*, na qual o cidadão escolhe um advogado entre os que se inscreveram numa lista para prestação de tais serviços e que será remunerado pelo Estado segundo os preços correntes no mercado) e a advocacia pública (Pedroso, 2011: 125). As críticas feitas são que ainda que resolva a questão das barreiras econômicas não tem efeitos sobre outros obstáculos, posto que não encoraja os profissionais que procurem ajudar as pessoas a reconhecer os seus direitos e a encontrar soluções para seus problemas, isto é, não empodera (Pedroso, 2011; 125; Cappelletti & Garth, 1978)." (VITOVSKY, Vladimir Santos. O acesso à justiça em Boaventura de Sousa Santos. *Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 182-183, ago. 2017. Disponível em: <http://faa.web1301.kinghost.net/revistas/index.php/FDV/article/view/68>. Acesso em: 21 dez. 2019).

[117] "O Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para exercer função política, legitimidade essa que deriva de diferentes aspectos de sua conformação institucional, como de fato instituído pela Constituição, o modo de escolha de seus membros, a maneira pela qual a Corte delibera. Por fim, o Supremo Tribunal Federal, apesar de ter legitimidade está sujeito à Constituição e aos mecanismos de contenção de poder que ela contém. O Supremo observa limites no desempenho de sua atividade, como demonstra, por exemplo, a sua

No cenário pós-guerra, o movimento de acesso à justiça, associado à redemocratização europeia, culminou na ideia de que a justiça estatal deveria ser mais acessível à população. A aproximação entre o Judiciário e a população também seria um dos aspectos do serviço público mais bem prestado, nos ideais do *wellfare state* ou da social-democracia europeia.

Enquanto na Europa a implementação do bem-estar social se consolidou, no Brasil, somente com a Constituição de 1988 ganhou força.

Não se nega que uma das primeiras ações visando a garantir direitos à população brasileira foi a instituição da Consolidação de Leis do Trabalho (CLT) de 1940, mas note-se que não se pensava então em acesso à justiça, mas sim em garantir minimamente direitos da população rural que migrava em massa para as cidades, no movimento de industrialização tardia por que o Brasil passou nas décadas de 1920 a 1940.

Mas foi somente com a constitucionalização dos direitos sociais e a criação de instrumentos jurídicos para garantia desses direitos, que se cristalizaram no artigo 5º da Constituição de 1988, que o movimento do acesso à justiça se consolidou no País.[118]

---

autocontenção diante de determinadas questões políticas ou atos *interna corporis*. O Supremo Tribunal Federal, o mais discreto e menos estudado dos órgãos de cúpula dos Poderes da República, nem por isso foi pouco importante para a vida nacional. Discreto como soem ser os magistrados, mas responsável por decisões fundamentais, como costumam ser os políticos. Não é possível compreender a história republicana brasileira, sem levar em conta o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal." (PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. Tese (Doutorado) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 238).

[118] Embora consolidado, ainda carece ser aperfeiçoado, como observa Maria Dakolias: "Acesso à Justiça. Um dos maiores problemas da reforma do Judiciário corresponde ao acesso da população à justiça. As Cortes de Justiça devem ser acessíveis para aqueles que necessitam utilizá-las por razões legítimas. O acesso à justiça depende do adequado funcionamento do sistema jurídico, como um todo. O aprimoramento do acesso à justiça é essencial para garantir serviços básicos para a sociedade, garantindo os objetivos previamente mencionados de democratização e institucionalização, redefinindo as relações entre a sociedade e o estado. A percepção pública do Judiciário, como já ressaltamos, é um fator que determinará se os usuários em potencial buscarão ou não os serviços judiciais. Particularmente, os cidadãos de baixa renda tendem a apresentar um menor nível de confiança no sistema se comparado com outros setores da população. Todavia, tem sido demonstrado que essa percepção pode efetivamente ser mudada. No Chile, por exemplo, observou-se que a população de baixas renda que nunca teve uma experiência com o Judiciário apresentou uma proporção 20% de confiança no sistema, sendo que esses valores aumentaram entre aqueles que já demandaram em Juízo. As Cortes prestam um serviço público que deve ser estruturado para que todos, independente da renda, possam acessá-las, levando em consideração as fontes de recursos disponíveis. O acesso à justiça pode ser avaliado através de diversos fatores como: tempo de julgamento, custos direitos e indiretos das partes com a litigância (despesas com requerimentos, custas processuais, cauções, honorários advocatícios, perdas salariais com o tempo despendido, etc.), acesso físico as Cortes e a capacidade dos potenciais usuários, de ter acesso a informação e possibilidade de acompanhamento das fases processuais. Em outras palavras, os sistemas jurídicos podem apresentar barreiras psicológicas, informacionais e físicas aos indivíduos que necessitam desses serviços. Existem diversas soluções para

Tal como nas ondas de acesso de Cappelletti, a CF de 1988 concede titularidade da ação civil pública a inúmeros colegitimados, traz a Defensoria Pública como mecanismo de acesso ao serviço jurídico da população carente, prevê o acesso à jurisdição em todos os casos. Porém, pode-se afirmar que, no que tange à Fazenda Pública, ainda é incipiente quanto à terceira onda, dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

Por tudo isso ganha relevância a análise de como pode evoluir o acesso à justiça e mecanismos de resolução de controvérsias, sobretudo quando o conflito é estabelecido entre cidadão e Estado, modelo ainda a ser melhor desenvolvido.

1.2.1 Projeto Florença e acesso à justiça

O Projeto Florença, implementado na década de 1970, foi verdadeiramente pioneiro, ao desenvolver um programa de pesquisa empírica em um grande número de países, para coleta de dados acerca do Judiciário e acesso à justiça. Aqui vale lembrar que o Brasil não esteve entre os países pesquisados.[119]

Os coordenadores do Projeto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, lideraram o chamado *acess-to-justice moviment*, tendo como financiador a Fundação Ford.

O nome Projeto Florença se deve ao fato de Mauro Cappelletti ser professor do Departamento de Direito Processual de Florença e, dessa forma, o relatório geral (*Access*

---

superar ou diminuir determinadas barreiras econômicas à justiça, incluindo a redução dos custos da litigância, programas de assistência jurídica e a criação de formas alternativas de resolução de conflitos, menos onerosas." (DAKOLIAS, Maria, *O setor judiciário na América Latina e no Caribe*: elementos para reforma, cit., p. 38).

[119] "O acesso à Justiça é uma preocupação constante ao longo da história, mas a obra de Mauro Cappelletti, em colaboração com Bryant Garth e Nicolò Trocker, publicada em 4 (quatro) volumes, em anos distintos, a partir de 1974/1975, foi um marco para o direito processual, ao realizar, em conjunto com estudiosos de diversos países, uma abordagem nova sobre o acesso à Justiça na sociedade contemporânea. A pesquisa, denominada Projeto Florença, detectou diversas barreiras para a efetividade do acesso à Justiça. A partir dessas constatações, foram sistematizadas três ondas renovatórias de acesso à Justiça. A primeira onda renovatória envolve a assistência jurídica; a segunda envolve a representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e de direito do consumidor; e a terceira, denominada 'enfoque de acesso à justiça', reflete a tentativa de atacar as barreiras ao acesso à Justiça." (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1.827, 2015. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385/14138. Acesso em: 30 nov. 2019).

to justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report) acabou por ser resumido em duas expressões: *acesso à justiça* e *Projeto Florença.*

Tendo em vista o amplo levantamento de dados em nível mundial, o Projeto constituiu um verdadeiro diagnóstico social do problema relativo ao acesso à justiça nas diversas culturas estudadas, nas quais a população, via de regra mais pobre, tem problemas na prestação de serviços pelo Poder Judiciário.[120]

Mauro Cappelletti comenta:

> Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de "efetividade" é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas" − a garantia de que a condução final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, consequentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.[121]

Outra lição sucessivamente invocada diz respeito às chamadas ondas renovatórias, que fazem alusão a um movimento em progressão, tal como ondas, pelas quais o acesso à justiça passaria por fases cronológicas de transformação do conteúdo ou significado da expressão.

---

[120] "Nesse contexto, não havia uma atenção voltada para as custas do litígio, especialmente em relação àqueles que não poderiam arcar com elas, e nem mesmo em arcar com os custos de um corpo de profissionais para atuar em juízo. O estudo era formalista e seu enfoque era a teoria do procedimento, sem verificar os efeitos na prática forense. Dessa forma, as preocupações eram nitidamente afastadas da realidade da maior parte da população, que poderia até ter direitos formalmente reconhecidos, mas não o acesso a uma justiça substantiva (GALANTER, 2011, p. 103-117). Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o acesso à Justiça passou a ser reconhecido como requisito fundamental para assegurar – e não apenas proclamar – direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12). Porém, não havia uma preocupação com sua efetividade. Era preciso reconhecer que a técnica processual serve a funções sociais; que os tribunais não são a única forma de solucionar conflitos e que a regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário, tem efeitos sobre como opera a lei substantiva (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12)." (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois, cit., p. 1.828).

[121] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, cit., p. 6.

A proposta da primeira onda seria conferir à população carente o acesso à justiça.[122]

Medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária[123]. Como consequência, as barreiras ao acesso à justiça começaram a ceder. Os pobres estão obtendo assistência judiciária em número cada vez maior, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus. É de esperar que as atuais experiências sirvam para eliminar essas barreiras. A assistência judiciária, no entanto, não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma que cogita do acesso à justiça. Existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária. Antes de mais nada, para que o sistema seja eficiente, é necessário que haja um grande número de advogados, um número que pode até exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento"

---

[122] "A primeira onda de acesso à Justiça nos países ocidentais envolveu os hipossuficientes. Na maioria dos países, o auxílio de um advogado é essencial, se não for indispensável, para a compreensão do formalismo das leis e dos tribunais. Porém, a assistência judiciária gratuita foi constada como insuficiente, porque os advogados mais experientes tenderiam a concentrar seu tempo e esforços em causas que receberiam honorários, sendo a advocacia *pro bono*, em geral, realizada por advogados menos experientes (CAPPELLETTI; GARTH; TROCKER, 1976, p. 682). Os sistemas em que o Estado se propõe a arcar com os honorários advocatícios caso a parte não tenha condições financeiras também não foram imunes a críticas. Na Alemanha, a proposta teve início nos anos de 1919 a 1923 e, na Inglaterra, em 1943, compensando os advogados por consultas e pela atuação em juízo. Posteriormente, foi desenvolvida por outros países, como Estados Unidos, em 1965; na França e na Suécia, em 1972, seguidos, anos mais tarde, pela província de Quebec; pela Austrália e pela Holanda, além do aperfeiçoamento do sistema já existente em alguns países. O problema é que, ainda quando havia um sistema de assistência judiciária, muitos desses sistemas eram falhos, seja porque nem sempre eram os melhores escritórios de advocacia financiados pelo governo para a assistência judiciária sem ônus para os hipossuficientes, pelos melhores escritórios cobrarem mais caro e pelo governo não possuir dotação orçamentária suficiente para tal; seja pela distância dos escritórios de advocacia que atuavam *pro bono* em relação às áreas mais pobres da cidade. No caso dos sistemas jurídicos da Inglaterra, da França e da Alemanha, somava-se a esses fatores a proibição de ajuizamento de demandas que versassem sobre uma lesão de reduzido valor aos beneficiários da justiça gratuita, para o Estado não necessitar arcar com um valor maior do que o proveito econômico da parte (CAPPELLETTI; GARTH; TROCKER, 1976, p. 685-686), salvo se for demonstrado que a questão não era limitada a indivíduos com a mesma situação econômica." (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Capelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois, cit., p. 1.831).

[123] "Em segundo lugar, mesmo presumindo que haja advogados em número suficiente no país, é preciso que eles se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar por seus serviços. Isso faz necessárias grandes dotações orçamentárias, o que é o problema básico dos esquemas de assistência judiciária. Em terceiro lugar, a assistência judiciária não pode, mesmo quando perfeita, solucionar o problema das pequenas causas individuais. Isso não é de surpreender, pois mesmo aqueles que estão habilitados a pagar pelos serviços de um advogado, muitas vezes não podem, economicamente, propor (e, arriscar perder) uma pequena causa. Logo, os advogados pagos pelo governo também não se dão ao luxo de levar adiante esses casos. Uma vez mais, o problema das pequenas causas exige atenção especial. Finalmente, o modelo de advogados de equipe dirige-se à necessidade de reivindicar os interesses difusos dos pobres, enquanto classe, ao passo que outros importantes interesses difusos, tais como os dos consumidores ou dos defensores do meio ambiente continuam sendo ignorados." (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, cit., p. 18).

No Brasil ocorreu o movimento em prol da criação das defensorias públicas[124], cuja implementação somente veio a ocorrer com a constitucionalização na CF de 1988.

A segunda onda do movimento de acesso à justiça seria o movimento em prol do acesso coletivo por meio da tutela jurídica a direitos difusos e coletivos.[125]

---

[124] "Programas de assistência jurídica e defensoria pública adequados e eficientes devem ser disponibilizados para promover assistência e aconselhamento as pessoas que não podem arcar com os gastos da litigância ou se defenderem em um processo. Embora algumas formas de assistência jurídica podem estar disponíveis na América Latina, geralmente são bastante limitadas. É necessário, para que esses sistemas sejam eficientes, um número suficiente de servidores no quadro da instituição. Atualmente, de forma geral, o número de defensores públicos é mínimo em relação a demanda pelos serviços. No Equador, por exemplo, existem um total de 21 defensores públicos mesmo após um aumento orçamentário total, sem precedentes. Existe somente 4 defensores públicos, tanto em Quito, quanto em Guayaquil, cidades com 3 e 4 milhões de habitantes, respectivamente. A cidade inteira de Buenos Aires conta com apenas 14 defensores públicos que prestam assistência jurídica gratuita às populações de baixa renda em matérias criminal, civil, comercial, trabalhista e locações de imóveis. Consequentemente, existe longas listas de espera solicitando auxílio jurídico aos defensores púbicos, gerando prejuízos aos que não podem pagar um advogado e obter um defensor público. Esse insuficiente número de defensores públicos aumenta a morosidade dos processos judiciais. Também é importante frisar que muitos países da América Latina e Caribe garantem as partes o direito constitucional de assistência jurídica, em determinados casos, consequentemente, a falta desses serviços afronta explicitamente esses direitos individuais. O Ministério da Justiça, organizações não governamentais, conselhos profissionais de advogados e universidades podem desenvolver serviços de assistência jurídica, em adição aos escritórios de defensores públicos. No Peru, existe um advogado para cada 'consultório jurídico' (defensoria pública), somente contando com sete desses escritórios em Lima e outros sete 'consultórios' no resto do país. Os sete advogados de Lima trataram de 19.719 processos no ano de 1992 (v. Figura 4). Esses advogados geralmente recebem baixos salários, o que tem causado, em certas instâncias a cobrança não autorizada de honorários, como no caso peruano. Além disso, algumas vezes os escritórios não conseguem lidar com o número de pedidos de assistência jurídica solicitados ou devido aos requisitos relativos a renda ou número insuficiente de advogados disponíveis. Número de Consultas Realizadas no Escritório de Assessoria Jurídica − Região Metropolitana de Lima − 1993-1995 Matéria 1993 1994 1995 Civil 13.000 12.000 11.000 Família 10.000 9.000 8.500 Penal 4.000 6.000 7.000 Infância e Juventude 3.000 4.000 5.000 Trabalhista 1.000 1.000 1.500 Total 18.000 20.000 19.000. Além da assistência jurídica prestada diretamente por serviços governamentais, também podem ser asseguradas por fontes alternativas, como parte de um programa de treinamento. Diversos países exigem que os bacharéis em direitos prestem serviços jurídicos, após concluir o curso, para que se tornem advogados, enquanto outros requerem treinamento prático antes de finalizado o curso. Em alguns países, incluindo Chile e Peru, os advogados devem completar um determinado período de treinamento prático após finalizado o curso de direito. No Peru, os novos advogados podem optar em completar esse treinamento nos escritórios que prestam serviços jurídicos gratuitos. Alguns países podem adotar essas práticas requerendo que os novos advogados prestem serviços nos escritórios já mencionados, similares aos programas belga, francês e holandês, bem como nos modelos chileno e peruano." (DAKOLIAS, Maria, *O setor judiciário na América Latina e no Caribe*: elementos para reforma, cit., p. 43-44).

[125] "A segunda onda renovatória versou sobre o problema da representação dos interesses difusos. A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos e torna latente a preocupação com uma representatividade adequada, já que não haveria participação individual na demanda e a noção de coisa julgada necessitava ser redimensionada (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 50). A pesquisa constatou que, embora seja a principal forma de proteção dos direitos difusos e coletivos, a atuação governamental, especialmente nos países de common law, não tinha sido capaz de fazê-lo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 51). Apesar de haver grupos tutelando o interesse coletivo, através de advogados privados, eles não eram bem organizados em todos os setores, havendo uma razoável organização na área trabalhista, mas não em matéria consumerista ou para a defesa ambiental. Experiência como a das class actions reduziria os custos estatais, mas exigiria especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que nem todos os grupos possuíam (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 61). Organizações de fins não lucrativos também se constituíam para essa defesa, mas a pesquisa atentou para a responsabilidade pelos interesses que representam e a viabilidade a longo prazo. Ainda em relação aos direitos transindividuais, cabe destacar a brilhante intervenção de Mauro Cappelletti no ano de 1974,

Sobre essa onda, apontam Cappelletti e Garth:

> É preciso que haja uma solução mista ou pluralística para o problema de representação dos interesses difusos. Tal solução, naturalmente, não precisa ser incorporada numa única proposta de reforma. O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos.[126]

No Brasil, embora já tivéssemos a Lei da Ação Popular e a Lei da Ação Civil Pública, somente com a constitucionalização da tutela coletiva, especialmente conferindo ao Ministério Público tal missão, é que o instituto ganhou a devida proteção. Ao lado disso, o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990 e a criação de um verdadeiro microssistema de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos permitiu a defesa de direitos de forma massificada.

A terceira onda, a que mais interessa ao presente estudo, diz respeito ao movimento de acesso à justiça por meio de uma mudança de paradigma, afastando-se do conceito de que a justiça se somente seria obtida por meio do Poder Judiciário, mas envolvendo também advogados, partes e o conjunto de instituições, pessoas, mecanismos e procedimentos, na busca de uma solução mais moderna para os conflitos. É a própria ideia de justiça, passando pela melhoria de acesso e ampliando as formas e procedimentos para que isso ocorra.

É o que se busca com o presente estudo, demonstrar que o acesso à justiça em conflitos envolvendo o Estado não passa necessariamente pela sentença judicial, mas passa por uma verdadeira mudança de concepção, compreendendo que tanto para o Estado como

---

publicado em 1976 em uma coletânea, pela Universidade de Pavia, com o título *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi colletivi o diffusi*, em que discorreu sobre a inadequação para a sociedade contemporânea, marcada por relações jurídicas e violações de massa, da tradicional dicotomia entre o público e o privado (MENDES, 2014, p. 97). Defendeu Cappelletti a necessidade de adequação do processo e dos institutos processuais às novas exigências." (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois, cit., p. 1.831-1.832).

[126] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, cit., p. 25.

para o cidadão pode haver uma vantagem no uso de mecanismos alternativos de solução de controvérsias.[127]

Quanto à terceira onda, Cappelletti e Garth assim se pronunciam:

> Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos. As partes, ademais, podem diferir grandemente em poder de barganha, experiência ou outros fatores já comentados anteriormente no presente estudo sob o título "Possibilidades das Partes". Por fim, é preciso enfatizar que as disputas têm repercussões coletivas tanto quanto individuais. Embora obviamente relacionados, é importante, do ponto de vista conceitual e prático, distinguir os tipos de repercussão, porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas diferentes. Por exemplo, considerem-se as vantagens antes mencionadas que o poderoso litigante organizacional tem frente ao indivíduo. Num primeiro nível, essas vantagens consistem na capacidade de reconhecer um direito, poder custear uma pequena causa, ou utilizar o fórum de forma eficiente para impor um direito ou defendê-lo de ataques. Essas são vantagens concretas em casos individuais, as quais, como veremos, podem ser enfrentadas com algum sucesso ao nível individual. Num segundo nível, as vantagens consistem na capacidade de encaminhar casos-teste, de modo a assegurar precedentes favoráveis, que serão vantajosos em casos individuais; de estruturar as transações de maneira a tirar proveito dessas normas; de controlar o cumprimento de determinada lei, quando seja necessário; de sugerir ou fazer pressão a favor de mudanças no sentido de leis favoráveis.[128]

Por fim, vale lembrar que, associados ao movimento de acesso à justiça, cujos valores estão nitidamente expressos na Constituição cidadã de 1988, organismos internacionais, como o Banco Mundial, o FMI e outras agências internacionais de fomento, passaram a exercer forte influência, no sentido de reformas de instituições, incluindo o Poder Judiciário e todo o sistema de justiça.

---

[127] "A terceira onda renovatória se baseou na obtenção de reformas na assistência judiciária, com a disponibilização de advogados para os que não poderiam custear esse serviço, e com os progressos na reivindicação de direitos, tanto dos tradicionais como dos novos, com mecanismos para a tutela de direitos coletivos, especialmente dos consumidores, preservacionistas e sociais. A última onda de reformas incluiu o conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas. Esse enfoque encorajou uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações no procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, modificações no direito substantivo a fim de prevenir litígios e a utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de litígios. Reconheceu, ainda, a necessidade de adequar o processo civil ao tipo de litígio." (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois, cit., p. 1.832).

[128] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, cit., p. 27.

Aponta José Eduardo Faria a necessidade de flexibilização, desformalização, desburocratização, desregulação, deslegalização e desconstitucionalização, como formas de tornar o Estado mais leve, num verdadeiro programa de privatização.[129]

Um ponto de inflexão se deu com a publicação do já citado Documento Técnico n. 319 pelo Banco Mundial, que trouxe importantes elementos para a reforma dos sistemas judiciário dos países da América Latina e do Caribe, sobretudo no que tange ao acesso à justiça.[130]

Quanto ao emprego de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, o citado Documento Técnico n. 319 recomenda:

> O acesso à justiça pode ser reforçado através de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC). A morosidade, ineficiência e corrupção têm estimulado os litigantes a evitar completamente o sistema judiciário formal, optando pela resolução de conflitos extrajudicial. MARC podem proporcionar as partes métodos alternativos de resolução amigável de conflitos, distante da morosidade do sistema formal. Ao mesmo tempo, os MARC ampliam o acesso a grande parcela da população. Um dos maiores benefícios da expansão dos MARC corresponde a ampliação do acesso à justiça, para grande parcela da população. Assegurar alternativas adicionais ao sistema judiciário formal é outro benefício dos MARC. [...] Inicialmente magistrados e advogados podem se sentir ameaçados pela perda de poder causado pelas vias adicionais proporcionados aos

[129] FARIA, Jose Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 111.

[130] "A reforma do judiciário deve se concentrar em garantir à população de baixa renda representação jurídica qualificada. Todavia, o financiamento de projetos simplesmente para aumentar o quadro de defensores públicos cria um problema de sustentabilidade, por conseguinte, um fundo de defensoria pública pode ser uma alternativa mais viável, possibilitando a esta população de ter acesso a uma lista de advogados qualificados. As prioridades e tipos de processos que caracterizariam o direito imediato a representação legal, bem como os critérios de comprovação de renda necessitam ser estabelecidos. Além disso, deve se assegurar as devidas informações que facilitam o uso do Judiciário, incluindo a presença de tradutores para as pessoas que não falam a língua oficial e assistência aqueles que não sabem ler e escrever. A ampliação do acesso à justiça também depende das custas processuais e honorários advocatícios que são cobrados da parte. O programa de reforma deve rever a cobrança das custas processuais determinando se são suficientemente altas para impedir demandas sem importância e condutas inapropriadas, mas suficientemente baixas para permitir o acesso à justiça. Também nesse sentido deve ser revisto os honorários advocatícios. Recentemente a Argentina, limitou pela via legislativa, a cobrança desses honorários, não excedentes a 25% do valor da condenação. Os magistrados devem ser capacitados para atuar nos principais problemas que afetam as mulheres, uma vez que representam uma parte importante dos processos, devendo ser conscientizados que as questões específicas de gênero, em geral, antecedem os processos. Isso inclui conhecimento sobre direito de família, com ênfase em pensões alimentícias e violência doméstica. No Peru, por exemplo, os juízes recebem panfletos sobre violência doméstica para que possam melhor compreender as questões que envolvem esse problema, prática essencial para que se tornem sensíveis aos casos que lidam. Outrossim, deve ser realizado um estudo sobre as tendências de gênero, que atualmente existe tanto no judiciário quanto na comunidade jurídica. Um sistema justo não existirá sem que os julgadores, tenham consciência e comecem a mudar, os preconceitos ainda que não intencionais do sistema jurídico. Em muitos casos, do ponto de vista de gênero, a lei é neutra, mas é aplicada de forma discriminatória. Deve ser assegurado as mulheres informações sobre os serviços disponíveis, que as permita acessar o Judiciário, ou ainda outros programas extrajudiciais e de informação relacionados a questões legais que as afetam." (DAKOLIAS, Maria, *O setor judiciário na América Latina e no Caribe*: elementos para reforma, cit., p. 47-48).

> litigantes. Entretanto, os juízes podem ser cooptados pela capacidade dos MARC em aliviar o volume processual, removendo a responsabilidade pelos processos complexos e de grande visibilidade pública. Os advogados também podem temer a necessidade de adquirir novos conhecimentos e trabalhar sob novas normas. Apesar disso, eles também podem pensar que a longo prazo os MARC são úteis aos seus clientes e a si próprio [...] Os MARC podem proporcionar diversas vantagens. Os mediadores e árbitros bem treinados podem assegurar conhecimentos específicos e decisões mais previsíveis do que o sistema formal das Cortes, onde os magistrados talvez não estejam familiarizados com a matéria. Os MARC também apresentam vantagens adicionais como: a) os MARC são particularmente benéficos se as partes pretendem manter uma relação futura, quando o processo judicial formal pode extenuar essa relação; b) as partes preferem ter um papel ativo na solução de suas disputas; c) os litigantes estão mais disponíveis em se comunicar diretamente em um ambiente com os MARC; d) finalmente, se as partes têm preocupações com a privacidade os MARC podem ser uma solução melhor do que as Cortes. Não obstante, as vantagens dos MARC, as desvantagens da litigância formal podem ser um fator decisivo no uso desses mecanismos. A decisão das partes em utilizar os MARC ou o Judiciário formal vai depender da rapidez do sistema, capacidade de escolher o arbitro ou mediador, ou ainda, a percepção da possibilidade de uma derrota processual no sistema formal. Embora existam várias formas de MARC, as mais comuns são a arbitragem, mediação, conciliação e em alguns casos os juízes de paz. Em diversos países, as câmaras do comércio têm serviços de arbitragem para contratos e disputas comerciais, uma vez que os atrasos no setor privado podem significar custos excessivos e sérios transtornos às transações. Esses serviços proporcionam as companhias MARC através de árbitros que podem estar mais familiarizados com a natureza dos negócios do que os magistrados, tornando-se uma grande vantagem quando os valores em disputa são altos. Recentemente, a aceitabilidade e o uso da arbitragem pelos empresários da América Latina têm aumentado, apesar de que os procedimentos têm se restringido à comunidade empresarial.[131]

1.2.2 Acesso à justiça e o Estado em juízo. Importância da Resolução n. 125 do CNJ

Em atendimento aos anseios da sociedade ao direito de acesso à justiça bem como à ordem jurídica justa, corolário ao artigo 5º, inciso XXXV, da CF de 1988, bem como aos

[131] DAKOLIAS, Maria, *O setor judiciário na América Latina e no Caribe*: elementos para reforma, cit., p. 38-39. A autora acrescenta: "Visando proporcionar competição na resolução de conflitos, os programas de reforma devem considerar a implantação de MARC vinculados às Cortes e MARC privados. Os programas devem se direcionar aos MARC vinculados às Cortes, bem como MARC privados, uma vez que a maioria dos códigos de processo já incluem os institutos da conciliação, mediação e arbitragem. Todavia, como esses mecanismos em geral não são empregados, os juízes e as partes devem ser estimuladas a utilizá-los, auxiliando e educando o público sobre a existência dos MARC, como atualmente ocorre no Peru. Programas pilotos devem ser instituídos com o objetivo de acostumar os juízes e as Cortes a esse processo. A elaboração dos projetos pilotos deve contar com a participação de magistrados, considerando-se que frequentemente há o temor dos MARC retirarem seus poderes, como foi detectado no Equador. Eventualmente, esses mesmos magistrados podem promover e divulgar os programas a outros membros do Judiciário. Os juízes devem ter um papel ativo nos programas pilotos - alguns autores defendem que talvez possam ser treinados como mediadores nos programas de MARC vinculados às Cortes. Esses programas devem ter mediadores distintos dos magistrados, que potencialmente podem vir a julgar o feito, como tem sido realizado nas Cortes Trabalhistas na província de Tucuman, na Argentina. Independente, dos MARC serem patrocinados pelos conselhos profissionais de advogados, como em Lima, ou pela magistratura, como no Equador, é essencial que uma dessas organizações ou outras similares, dirija o programa tornando-o politicamente viável." (Ibidem, p. 47).

princípios constitucionais de legalidade e eficiência, o CNJ houve bem tomar a frente, criando uma verdadeira *política pública de instituição de meios alternativos de controvérsias*, por meio da edição da Resolução n. 125.

Os antecedentes dessa Resolução já tinham aparecido na Resolução n. 70 do CNJ, de 18 de março de 2009, sobre metas do Poder Judiciário[132]. O texto basicamente tratava da missão, visão, valores e macrodesafios do Poder Judiciário. Dentre eles, já se encontrava o estímulo ao emprego de meios alternativos de solução de controvérsias.

A Resolução n. 125 tem ainda a importância de reconhecer que não cabe somente ao Poder Legislativo, mas também ao Judiciário, a instituição de uma política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses. Reconheceu, portanto, que os litígios vêm ocorrendo em larga escala em nossa sociedade e de forma crescente. Assim, cabe, por meio da instituição de uma política pública de solução de conflitos, organizar a prestação de serviços judiciários, bem como propor que a justiça fosse alcançada não somente por meio da sentença em processos judiciais, mas também mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação. Isso se daria por meio da consolidação de uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.

Sobre o tema, aponta Fernanda Tartuce: "A concretização centralizada dessa tendência despontou no advento da Resolução 125 do CNJ; tal ato normativo passou a reconhecer que a política de tratamento adequado de conflitos é uma pauta pública, devotando maior atenção à conciliação e à mediação."[133]

Destaca-se a importância conferida à conciliação e à mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada

---

[132] Tal resolução foi revogada pela Resolução n. 198 de 01.07.2014 que basicamente tem o mesmo conteúdo quanto às metas: "Art. 1º Instituir a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015/2020 – Estratégia Judiciário 2020 – aplicável aos tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal e aos Conselhos da Justiça, nos termos do Anexo, sintetizada nos seguintes componentes: a) Missão; b) Visão; c) Valores; d) Macrodesafios do Poder Judiciário."

[133] TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 41, n. 258, p. 5, ago. 2016.

disciplina em programas já implementados no País tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses e a quantidade de recursos e de execuções de sentenças.

Do ponto de vista processual, a Resolução n. 125 tem como principais virtudes a preocupação em vincular a política de atendimento da população, sobretudo por meio da mediação e da conciliação, às estruturas judiciárias já existentes[134]. Nesse sentido ganham relevância os chamados Cejuscs, verdadeiros centros de mediação ligados as próprias cortes, conhecidos como os antigos "setores de conciliação", órgãos geralmente unificados de conciliação, que atendem às mais diversas varas de determinado fórum, ou seções, de determinado tribunal.

1.3 Modelos de solução de conflitos autocompositivos e heterocompositivos: uma nova visão de jurisdição

Quando se discutem os meios alternativos de solução de controvérsias, as principais questões que surgem são o monopólio estatal da jurisdição e se o uso de tais métodos implica em renúncia à jurisdição ou mesmo ao direito de ação.

A principal divergência entre a realidade posta e a doutrina diz respeito ao clássico conceito de jurisdição como *função, poder e atividade*. Sendo um poder, somente poderia ser imposto pelo Estado, eis que os cidadãos, dentro de um pacto social rousseauniano, ao optarem por viver num Estado, abririam mão da autotutela, deferindo ao ente estatal tal atividade. Note-se que nem mesmo essa disposição é absoluta, como nos casos de esbulho possessório e legítima defesa, dentre outros.

Tal discussão já foi muito mais acentuada no processo civil, quanto à arbitragem, sobretudo sobre a equivalência da sentença arbitral à sentença judicial, quando o fenômeno

[134] Resolução n. 125 do CNJ: "Art. 2º. Na implementação da política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: I - centralização das estruturas judiciárias; II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores; III - acompanhamento estatístico específico. Art. 3º. O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas, em especial quanto à capacitação de mediadores e conciliadores, seu credenciamento, nos termos do art. 167, § 3°, do Novo Código de Processo Civil, e à realização de mediações e conciliações, na forma do art. 334, dessa lei. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)."

do enfrentamento de uma nova visão de jurisdição se deu de forma mais acentuada e radical.

Conforme aponta Cândido Rangel Dinamarco, na arbitragem existe um "*processo* e nesse processo exercendo-se *jurisdição*[135], *ação e defesa*, é natural que seu estudo sistemático passe pela *teoria geral do processo* e por esses seus *institutos fundamentais*, antes de chegar ao enfoque especializado da arbitragem em si mesma"[136]. Ademais, o fato das partes poderem por meio da convenção arbitral optar por "sair" da jurisdição estatal também foi objeto de enfrentamento doutrinário. No caso da Fazenda Pública, ao optar pela arbitragem, ela o faz por meio de um negócio jurídico processual e assim abre mão da jurisdição estatal.

É cediço que a convenção de arbitragem é um ajuste, um *acordo de vontades*, pelo qual as partes vinculam a solução de determinado litígio, já existente ou futuro, à arbitragem, afastando assim a jurisdição estatal. O direito brasileiro optou por uma relação de gênero, eis que a *convenção de arbitragem é composta pela cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral*.

O principal efeito da convenção de arbitragem é a exclusão da jurisdição estatal, o que é conhecido como *efeito negativo da cláusula arbitral*[137]. Tal exclusão não ocorre de

---

[135] É de se notar uma evolução no conceito de jurisdição de Cândido Rangel Dinamarco, para amoldar a arbitragem na teoria geral do processo. Inicialmente, no que tange ao sistema processual, o objetivo seria a consecução dos escopos do processo como função estatal. Notadamente, o conceito clássico de jurisdição insculpido nas *Instituições* diz respeito à "*jurisdição*, função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supraindividuais e aos demais escopos do sistema processual. Entre esses escopos está atuação do direito material. [...] Conceitua-se jurisdição, a partir dessas premissas, como *função do estado destinada à solução imperativa de conflitos exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed., rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016 e a Lei 13.363, de 25.11.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1, p. 315). E, no clássico conceito de Chiovenda, "função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale; acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman; com uma introdução do prof. Alfredo Buzaid. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. p. 55). E ainda de Carnelutti, a jurisdição como busca da "justa composição da lide sendo essa o conflito de interesses qualificado pela pretensão de uma das partes pela resistência da outra" (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*: funzione e composizione del processo. Padova: Cedam, 1936. v. 1, p. 40).

[136] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 15.

[137] GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2008. 201 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 127.

maneira absoluta, eis que permanece um diálogo com a jurisdição estatal, seja nas medidas executórias e garantidoras da arbitragem, seja nas medidas excepcionais de revisão das decisões arbitrais. Por meio da convenção arbitral, se faz o chamado *opt out*[138] em relação à jurisdição estatal.

Da mesma forma, ao se estudarem os meios alternativos de solução de controvérsias, há que se compreender a necessidade de uma revisão do conceito de jurisdição. Para Carlos Alberto de Salles, há essa necessidade até mesmo porque as novas formas de solução de conflitos heterocompositivas e autocompositvas não se encaixam bem na tradicional visão de jurisdição como poder estatal indeclinável, que imperativamente decide e impõe suas decisões.[139]

Essa modernização do conceito de jurisdição se impõe como própria forma de compreensão da atividade estatal de pacificação social, sob pena de que a doutrina permaneça absolutamente dissociada da realidade fática: os meios alternativos de solução de controvérsias apresentam-se como uma realidade e o reconhecimento de que o Poder Judiciário não é apto a atender aos anseios da sociedade de forma completa deve ser reconhecido. Nesse sentido, aponta Mancuso:

> Naturalmente, a gradual implementação de um novo standard de resolução de conflitos entre nós, como proposto no trabalho ora introduzido, implica quebra de paradigmas, alguns até dogmatizados à força de serem repercutidos sem a devida atualização e contextualização, o que os fez perder aderência à realidade brasileira contemporânea. permitimo-nos almejar que a tese desenvolvida ao longo do trabalho ora introduzido possa contribuir em algum modo para uma redefinição ou uma correção aos rumos nos conceitos de jurisdição e de acesso à Justiça entre nós, decotando-os dos excessos interpretativos que ao longo do tempo levaram a colar a resolução dos conflitos ano aparato judiciário estatal, em modo monopolístico. Sob o ideário de uma sociedade pluralista, instalada numa democracia participativa, cabe hoje consentir e incentivar o concurso de outros meios, agentes, órgãos e instâncias capazes de recepcionar e resolver larga parcela de controvérsias e de ocorrências, dando-lhes solução tecnicamente consistente, a baixo custo e em tempo reduzido, com o que só terá a ganhar a função judicial do Estado.[140]

---

[138] Como aponta Luis Fernando Guerrero: "Com a convenção de arbitragem os árbitros passam a ser dotados de jurisdição outorgada pelas partes e com competência para solução dos conflitos por ela determinados." (GUERRERO, Luis Fernando, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, cit., p. 130).

[139] SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 89.

[140] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 888, p. 36, out. 2009.

Em sentido análogo ao de Mancuso, preleciona Ada Grinover acerca da necessidade de reformulação do conceito de jurisdição, ante à dissociação da realidade posta e o conceito doutrinário. Para a autora, a modernização implicaria visualizar o fenômeno não apenas como poder, mas como uma garantia de acesso à justiça[141]. Dessa forma, a jurisdição assumiria outas facetas, assim como já demonstramos, dentro uma ideia mais ampla contendo a jurisdição estatal e a consensual[142]. O conceito estanque de poder estatal como única forma de se realizar o direito é colocado em discussão, na qual as partes de forma livre e consensual podem atingir a realização do direito material sem o manto da coisa julgada estatal.

Por tudo isso, uma moderna visão processual impõe a revisão de tais conceitos, sobretudo ante o fato de que um sistema de múltiplas portas já está em vigor, perante o conjunto de leis vigentes que permitem que as partes busquem por sim mesmas a solução mais adequada do conflito.

1.3.1 Técnicas de solução de controvérsias

Podemos apontar a existência de diversas técnicas para resolução de conflitos, que podem ser inclusive combinadas. Destacam-se dessa forma as chamadas técnicas básicas como a conciliação, a mediação e a arbitragem, que serão a base do presente estudo. A negociação por sua vez será tratada em capítulo autônomo.

Não se nega, contudo, a possibilidade de a administração pública combinar técnicas seja em etapas como a *med-arb*, ou mesmo de forma reversa quanto iniciada a arbitragem, as partes suspendem o procedimento e passam para mediação. Existem ainda outros

[141] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 18-19.

[142] No caso da arbitragem, é comum a referência ao termo jurisdição arbitral, dentro de um contexto de uma jurisdição consensual. Segundo Carlos Alberto de Salles: "Esse *opt-out* da jurisdição estatal, no entanto, não se verifica de maneira direta e autoevidente, estando embutida em uma construção jurídica de alguma sofisticação, baseada em um cruzamento de regras e princípios próprios do universo jurídico da arbitragem. Essa construção é, também, responsável por um isolamento da jurisdição arbitral de ataques pela via judicial, que poderiam comprometer o funcionamento e efetividade desse meio de solução de controvérsias." (SALLES, Carlos Alberto de, *A arbitragem em contratos administrativos*, cit., p. 38).

métodos como a peritagem e o dispute board, usualmente utilizado nas concessões de obra pública de trato sucessivo e de longa duração.[143]

Pode-se inclusive construir um procedimento, por meio do desenho de solução de disputas, tratado em capítulo específico em que se demonstra que as técnicas podem ser sucessivamente combinadas e construídas para fim de se atingir a o objetivo, que é justamente a solução do conflito.

1.3.2 Técnicas de solução de controvérsias básicas ou primárias

As principais técnicas básicas de solução de controvérsias e sua utilização, principalmente baseando-se na doutrina de Frank Sander, com a adequação do método ao litígio, ou seja, *fitting the forum to the fuss*, serão tratadas em tópico específico.

[143] Dentre outros métodos alternativos de solução de controvérsias utilizados, sobretudo pela Administração Pública, em contrato de obras, de trato sucessivo e de longa duração, encontra-se o *dispute board*, consistente em um painel formado por peritos (geralmente de engenharia no caso de execução de obras), que durante o curso do contrato são acionados de maneira a solucionar conflitos que surgem na execução. Via de regra a formação do painel ou comitê é prevista em cláusula contratual específica, que prevê a forma de indicação (em geral cada parte indica um especialista e ambos indicam um terceiro), e que tem a função de supervisionar, prevenir, e resolver conflitos durante a execução do contrato, evitando assim o início de uma arbitragem ou disputa judicial. A grande questão do *dispute board* é que, embora de uso comum, não tem o caráter jurisdicional da arbitragem, ou seja, não são institutos equivalentes, o que pode levar as partes a questionar judicialmente ou na via arbitral a decisão do comitê. Nesse sentido, comentam Flávia Câmara e Castro e Leonardo Guimarães, demonstrando um pouco da experiência do Metrô de São Paulo: "Apesar de já estar disseminada em países como os Estados Unidos, a aplicação desse método é bastante recente no Brasil. Não há lei federal que o regule, apesar de já existir um PL em trâmite no Senado. Em âmbito de legislação municipal, apenas a Prefeitura de São Paulo já fomentou e regularizou a utilização dos 'Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas'. Além disso, há algumas regulações acerca do método previstas em câmaras privadas de arbitragem e mediação. Os *dispute boards* foram inseridos no âmbito brasileiro, em grande parte, como consequência de imposições do Banco Interamericano de Desenvolvimento e do Banco Mundial, que exigem essa prerrogativa para financiamentos de obras de infraestrutura. Recentemente, o metrô de São Paulo foi condenado pelo TJ/SP a pagar quantia extra, equivalente a R$10 milhões, ao consórcio formado pelas construtoras Tiisa e Comsa, que realizou as obras da Linha Amarela. Tal dívida deve como pano de fundo uma divergência entre as partes acerca dos custos de retirada de material contaminado da construção. Na ocasião, um *dispute board*, previsto no contrato de construção e formado por três técnicos – dois engenheiros e um advogado –, foi acionado. Quando acionada, essa equipe, contratada pelas partes para solucionar os conflitos surgidos durante a execução do contrato, havia decidido pelo pagamento do valor acima mencionado. Quando o Tribunal de Justiça foi demandado, optou por manter a decisão do *dispute board*. Dessa forma, o TJ/SP reforçou a autonomia e o poder decisório desse método extrajudicial, contribuindo para sua eficácia. O entendimento do Tribunal revela uma tendência nacional de valorização dos métodos alternativos ou, como também chamados, adequados de solução de conflitos, deixando a resolução judicial como a última alternativa." (CÂMARA, Flávia; GUIMARÃES, Leonardo. *Dispute board*: o método de solução de conflitos que vem ganhando espaço no Brasil. *Migalhas*, de 24 ago. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286212,21048-Dispute+board+o+metodo+de+solucao+de+conflitos+que+vem+ganhando. Acesso em: 30 nov. 2019).

O fenômeno da escolha da técnica ser utilizada pelo administrador público deve ser compreendido de uma forma ampla, eis que a jurisdição estatal (mecanismo heterocompositivo) é somente uma entre as diversas opções dentro de um sistema de justiça de múltiplas portas, é apenas mais um mecanismo de solução de controvérsias. Vale lembrar que conforme os dados apresentados, no Estado de São Paulo, métodos como a conciliação e a mediação, de forma institucionalizada e como política pública de solução de controvérsias, não vêm sendo utilizados.

Por outro lado, tal qual o pioneirismo da Lei de Arbitragem, e por pressão de órgãos como o Banco Mundial e parceiros privados, esse mecanismo vem sendo utilizado nos contratos, em um setor, portanto, de *contencioso estratégico*.

Não se pode desconhecer a existência de outras técnicas básicas ou primárias de solução de controvérsias, previstas no novo CPC, como a conciliação, de uso possível pela Fazenda Pública (mecanismo autocompositivo), que pode ser endoprocessual ou exoprocessual, e a mediação, também endoprocessual, chamada de judicial[144], ou exoprocessual[145], e a arbitragem decorrente da reforma da Lei n. 13.140/2015.

1.3.2.1 Conciliação e Fazenda Pública

A conciliação com a Fazenda Pública se aproxima do conceito de acordo, seja celebrado no curso de um processo, seja numa fase anterior à propositura da demanda, mas sem sombra de dúvida impõe às partes concessões recíprocas e uma finalidade negocial.

No direito brasileiro, o novo CPC procurou dar um tratamento diferenciado às funções dos conciliadores e dos mediadores, porém a conciliação e a mediação acabam por, do ponto de vista de resultado, sendo o mesmo instituto, sobretudo do ponto de vista da doutrina americana.[146]

---

[144] CPC: Artigos 24 a 29.

[145] CPC: Artigos 21 a 23.

[146] Resumindo bem o tratamento conferido pelo legislador, leciona André Bergamaschi: "No movimento norte-americano das ADRs (*Alternative Dispute Resolutions*), não existe essa distinção. O que aqui chamamos de 'conciliação' também está sob a denominação de *mediation*, termo que designa práticas de intermediação de conflitos, independentemente da atuação mais propositiva e até avaliativa ou não do terceiro imparcial, já tendo sido destacado que há diferentes modalidades a serem utilizadas de acordo com o perfil concreto do conflito. Muitos entendem a distinção como algo artificial, levando em consideração a

Segundo o modelo brasileiro[147] previsto pela legislação, na conciliação se busca o acordo por meio de um conciliador que interfere no litígio, e via de regra trata de questões objetivas, enquanto na mediação, um mediador facilita o diálogo entre as partes e procura á-las à reconstrução de vínculos ou melhorar o relacionamento, caso o trato entre elas seja duradouro.

Na prática, o que vem se afirmando na doutrina brasileira é que dentro do fórum se comparece a uma sessão de conciliação, pouco importando que se trate de questões da Fazenda Pública, família, contratos. Busca-se nesse caso o acordo judicial[148]. Trata-se de

---

ausência da distinção na literatura norte-americana e o fato de que as técnicas são utilizadas conforme as necessidades concretas do caso e não dadas *a priori* segundo um rótulo nominal. Para Luciane Moessa de Souza, por exemplo, o mais relevante é a abordagem, mais rasa ou mais aprofundada, do conflito e de suas razões: enquanto no que se denomina conciliação essa abordagem é mais superficial, a ideia na mediação é de aprofundar a análise, pois seu objetivo é preservar o relacionamento, valorizando o aspecto pedagógico. Na Itália, onde herdamos o termo *conciliazione*, foi aprovado o Decreto-Legislativo n. 28, de 04.03.2010, que define os termos da seguinte forma: '*Art. 1 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per: a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa; b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo; c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione; Art. 2. 1. Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di uma controversia civile e commerciale vertente su diritto disponibili, seconde le disposizioni del presente decreto*'. Nota-se que, pela lei italiana, a conciliação se confunde com a composição do conflito, e é apenas o fruto do processo de mediação. Não há, portanto, uma dicotomia de procedimentos." (BERGAMASCHI, André Luis, *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*, cit., p. 113-114).

147 Percebe-se que a diferenciação decorre muito mais da lei do que de uma diferença ontológica. Na definição do CNJ: "No Brasil, conciliação e mediação são vistos como meios distintos de solução de conflitos. Essa visão decorre, em grande parte, da evolução histórica desses instrumentos entre nós. O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) reafirmou essa diferenciação no artigo 165. Na conciliação, o terceiro facilitador da conversa interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito (art. 165, § 2º). Já na mediação, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas proponham soluções (art. 165, § 3º). A outra diferenciação está pautada no tipo de conflito. Para conflitos objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos, aconselha-se o uso da conciliação; para conflitos subjetivos, nos quais exista relação entre os envolvidos ou desejo de que tal relacionamento perdure, indica-se a mediação. Muitas vezes, somente durante o procedimento, é identificado o meio mais adequado." (Disponível em: https://www.cnj.jus.br/qual-a-diferenca-entre-conciliacao-e-mediacao. Acesso em: 20 dez. 2019).

148 "Nota-se que, na visão do órgão de controle do Judiciário, o qual sem dúvida influencia a cultura judiciária, a conciliação realmente se presta a encerrar processos judiciais mediante a realização de um acordo, não parecendo ser escopo igualmente importante, tal como posto, o restabelecimento do diálogo ou tratamento da 'litigância remanescente' ou, ainda, das questões normalmente não postas em juízo. Essa visão da conciliação demasiada focada no acordo, desconsiderando outros objetivos da mediação, gera crítica por boa parte de práticos e teóricos dos meios de composição consensuais. Nesse sentido, Fernanda Tartuce questiona: A conciliação é muito atraente por liberar o magistrado de uma análise mais profunda do litígio, já que promove a 'devolução da lide' às partes (que foram procurar o Poder Judiciário para uma definição e se veem confrontadas a encontrar, por si próprias, uma saída de consenso). O Poder Judiciário passa por intensa crise: com quase 80 milhões de processos em trâmite, tem sido muito difícil (em alguns casos, praticamente impossível!) cumprir a missão constitucional de distribuir justiça e afastar a incidência de lesões e ameaças de forma razoavelmente célere. Enquanto o tempo social revela-se cada vez mais acelerado, o tempo do processo se arrasta... eis mais um problema a ser cogitado e enfrentado pelas partes e

uma postura proativa de conciliador ou juiz, que acaba sendo um proponente de acordo, o que na doutrina já vinha sendo defendido, principalmente por Ada Pelegrini Grinover.[149]

No que interessa para o presente trabalho, em tese os casos que envolvessem a Fazenda Pública em matéria de direitos tipicamente disponíveis, como servidores públicos, responsabilidade civil e dívidas em geral, seriam aptos à conciliação. Porém, nos casos em que estivesse presente uma relação duradoura envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, caberia a mediação, por força da lei.[150]

Aponta Maria Cecília Asperti que a conciliação é o meio consensual mais integrado à tradição do ordenamento e do Judiciário brasileiro, ao passo que nos Estados Unidos essa técnica possui outro significado, mais relacionado com a negociação assistida, sendo bem menos utilizada do que a mediação. No âmbito das disputas repetitivas, utiliza-se no Brasil predominantemente a conciliação, que é vista como um meio adequado para lidar com uma quantidade maior de casos, dada sua simplicidade, além de envolver situações das quais as partes não possuem relacionamento prévio[151]. Corroborando essa evidência, Daniela Monteiro Gabbay também constatou, em sua pesquisa sobre a institucionalização da mediação no Judiciário brasileiro e americano, que quanto maior o volume de demandas submetidas ao programa, maior probabilidade de o mecanismo utilizado ser a conciliação.[152]

---

por seus advogados quando da escolha do meio de composição de conflitos: a duração do processo. Esses critérios, porém, são suficientes para a escolha da conciliação? É de se perguntar, portanto: para os jurisdicionados, a conciliação é a melhor saída? Para a autora, conciliar vai muito além da obtenção do acordo, mas sim a obtenção de autêntico consenso, o que exige por parte do condutor da conciliação colaboração no sentido de identificar interesses e sugerir opções. Não seria conciliar (i) manter-se passivo em relação às propostas de acordo das partes; (ii) repetir discurso sobre as desvantagens da passagem judiciária (o que incita a desconfiança no Judiciário); (iii) insistir excessivamente na produção do acordo (o que gera baixo grau de legitimidade e adesão), resultando em uma pseudoautocomposição e, pior, sem as garantias de contraditório e ampla defesa do processo adjudicatório." (BERGAMASCHI, André Luis, *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*, cit., p. 116).

[149] GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *O novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

[150] Lei de Mediação: "Art. 2º. [...] § 2º. Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação."

[151] ASPERTI, Maria Cecília de Araújo, *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas*: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário, cit., p. 150.

[152] GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 261.

Procurando adequar o meio resolutivo da controvérsia à demanda, Paulo Eduardo Alves da Silva aponta os seguintes critérios de diferenciação dos institutos, inclusive quanto à sua aplicação:

> (i) a mediação é indicada para conflitos envolvendo relações continuadas enquanto a conciliação é indicada para conflitos que só têm em comum entre si o próprio conflito; (ii) a mediação serviria para conflitos não patrimoniais e a conciliação para conflitos patrimoniais; (iii) a conciliação serviria para definição de um valor de acordo, enquanto a mediação faria uma composição mais completa do conflito; (iv) a intervenção da conciliação é superficial e não trabalha as causas do conflito, enquanto a mediação busca a descoberta e o tratamento das causas do conflito.[153]

Dessa forma, todos os litígios massificados e repetitivos envolvendo a Fazenda Pública, em que a tese já é vencida, sendo que apenas a questão de valores está sendo discutida, sobretudo quanto à aplicação de taxas de juros, termo inicial, pagamentos parciais etc. estariam sujeitos à conciliação.[154]

Por sua vez questões afetas a políticas públicas, sobretudo de educação, habitação, saúde pública, políticas de policiamento e de embate entre cidadão e Estado, com a intervenção do Ministério Público, e questões ambientais, estariam sujeitas à mediação.

1.3.2.2 Mediação e Fazenda Pública

Neste tópico analisaremos as principais características da mediação envolvendo a Fazenda Pública, com especial enfoque no Estado de São Paulo.

---

[153] SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 34, n. 123, p. 41, ago. 2014.

[154] No mesmo sentido, aponta André Bergamaschi: "Assim, a despeito das críticas envolvendo a diferenciação 'à brasileira' entre conciliação e mediação, baseadas sobretudo na inexistência dessa diferenciação na literatura estrangeira, cremos que o Brasil possui cultura jurídica e de tratamento de conflitos suficientemente típica a embasar o desenvolvimento próprio e autônomo de suas categorias de intervenção consensual, bem como que a forma como os métodos consensuais vêm se desenvolvendo em nossa prática mostra que a distinção se afigura útil do ponto de vista das suas funcionalidades. A princípio, demandas que envolvam relações pontuais e questões patrimoniais exigem intervenções mais focadas nos próprios resultados práticos do método de composição, na construção da própria solução, e menos foco na construção da relação entre as partes e resolução das questões subjacentes ao conflito. Muitas vezes, é o caso da administração pública, em que a necessidade de garantir a isonomia impõe o limite à consideração de elementos subjetivos que não sejam os mesmos estabelecidos para os demais indivíduos. É importante, por outro lado, reconhecer também a existência de zonas cinzentas entre as intervenções, dadas pelos próprios conflitos, que podem surpreender o mediador/conciliador na condução da intervenção. Os conflitos tipicamente patrimoniais e que envolvam relações efêmeras podem revelar, por exemplo, um elemento de reconhecimento pessoal ou coletivo que justifique aprofundar no trato das razões do conflito e possa adicionar pautas que seriam, a princípio, estranhas a uma intervenção superficial." (BERGAMASCHI, André Luis, *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*, cit., p. 120).

1.3.2.2.1 As diversas concepções de mediação

A mediação, hoje vista como técnica de solução de conflitos, há muito existe, sendo citada em textos religiosos ou em costumes de tribos primitivas. Há históricos de conciliação e mediação no judaísmo, no catolicismo e no próprio direito romano. No Brasil, já se previa a conciliação desde a Constituição de 1924. O termo, porém, aparece associado a diversas outras técnicas, como a conciliação ou o arbitramento, ora como sinônimo, ora como subcategoria.

Seria possível isolar o termo, e dele buscar uma definição principiológica, separando-o sobretudo da conciliação e da arbitragem?[155]

Embora a conciliação e a mediação sejam meios autocompositivos de solução de controvérsias, ambos não se confundem, embora, partindo-se do conceito americano, a conciliação esteja incluída no conceito de mediação.[156]

A mediação é em geral definida como um meio de solução de conflitos em que um terceiro facilitador auxiliar as partes a solucionarem seu conflito. Assim, existe a figura de um terceiro, com especial função de levar as partes a um acordo. É, portanto, um método cooperativo, em que as partes chegam por si a um acordo, mas com o auxílio de um terceiro.[157]

---

[155] "A conciliação e a mediação se diferenciam da negociação direta pela intervenção de um terceiro facilitador da comunicação. São práticas muito próximas e de controversa diferenciação. Nos próximos tópicos, primeiro se tratará se é justificável uma diferenciação entre as duas figuras. Na sequência, trataremos de breves notas características de cada um deles e, por último, tentaremos esclarecer melhor a relação entre esses meios consensuais e a 'transação', figura contratual prevista no art. 840 do Código Civil." (BERGAMASCHI, André Luis, *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*, cit., p. 113).

[156] TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3.ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 188.

[157] BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Adolfo (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: Resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

A princípio, não haveria qualquer diferença com relação à conciliação, eis que em ambas existe a presença de um terceiro[158] que busca auxiliá-las, porém, quanto à técnica e função no procedimento, reside a grande diferença entre os institutos.[159]

Embora não seja a melhor técnica legislativa, e partindo de tal premissa, o novo CPC buscou diferenciar os institutos, partindo da função do conciliador para a do mediador:

> 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.
> [...]
> § 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.

---

[158] "Importante mencionar que, até pouco tempo, não existia um conceito normativo de 'mediação' ou 'conciliação'. O debate se travava entre os práticos dos meios consensuais de conflito muito mais do que no plano teórico-dogmático. Não obstante, a discussão tem potencial para repercutir na dogmática jurídica haja vista a iminência de um novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010, aprovado em 17.12.2014), além do Projeto de Lei da Câmara n. 7169/2014, do qual trataremos mais adiante, ambos trazendo elementos de diferenciação. No movimento norte-americano das ADRs (*Alternative Dispute Resolutions*), não existe essa distinção. O que aqui chamamos de 'conciliação' também está sob a denominação de *mediation*, termo que designa práticas de intermediação de conflitos, independentemente da atuação mais propositiva e até avaliativa ou não do terceiro imparcial, já tendo sido destacado que há diferentes modalidades a serem utilizadas de acordo com o perfil concreto do conflito. Muitos entendem a distinção como algo artificial, levando em consideração a ausência da distinção na literatura norte-americana e o fato de que as técnicas são utilizadas conforme as necessidades concretas do caso e não dadas a priori segundo um rótulo nominal. Para Luciane Moessa de Souza, por exemplo, o mais relevante é a abordagem, mais rasa ou mais aprofundada, do conflito e de suas razões: enquanto no que se denomina conciliação essa abordagem é mais superficial, a ideia na mediação é de aprofundar a análise, pois seu objetivo é preservar o relacionamento, valorizando o aspecto pedagógico." (BERGAMASCHI, André Luis, *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*, cit., p. 114).

[159] "Contudo, a prática brasileira atual nos revela duas linhas bem distintas de atuação e de um consenso mais ou menos difundido: a uma, a conciliação, normalmente ligada ao Judiciário e que promove a solução de um ou mais problemas objetivos, em que o terceiro busca zonas de convergência para um possível acordo (ou ao menos deveria) e, a duas, a mediação, voltada especificamente mais ao restabelecimento da comunicação e o tratamento de conflitos intersubjetivos com uma carga maior de questões pessoais. Isso se revela não apenas na linguagem corrente, mas também no ensino dos meios consensuais que vem assim sendo moldado, por seus aspectos práticos e, paralelamente, na forma como atores institucionais importantes – entre eles, o Judiciário – vêm apresentando o tema." (BERGAMASCHI, André Luis, *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*, cit., p. 115). No mesmo sentido: MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo (coord.). *Resolução de conflitos*: fundamentos da negociação para o ambiente jurídico. São Paulo, Saraiva, 2014. (Série GVlaw). p. 28.

Note-se que o primeiro discrímen é a *existência de vínculo entre as partes*: na conciliação, não existe tal vínculo (*v.g.* numa batida de carro), na mediação ele existe (*v.g* como em questões familiares).

Uma segunda diferenciação dos institutos *reside na postura e técnica adotada no procedimento*: na conciliação, o terceiro facilitador sugere soluções para o conflito; por sua vez, na mediação, tendo em vista o vínculo preexistente, o terceiro facilitador tem como dever auxiliar as partes a entenderem por si mesmas o conflito; dessa forma, partindo da *autocompreensão* do conflito, cabe ao mediador facilitar a comunicação entre as partes, de maneira que elas encontrem a solução por si próprias.

O tema está longe de unanimidade na doutrina. Fernanda Tartuce aponta criticamente:

> Embora contemple os principais diferenciais apontados pela doutrina sobre a distinção entre os mecanismos, sobreleva destacar que a diferenciação não é unânime e encontra variadas percepções a partir da distinção feita em algumas escolas americanas entre as modalidades facilitativa e avaliativa de mediação. Nos Estados Unidos, mediação avaliativa é vista como meio de solução de conflitos em que o terceiro imparcial pode ser chamado pelas partes a opinar; em tal vertente, o mediador usa estratégias e técnicas para avaliar o que é importante na discussão e, se entender que as partes precisam de uma orientação qualificada, pode elaborar, sugerir e dirigir a solução dos problemas, avaliando as fraquezas e as forças de cada caso. De forma diversa, o modelo facilitativo preconiza que o mediador use estratégias (como o uso de perguntas) para favorecer o diálogo entre as partes, sendo sua função aumentar e melhorar a comunicação entre as pessoas para que elas mesmas possam decidir o que é melhor para ambas.[160]

Fernanda Tartuce apresenta a posição dos defensores da mediação também avaliativa, representados por Diego Faleck: "[...] embora idealmente a tarefa do mediador seja abrir o caminho para que as partes possam construir por si mesmas opções para pôr

[160] TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC*: questionamentos reflexivos. p. 9-10. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf. Acesso em: 16 nov. 2019. A autora complementa: "Nos Estados Unidos, instalou-se grande polêmica sobre qual modelo deve prevalecer, tendo prevalecido a posição de que mediação deve ser eminentemente facilitativa; embora admissível em certos casos, a avaliação deve ser vista com cuidado e praticada com muita cautela com vistas a não minorar nem impedir a colaboração ou a autodeterminação. Além disso, a imparcialidade sem dúvida será mais facilmente preservada se o mediador se afastar da análise técnica do mérito; por fim, o cumprimento espontâneo do teor avençado será mais provável se os próprios envolvidos definirem seus termos como protagonistas." (Ibidem, p. 10).

fim à disputa, não há rigidez e pode haver intervenção sobre o mérito das discussões em alguns casos".[161]

No mesmo sentido, buscando um sentido de utilidade, posiciona-se Paulo Eduardo Alves da Silva, demonstrando a dimensão subjetiva que a mediação acaba por alcançar.[162]

Como bem resume André Bergamachi:

> Em conclusão, existe uma diferenciação cultural no Brasil hoje e um tratamento diferenciado pelos órgãos responsáveis pela solução de conflitos, mormente o Poder Judiciário. A divisão entre mediação e conciliação é, inclusive, insuficiente, pois existem diversas gradações e técnicas de condução da comunicação, com diferentes objetivos, que não se resumem a (i) focar no acordo ou (ii) focar no relacionamento ou em qualquer outra colocação dicotômica. Todavia, essa mínima diferenciação é útil na medida em que se distinguem diferentes técnicas adequadas a diferentes profundidades de intervenção e a diferentes perfis de conflito. A distinção a partir do tipo de relação entre as partes (se preexistente ou ocasional) e o grau da atitude propositiva do terceiro parecem úteis do ponto de vista de construção e de adoção de técnicas. Na medida em que a mediação, como deve compreender com maior profundidade o conflito interpessoal, demandará técnicas mais adequadas para tanto, na conciliação, sendo válida a formulação de propostas, são necessárias técnicas apropriadas para a manutenção da imparcialidade nessa atividade. Por outro lado, não parece correto tratar as duas figuras de forma estanque, porque o tratamento adequado de cada conflito pode revelar a necessidade de uso de técnicas mistas. Por isto, a pessoa habilitada a atuar como conciliador ou mediador deve ter esse arsenal de diferentes técnicas à sua disposição.[163]

A mediação também não se confunde com a arbitragem, tendo em vista que o mediador não decide o conflito, caracterizando-se como meio autocompositivo. Na arbitragem, as partes buscam um terceiro justamente para ver seu conflito decidido, que impõe a decisão, sendo, portanto, um método heterocompositivo.[164]

---

[161] TARTUCE, Fernanda, *Mediação no novo CPC*: questionamentos reflexivos, cit., p. 10. A autora ainda acrescenta o seguinte comentário de Diego Faleck: "A depender de uma série de fatores que circunscrevem a disputa, como a natureza do caso, o programa de mediação em que está inserido, o perfil das partes e o estilo do mediador, as possibilidades de intervenção do mediador transitam em um largo espectro de atuação que compreende os chamados 'choques de realidade', as avaliações neutras, o trabalho de colocar em palavras e conectar as opções que as partes ventilam, mas não conseguem consolidar sozinhas. Ou seja, a intervenção pode variar em grau." (Ibidem, p. 10, nota 35).

[162] SILVA, Paulo Eduardo Alves da, Mediação e conciliação, produtividade e qualidade, cit., p. 41.

[163] BERGAMASCHI, André Luis, *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*, cit., p. 120.

[164] Na arbitragem as partes buscam o terceiro visando a resolução do conflito, daí a natureza mista eis que contratual na fase inicial, e jurisdicional após o aceite do árbitro.

Isso explica o fato de as cláusulas arbitrais serem muitas vezes *escalonadas* ou *med-arb*, com uma pré-fase de mediação que, sendo infrutífera, parte-se para uma fase arbitral.[165]

1.3.2.2.2 Histórico da mediação no cenário mundial e no Brasil

Como já demonstramos, a mediação ganhou impulso mundial dentro de um cenário maior de busca de métodos alternativos de solução de conflitos, destacando-se o movimento encabeçado por Frank Sander nos Estados Unidos e o Projeto Florença, liderado por Cappelletti e Garth[166], que acabou por atingir o *status* de pesquisa supranacional, financiada pela Fundação Ford.[167]

No Brasil, tais movimentos como demonstrado, ganharam relevo a partir da Constituição de 88, impulsionados, sobretudo, pelo movimento da redemocratização. Houve ainda a influência do Banco Mundial, grande incentivador do movimento em prol dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias. Sobre a mediação na América

---

[165] Modelos do CAM-CCBC para o escalonamento de *med-arb*: "III. CLÁUSULA PADRÃO ESCALONADA MED-ARB: Qualquer controvérsia originária do ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetida obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá ('CAM-CCBC'), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas. A controvérsia não resolvida pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvida por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com o seu Regulamento, constituindo-se o tribunal arbitral de três árbitros, indicados na forma do citado Regulamento. IV. CLÁUSULA DETALHADA ESCALONADA MED-ARB: 1- Qualquer controvérsia originária do ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetida obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá ("CAM-CCBC"), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas. 1.1- A controvérsia não resolvida pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvida por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com o seu Regulamento. 2.1- A arbitragem será administrada pelo CAM-CCBC e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, cujas disposições integram o presente contrato.2.2- O tribunal arbitral será constituído por [um/três] árbitros, indicados na forma prevista no Regulamento do CAM-CCBC. 2.3-. A arbitragem terá sede em [Cidade, Estado]. 2.4- O procedimento arbitral será conduzido em [idioma]. 2.5- [lei aplicável]." (Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/. Acesso em: 19 nov. 2019).

[166] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, cit., p. 18.

[167] "O instituto da mediação possui marco teórico no ano de 1976, na Escola de Direito da Universidade de Harvard, onde se realizou um estudo conhecido como *Multidoor Courthouse* – Tribunal ou Fórum de Múltiplas Portas. Segundo essa proposta, 'um Tribunal poderia receber demandas por programas distintos, pois além do processo judicial tradicional haveria os meios alternativos, tais como a conciliação, mediação e arbitragem'. Com esses estudos, iniciou-se um processo cujo principal escopo era tornar a mediação uma teoria, com mecanismos e técnicas de comunicação para a sua implantação institucional como forma de solução de conflitos." (SANOMYA, Renata Mayumi. *Mediação e conciliação com o poder público*. 2019. 249 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 69).

Latina, o Banco Mundial fez uma análise profunda da fragilidade de tal instituto, de pouca aplicação nos idos de 1990 no direito pátrio[168]. Nesse sentido, vale lembrar que a Lei dos Juizados Especiais, primeiro grande propulsora da conciliação no País somente surgiu no ano de 1995, por meio de Lei n. 9.099/95.

Historicamente, no País nunca se procurou uma diferenciação técnica entre conciliação e mediação, temas tratados quase como iguais. Essa evolução pode ser mostrada pela sucessão de normas que tratam dos institutos.

A Constituição de 1824, no artigo 161, previa que "sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum". E o artigo 162: "Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei."

[168] "A mediação também faz parte de um processo que 'facilita as negociações entre as partes em busca de um acordo'. Na América Latina, existe um arcabouço legal sobre mediação, presente nos códigos de processo civil, mas a participação de mediadores neutros geralmente não é utilizada. Quando esses métodos são utilizados o prognóstico de sucesso gira em torno de 20%. Muito frequentemente, os juízes designados para os casos agem como mediadores. Esses procedimentos não permitem as partes serem sinceros sobre os fatos ou discutir os exatos termos para um acordo. Na verdade, os juízes sustentam a existência de questões éticas quando o mesmo magistrado atua como mediador e prolator da decisão. Todavia, em muitos países da América Latina e Caribe, o potencial dos MARC, como formas de redução da morosidade e dos acúmulos de processos, tem perdido o seu potencial, em face à mentalidade passiva dos membros das Cortes, que não tem consciência de sua capacidade na resolução consensual de conflitos. Ademais, a experiência tem demonstrado que a mediação, em particular, pode ser uma forma efetiva de solução de conflitos, para muitos que não tem condições de arcar com os custos das demandas. Os juízes de paz, atualmente utilizados em alguns países da América Latina, podem proporcionar alternativas ao sistema judiciário formal. Em alguns casos esses juízes são eleitos pela comunidade, e em outros nomeados pelo Judiciário. Os indivíduos podem ter pouco ou nenhum treinamento formal antes de assumirem as funções, sendo que podem ser voluntários ou inteiramente pagos. Outrossim, o sistema deve definir se será composto por juízes leigos ou com formação jurídica. Não obstante, se um sistema com juízes de paz leigos for implementado, torna-se especialmente importante assegurar treinamento, como no caso da Venezuela. Também deve-se considerar a importância de treinamento sobre mediação para esses juízes, já que em vários momentos esse será o seu papel principal na sociedade. No Peru, os juízes de paz propõem diversas soluções até que as partes concordem com elas. Em outros países os juízes de paz têm poderes mais substanciais para impor sentenças e se decidirem como juízes normais. Alguns países desenvolveram sistemas de juízes de paz eficientes e adequados onde as decisões raramente são recorríveis. Os juízes de paz peruanos são essenciais para assegurar o acesso à justiça. Todavia, pode-se claramente observar a inconstância da resolução dos conflitos. Atualmente, como tem se implementado na América Latina, o sistema de juízes de paz não faz parte do sistema formal. Esse sistema é uma resposta à ineficiência do Judiciário e pode assegurar a necessária competição na resolução de conflitos. Todavia, uma justiça de paz eficiente deve complementar o Judiciário e não criar instâncias adicionais, que impeçam o acesso à justiça ao invés de ampliá-lo." (DAKOLIAS, Maria, *O setor judiciário na América Latina e no Caribe*: elementos para reforma, cit., p. 40).

A "Consolidação das Leis Processuais" do conselheiro Ribas determinava no seu artigo 185: "Em regra nenhum processo póde começar sem que se faça constar que se tem intentado o meio de conciliação perante o Juiz de Paz."[169]

O Código de Processo Civil de 1949 não previa a obrigatoriedade de audiência de mediação ou conciliação, porém a possibilidade de acordo aparece em diversos momentos, sobretudo em relação ao processo de desquite.[170]

O Código de Processo Civil de 1973 criou a tentativa conciliação[171] das partes, tornando-a, contudo, uma política, por meio da inserção da audiência preliminar. No rito sumário, não obtida a conciliação, a contestação seria ofertada em audiência.[172]

---

[169] RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*: commentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas; com a collaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879. v. 1, p. 149. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220533. Acesso em: 12 dez. 2019.

[170] CPC/49: "Art. 642. O desquite por mútuo consentimento será requerido em petição assinada pelos cônjuges, ou a seu rôgo, se não souberem ou não puderem escrever, instruída com certidão de casamento realizado há mais de dois (2) anos e, se houver: I - contrato ante-nupcial; II - declaração dos bens do casal e da respectiva partilha, se houver sido acordada; III - acordo sobre a guarda dos filhos menores; IV - declaração da importância ajustada para criação e educação dos filhos e da pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não dispuser de bens suficientes para manter-se. § 1º. As assinaturas, a rôgo, dos cônjuges deverão ser reconhecidas. § 2º. A partilha dos bens do casal, se não houver acôrdo, julgar-se-á por sentença, em inventário judicial, depois de homologado o desquite. § 3º. Para o inventário serão observadas as disposições do Título XXIII, no que forem aplicáveis. Art. 643. Apresentada a petição, o juiz ouvirá os cônjuges, separadamente, sôbre as causas do desquite, e lhes fixará prazo de quinze (15) a trinta (30) dias para que venham ratificar o pedido. § 1º. Decorrido o prazo, se os cônjuges ratificarem o pedido, o juiz mandará autuar e distribuir a petição e documentos e reduzir a termo as declarações e, dentro de cinco (5) dias, ouvido o orgão do Ministério Público, homologará o acordo por sentença, da qual apelará *ex-officio*."

[171] CPC/73: "Seção II - Da Conciliação. Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação. Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo. Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença. Da Audiência Preliminar (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) § 1º. Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) § 2º. Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) § 3º. Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)."

[172] CPC/73: "Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995) § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. (Incluído pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)."

Nos juizados especiais, o emprego da conciliação[173] e da mediação também foi amplamente incentivado, e assim se manteve com a criação dos juizados especiais da Fazenda Pública federal[174] e estadual.

No ano de 2002, foi apresentado o Projeto de Lei n. 94/2002[175], que viria a se tornar a Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), publicada após a vigência do novo CPC. A Lei de Mediação já vinha sendo gestada em momento anterior ao novo CPC, porém acabou sendo publicada após a vigência deste, causando um aparente conflito de normas. Como ambos institutos tratam de mesmo assunto, a doutrina acabou por evitar os conflitos, ao buscar uma integração das duas legislações.[176]

---

[173] Lei n. 9.099/95: "Disposições Gerais. Art. 1º. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência. Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação."

[174] Lei n. 12.153/2009: "Art. 1º. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, órgãos da justiça comum e integrantes do Sistema dos Juizados Especiais, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência."

[175] Anteriormente, em 1998, fora apresentado um projeto semelhante pela deputada Zulaiê Cobra, o PL n. 4.827/98, visando à instituição da mediação. O projeto da deputada, com apoio da OAB-SP e do IBDP acabou por ser modificado pela Secretaria da Reforma do Judiciário, tornando-se um texto mais robusto, dando origem ao PL 94/2002.

[176] Existe, em tese, um conflito aparente de normas entre a Lei de Mediação e o novo CPC, eis que, segundo a LINDB, "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior". Para esclarecer o aparente conflito, Zulmar Duarte busca conciliar os institutos: "[...] o Novo CPC permite que a audiência do artigo 334 do Novo CPC não se realize mediante *consenso* das partes quanto ao desinteresse no *consenso*, manifestado antes da data aprazada para o ato (§§ 4º e 5º). É o consenso quanto ao dissenso. Pois bem, no tocante à mediação, a disposição do Novo CPC é natimorta, pois a audiência de mediação, frente ao disposto na Lei de Mediação, não pode ser dispensada pelas partes, como se afere da leitura conjugada dos seus artigos 3º e 27. Vejam, a possibilidade de dispensa da audiência de mediação pelas partes restou suprimida pela nova Lei de Mediação, no que esta torna obrigatória sua realização (artigos 3º e 27). Pelo Novo CPC, ao receber a petição inicial, o magistrado, exercendo o juízo de admissibilidade positivo, designará audiência de conciliação ou mediação, observados os parâmetros descrito no artigo 164, § 2º. Designada que seja audiência de mediação, as partes não poderão obstar sua realização mediante consenso, haja vista que a disciplina do inciso I do § 4º do artigo 334 não se aplica à mediação, vez que subtraída da disciplina geral do Código pela existência de diploma especial e posterior (Lei de Mediação). Evidentemente, esse fatiamento do Novo CPC pela Lei de Mediação acentua a diferença entre os institutos da conciliação e da mediação, submetendo-os a regramento processual diverso, quiçá com perda de sistematicidade do ordenamento processual. Isso já se fazia sensível no Novo CPC, quando, por exemplo, estabelece como ato atentatório da justiça o não comparecimento na audiência de conciliação, silenciando quanto à mediação (artigo 334, 8º). Portanto, ainda que não fosse desejável, a Lei de Mediação alterou o Novo CPC, no concernente ao tema da mediação, relegando à desvalia as regras do Código quando incompatíveis com a Lei de Mediação." (DUARTE, Zulmar. A difícil conciliação entre o novo CPC e a Lei de Mediação. *GEN Jurídico*, 02 maio 2017. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2017/05/02/dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-lei-de-mediacao/. Acesso em: 19 nov. 2019).

No ano de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 125 que, como vimos, instituiu a política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses.

1.3.2.2.3 Mediação como política pública: Resolução n. 125 do CNJ, novo CPC e Lei de Mediação

Dentro do atual cenário legislativo, pode-se afirmar que a Resolução n. 125 do CNJ, o novo CPC e a Lei de Mediação formam um verdadeiro microssistema de mediação, cobrindo os mais diversos aspectos, sejam principiológicos, sejam processuais, com o intuito de tornar a mediação uma realidade no cenário jurídico brasileiro[177]. Somam-se a isso as Leis dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Federal e Estadual, e ainda a Lei de Arbitragem. Por fim, com o advento da reforma da LINDB, completou-se o microssistema[178] de meios alternativos à jurisdição estatal, aplicando-se de forma indistinta à Fazenda Pública, que recebeu tratamento legislativo específico. Não se pode alegar falta de normatização, sobretudo para as Fazendas Públicas que, calcadas no dogma da legalidade e da indisponibilidade de bens, se refugiavam nesses fundamentos para evitar eventuais acordos. Ainda que haja falhas na normatização e se possam discutir limites para celebração de acordos, não se pode negar que tanto a Lei de Mediação quanto a LINDB estipulam uma verdadeira *cláusula geral de acordos* para a Administração Pública.[179]

---

[177] Aponta Renata Sanomya, no mesmo sentido de Kazuo Watanabe, que entre os principais avanços da Resolução 125 do CNJ temos: a) mudança do paradigma de serviços judiciários, fazendo-os abrangentes também dos mecanismos de solução consensual de conflitos de interesses; b) assegurar serviços de qualidade, exigindo que os mediadores e conciliadores sejam devidamente capacitados e treinados; c) centralização dos serviços de conciliação, mediação e orientação, com organização de Centro de Resolução de Conflitos e de Cidadania (CEJUSC), assegurando-se o aperfeiçoamento permanente das práticas e seu controle e avaliação mediante a organização de banco de dados e cadastro de mediadores e conciliadores (SANOMYA, Renata Mayumi, *Mediação e conciliação com o poder público*, cit., p. 69).

[178] TARTUCE, Fernanda, *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 71.

[179] Aponta Kazuo Watanabe as principais funções da Resolução n. 125 do CNJ: "a) obrigatoriedade de implementação da mediação e da conciliação por todos os tribunais do país; b) disciplina mínima para a atividade dos mediadores/conciliadores, como critérios de capacitação, treinamento e atualização permanente, com carga horária mínima dos cursos de capacitação e treinamento; c) confidencialidade, imparcialidade e princípios éticos no exercício da função dos mediadores/conciliadores; d) remuneração do trabalho dos mediadores/conciliadores; e) estratégias para geração da nova mentalidade e da cultura da pacificação, inclusive com criação pelas faculdades de direito em meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação; f) controle judiciário, ainda que indireto e a distância dos serviços extrajudiciais de mediação/conciliação." (WATANABE, Kazuo. *Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*, cit., p. 5).

Com efeito, a Lei de Mediação constitui um verdadeiro marco legal da mediação no Brasil, expressão essa que ganha apoio na doutrina.[180]

A Resolução n. 125 do CNJ foi o primeiro diploma que tomou a frente na criação de uma política pública de instituição de meios alternativos de controvérsias. Esse diploma foi inovador, sob o ponto de vista de trazer para a responsabilidade do Poder Judiciário a instituição de uma política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação.[181]

E mais, isso deve ocorrer por meio da consolidação de uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios. Conclui-se, portanto, que o movimento pelos MASCs no Brasil deve ser perene, ampliando a aplicação dos meios alternativos e, dessa forma, deve atingir o maior litigante do País, que é a Fazenda Pública, ou melhor, todo o Poder Público, *lato sensu*, em juízo.

O novo CPC trata do mesmo tema, tendo introduzido diversas inovações.

A primeira foi o fato de eleger a conciliação e a mediação como métodos fundamentais e de aplicação geral[182], ou seja, devem irradiar para todo o ordenamento processual. Como o processo civil deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na CF, observando-se as disposições do CPC[183], a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos

---

[180] TARTUCE, Fernanda, O novo marco legal da mediação no direito brasileiro, cit., p. 2.

[181] PELUSO, Antonio Cezar. Mediação e conciliação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 8, n. 30, p. 15-19, jul./set. 2011.

[182] Demonstrando o papel de cada uma das partes no processo: "[...] fechar o círculo de garantias e exigências constitucionais relativas ao processo mediante uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma. Esse enunciado explícito vale ainda como norma de encerramento portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas mas igualmente associadas à ideia democrática que deve prevalecer na ordem processual." (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 250).

[183] Conforme ensina Cassio Scarpinella Bueno, as normas gerais constantes do novo CPC, acabam por ter um fim didático, ao ilustrar todo o processo civil brasileiro (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva; 2016. p. 47).

deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.[184]

Outro avanço foi o de regulamentar a função de conciliadores e mediadores judiciais[185], e ainda de diferenciá-los legalmente, quanto às suas funções.[186]

Trouxe ainda princípios gerais aplicáveis à conciliação e à mediação[187], regulamentou as câmaras privadas que já existiam na prática e careciam de qualquer tipo de ordenamento para fins de funcionamento e determinou que 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.[188]

Do ponto de vista do procedimento, conferiu à conciliação e à mediação uma prioridade, devendo a parte autora declinar de sua intenção de mediar na petição inicial[189]. Com isso, criou uma audiência inicial de conciliação ou de mediação procedimental. Dessa forma, se petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz deverá designar audiência de conciliação ou de

---

[184] Nesse sentido, aponta Maria Cecília Asperti a necessidade de se pensar na remuneração e na contratação de mediadores e conciliadores, que no Brasil são via de regra vinculados aos tribunais (ASPERTI, Maria Cecília de Araújo, *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas*: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário, cit., p. 146).

[185] CPC: "Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional."

[186] CPC: "Art. 165. [...] § 2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 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."

[187] CPC: "Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada."

[188] CPC: "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."

[189] CPC: "Art. 303. [...] II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;"

mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 dias de antecedência.[190]

Na audiência de instrução e julgamento, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem. Por fim dá prioridade à conciliação e à mediação especialmente em dois conflitos: os possessórios[191] e os de família[192].

1.3.2.2.4 Princípios e técnicas de mediação e sua utilização prática

Quanto aos princípios aplicáveis à mediação, tanto a Lei de Mediação quanto o novo CPC trazem um verdadeiro rol que deve guiar a sua aplicação de tal instituto. A Lei de Mediação, de forma mais ampla e com maior abrangência, prevê: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; e boa-fé.

Por sua vez, o novo CPC prevê a aplicação dos princípios tanto para a conciliação quanto para a mediação, sendo elas informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. E, ainda, que a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

A aplicação de tais princípios, à exceção da confidencialidade, como será demonstrado, é plenamente compatível com a participação da Fazenda Pública na mediação e na conciliação.

---

[190] O artigo 334 do novo CPC remete a uma audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 dias de antecedência, ou seja, somente daí passará a fluir o prazo para apresentação de defesa, quando não obtido o acordo.

[191] CPC: "Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º. § 1º. Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo."

[192] CPC: "Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar."

Note-se que existem duas ordens principiológicas, ora voltadas para as partes, como no caso da imparcialidade, oralidade, isonomia e boa-fé, ora voltada ao próprio sistema, como no caso da confidencialidade e da boa-fé.

Assim, os princípios atinentes à Administração Pública, exceto a publicidade, são plenamente compatíveis com os princípios previstos no instituto da mediação. Aqui ganha principal relevo a ideia de igualdade das partes, pois via de regra a Administração Pública se vale da chamada supremacia do interesse público sobre o particular, para impor-se sobre o cidadão.

Embora o princípio da isonomia já tivesse assento constitucional no artigo 5º da CF, segundo o qual "todos são iguais perante a lei", é comum a Fazenda Pública, no processo civil tradicional, se valer de *prerrogativas*, também classificadas como *privilégios processuais*, o que fere o princípio da isonomia[193], cujo real sentido é o tratamento igualitários dos iguais e diferente dos desiguais, na medida de suas desigualdades.[194-195]

O fundamento do tratamento desigual da Fazenda Pública no processo civil é a proteção do interesse público. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello tendo como fundamento sua tradicional diferenciação do interesse primário e secundário faria sentido a preservação de tais privilégios processuais.[196]

Por conta disso, haveria uma escusa legal para que a Fazenda Pública ferisse no processo judicial o princípio da isonomia.[197-198]

---

[193] O escopo do presente trabalho visa, sobretudo, a enfrentar o tema, sob o prisma processual.

[194] Para Dinamarco: "Essas desigualdades que o juiz e o legislador do processo devem compensar com medidas adequadas e são resultantes de fatores externos ao processo – fraquezas de toda ordem, como a pobreza, a desinformação, carências culturais e psicossociais em geral. Neutralizar desigualdades significar promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal igualdade de tratamento porque esta pode ser, quando ocorrentes essas fraquezas, fonte de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala." (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 213).

[195] Trata-se do clássico pensamento de Aristóteles, segundo o qual igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2).

[196] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 54.

[197] Para Leonardo Jose Carneiro da Cunha, haveria fundamento em tal diferenciação das partes (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 33), bem como para Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "A Administração não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção, daí a indisponibilidade do interesse público." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 157).

[198] Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:"Esse princípio também chamado de finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda sua atuação.

A aplicação do princípio da igualdade entre as partes na mediação ganha principal relevo, pois visa a permitir que as partes se coloquem em um mesmo plano, buscando uma solução negociada. Nesse sentido, o novo CPC prevê que as partes negociem, eis que admite a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.[199]

Visando à obtenção do acordo, diferentes técnicas podem ser utilizadas, como aponta Juliana Guanaes Silva de Carvalho Farias:

> Atualmente já existem três escolas clássicas para orientar as diferentes formas de desempenhar a mediação: o Modelo Tradicional-Linear (desenvolvido por Harvard Law School), o Modelo Transformativo (introduzido por Robert A. Bush – teórico da negociação e Joseph F. Folger – teórico da comunicação) e o Modelo Circular-Narrativo (proposto por Sara Cobb).[200]

A aplicação de diferentes técnicas, independentes ou mesmo combinadas, é plenamente possível, eis que uma não é excludente da outra, e o caso particular vai demonstrar qual delas é a mais apropriada. Porém, a escola de negociação de Harvard tem alcançado nos últimos anos maior prestígio e fama no cenário mundial.

É o que aponta a citada autora:

> Acredita-se, por exemplo, que o Modelo de Harvard pode ser mais adequado para conflitos empresariais ou que envolvam pessoas jurídicas; enquanto o Modelo Transformativo é recomendado para todos os casos em que estão muito envolvidas as relações interpessoais, como os conflitos familiares; e o Modelo Circular-Narrativo tem a vantagem de sua grande aplicabilidade, uma vez que está centrado tanto nas relações, quanto nos acordos. Nesse sentido, alguns estudiosos brasileiros, a exemplo de Adolfo Braga Neto (2009), entendem que o mediador trabalha com uma "caixa de ferramentas", que estão a sua disposição e são por ele escolhidas, de acordo com as possibilidades, habilidades, necessidades das pessoas e do conflito. A condensação deste instrumental teórico diversificado sobre os distintos modelos de mediação garantiu a este processo polivalência, ao ponto de caracterizá-lo como um método capaz de adequar-se e ser utilizado nos mais variados contextos, nos quais seu emprego se faça preciso ou interessante para solução pacífica de conflitos. Com a globalização, a mediação ganhou destaque devido à sua eficácia, celeridade e baixo custo (em comparação a via judicial), tornando-se uma técnica de simples e passível de

---

No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o interesse público, normas de interesse público." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 69).

[199] CPC: "Art. 166. [...] § 3º. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição."

[200] FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 188, p. 4, 2016. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4099/2812. Acesso em: 20 nov. 2019.

> exportabilidade. A mediação, então, espalhou-se para diversos países como: Canadá, França, Argentina, Portugal, Espanha e Inglaterra, o que a fez tomar distintas formas e procedimentos, uma vez que ela pode ser adaptada de acordo com o contexto econômico, social e jurídico de cada país. Com o Brasil, não foi diferente, de maneira que o mesmo igualmente importou a medição, como processo extrajudicial de resolução de conflitos (em virtude, sobretudo, da crise instaurada no Poder Judiciário).[201]

Independentemente da forma como a mediação é aplicada, importa muito mais o resultado, o acordo livremente obtido, ainda que diversas técnicas sejam empregadas, pois a técnica em si é apenas um caminho para o resultado. No Capítulo 3, referente ao DSD e à negociação, o tema será novamente abordado.

1.3.2.2.4.1 Mediadores: função e regramento

Para a aplicação das técnicas de mediação e conciliação, é necessário um devido preparo do terceiro facilitador. A Resolução n. 125 do CNJ, importante norma na implementação da política judiciária nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, estabeleceu as diretrizes para a adequada formação e treinamento de conciliadores e mediadores.[202]

A eles se aplica todo o regramento dos impedimentos e suspeições, forma de remuneração, cadastramento, princípio, bem como as regras próprias dos artigos 165 a 173 do novo CPC.[203]

Independentemente do regramento contido na Resolução n. 125 do CNJ, no novo CPC e na Lei de Mediação, deve-se ressaltar que essa atividade deve ser realizada de

---

[201] FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho, Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal, cit., p. 4-5.

[202] Chama atenção o Anexo I da Resolução n. 125 do CNJ: "O curso de capacitação básica dos terceiros facilitadores (conciliadores e mediadores) tem por objetivo transmitir informações teóricas gerais sobre a conciliação e a mediação, bem como vivência prática para aquisição do mínimo de conhecimento que torne o corpo discente apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial. Esse curso, dividido em 2 (duas) etapas (teórica e prática), tem como parte essencial os exercícios simulados e o estágio supervisionado de 60 (sessenta) e 100 (cem) horas." (Anexo I - Diretrizes Curriculares (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) Aprovadas pelo Grupo de Trabalho estabelecido nos termos do art. 167, § 1º, do Novo Código de Processo Civil por intermédio da Portaria CNJ 64/2015).

[203] CPC: "Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei. Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos."

forma técnica e precisa[204]. Deve haver um comprometimento com as partes, empregar-se um processo informativo, mostrando as vantagens no procedimento, e não forçando a partes a firmar acordo. Para tanto, as partes devem agir com autonomia, e não ser usada uma forma coercitiva.

Com isso, ao se evitar forçar as partes a um resultado, o conciliador e o mediador permitem aos envolvidos a compreensão das vantagens do acordo, afastando eventuais empecilhos, sobretudo subjetivos, e possibilitando que os litigantes cheguem autonomamente ao acordo e, assim, aumentando o grau de comprometimento no resultado obtido.

Aponta Maria Cecília Asperti que em tribunais com corpo próprio de mediadores (*staff mediators*), em situações envolvendo o desequilíbrio entre as partes, possam eles agir de forma mais ativa:

> Como esses mediadores são vinculados ao tribunal, deles é exigida uma postura mais interventiva que vise a assegurar, na medida do possível, o equilíbrio entre as partes. Nestes casos admite-se (chegando-se ao ponto a se estimular) que o mediador forneça informações à parte hipossuficiente sobre o processo ou solicite a parte contrária que compartilhe informações sobre o caso.[205]

1.3.2.2.5 Mediação judicial e a Fazenda Pública

O novo CPC e especialmente a Lei de Mediação trouxeram importantes avanços à participação da Fazenda Pública na mediação, inclusive quanto à possibilidade dela assumir a posição jurídica de *parte na mediação*. Ademais, a Fazenda Pública ainda participa como *um mediador de conflitos*.

Essa dupla vocação é evidenciada pela Lei de Mediação, que ora trata a Administração como parte, ora como mediadora de conflitos.[206]

---

[204] Sobre formação de mediadores a resolução 125 do CNJ traz ampla normatização.

[205] ASPERTI, Maria Cecília de Araújo, *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas*: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário, cit., p. 146.

[206] TONIN, Mauricio Morais, Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos, *in Temas de mediação e arbitragem III*, cit., p. 193.

Para a Administração Pública *negociar* num ambiente de mediação, deve haver um maior grau de *consensualismo administrativo*[207]. Para tanto, é necessário repensar o modelo de supremacia da Administração em relação ao particular e enfrentar dogmas como os da "indisponibilidade de bens e direitos" e da "estrita legalidade" como impeditivos da realização de acordos.

Deve-se reconhecer a possibilidade de que tanto a sociedade como a Administração pública, aqui vista como mais um dos agentes sociais, devem se unir pelo bem comum e não se colocar numa posição de confronto[208]. O modelo teórico pelo qual isso é possível advém da chamada administração por acordos, na qual há um maior grau de participação e colaboração social nos destinos do Estado. Por conta disso, o fenômeno da *contratualização da Administração Pública* ganha relevo e isso reflete inclusive nos modelos de solução de conflitos.[209]

Nesse sentido, a Lei de Mediação mostra-se afinada com um novo pensamento administrativo, pois trata o Estado tanto como parte na mediação, tomando partido em um mecanismo ágil e que ainda reduz o sentimento de injustiça do cidadão, quanto permite que a Administração Pública seja um verdadeiro mediador de conflitos, por meio da constituição de câmaras, resolvendo os conflitos entre os demais órgãos e o cidadão. É, portanto, mais uma faceta do *consensualismo*.[210]

---

[207] Demonstrando a necessidade de as partes buscarem a solução consensual e desconsiderarem o monopólio estatal de justiça, a posição de Diogo Leite de Campos: "Aparecendo cada vez mais de acordo com a 'natureza das coisas', que os cidadãos resolvam eles mesmos os conflitos entre seus direitos, e não sejam sujeitos ao poder judicial como se estão se liberando do 'poder legislativo' e do 'poder executivo'." (CAMPOS, Diogo Leite de. A arbitragem voluntária, jurisdição típica do estado-dos-direitos e dos-cidadãos. *In*: CAMPOS, Diogo Leite de; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *A evolução do direito no século XXI*: estudos em homenagem ao professor Arnoldo Wald. Coimbra: Almedina, 2007. p. 53).

[208] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89-113.

[209] Para Gustavo Justino de Oliveira, "função de garantia do Estado contemporâneo emerge de sua consolidada obrigação constitucional de protagonizar a efetivação de um extenso catálogo de direitos fundamentais. Surge assim, segundo o pensamento de Solé, um 'direito fundamental à boa administração'" (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 211).

[210] Gustavo Justino de Oliveira expõe bem a ideia de contextualização do modelo de parceria público-privada (PPP) num cenário de maior consensualismo. Haveria uma quebra de paradigmas da Administração vertical para a Administração paritária. Nesse cenário exsurge o conflito entre o vetusto ato administrativo *versus* o novo contrato administrativo (contratualismo) e também a unilateralidade *versus* a multilateralidade. Os contratos de PPPs têm como característica uma maior possibilidade de negociação de cláusulas. O que não

Ao lado disso, ganha relevância o princípio constitucional da *eficiência administrativa*, bem como as boas práticas de administração pública. Como corolário do princípio da eficiência, há uma dupla destinação do seu conteúdo: a própria Administração deve prestar bons serviços e velar pelo atendimento do bem-estar social e, por outro lado, o administrador público deve procurar atuar de forma proativa, buscando as melhores soluções para o caso concreto.[211]

É nesse cenário que a mediação se coloca como mais uma ferramenta da boa gestão pública de possíveis de litígios judiciais com a sociedade. As vetustas ideias de "empurrar processos" e "enrolar pagamentos de precatórios para outra gestão" deve ser superada, vistas como verdadeiras violações dos princípios da administração pública.

Nesse sentido, aponta Mauricio Tonin:

> Se por um lado é possível identificar uma série de temas que não são adequados de serem levados à solução consensual, já há vozes que apontam para a ilegalidade ou até improbidade do administrador que, diante de uma situação

---

o faz perder a natureza de contrato de adesão, porém com maior grau de reciprocidade nas posições jurídicas de credor e devedor. Outro destaque é a aproximação do direito público do direito privado e do direito privado a princípios de direito público. Aponta ainda o autor os fatores dessa nova contratualização: 1) aumento quantitativo dos objetos de interesse geral; 2) maior facilidade em administrar com a adesão do administrado: participante e não subordinado. Suas origens, como vetor da paridade, remontam à origem alemã da administração por acordos, com posterior difusão na Itália, Espanha e Portugal (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 567-606).

[211] "No que se refere ao rito, consideradas inclusive as peculiaridades envolvendo a Administração Pública, recomenda-se, pelo menos, que sejam adotadas as seguintes providências: (i) a formalização de todos os atos, propostas e sugestões de soluções, desde a pré-mediação (ainda que só lhes seja dada publicidade ao final do procedimento); (ii) a definição de quem serão os interlocutores, em especial da competência daqueles que representarão a Administração Pública, os quais deverão dispor de agenda e de poderes específicos para a transação (definidos em lei, no ato de posse do servidor, no ato de delegação por parte da autoridade competente, ou em mandato expressamente outorgado); (iii) a abertura em local reservado, mas de conhecimento público, com a lavratura de termo em que as partes consolidem o objeto da controvérsia e a firme intenção de a solucionar consensualmente, deixando de lado os impasses e assumindo a disposição de compor os interesses; (iv) a escolha consensual do mediador (sempre que permitido, pois, em se tratando de câmara de mediação dentro da estrutura da Administração Pública, como a da AGU, por exemplo, em razão da organização interna do órgão, não é prevista/viável a escolha do mediador, mas apenas a escolha pela utilização da câmara); (v) a predefinição consensual de agenda que parametrize os trabalhos e a disposição das partes em cumprir suas tarefas colaborativas, bem como o termo final estimado (com eventual possibilidade de ser prorrogado, em vista do avanço nas negociações); (vi) a possibilidade de flexibilizar a agenda e os deveres a ser cumpridos, sempre de modo fundamentado e consensual, em vista da procura pela solução; (vii) as estratégias e momentos de intensificação das negociações, com a prévia disposição das partes a avançar nos temas sensíveis, com disponibilidade de agenda; (viii) a imperiosidade de as tratativas serem concentradas e se darem exatamente no ambiente da mediação, de molde a evitar negociações e/ou confrontos paralelos; (ix) a forma pela qual a proposta final será formalizada, com motivação exaustiva das premissas normativas, dos fatos envolvidos, das alternativas decisórias e daquela que será a consensualmente escolhida como a mais eficiente para a solução do caso concreto." (CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração pública e mediação: notas fundamentais. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 16, n. 61, p. 138-139, jan./mar. 2018).

> patente de existência de direito da parte adversária, simplesmente se nega a reconhecer esse direito e a fazer um acordo, ou, ao menos, de apresentar uma proposta de composição. Ora, quanto mais tempo demora para a Fazenda Pública cumprir a obrigação, mais oneroso aos cofres públicos fica o seu cumprimento, considerando os juros moratórios e a correção monetária, além das custas processuais e honorários advocatícios nos processos em que é sucumbente. Neste sentido, a ilegalidade não está mais entre os óbices à utilização dos meios consensuais pela Administração Pública [...], mas passa a ser fator determinante ao administrador para reconhecer a existência do direito do interessado (total ou parcialmente) para, em razão disso, definir a posição que irá tomar visando à solução do conflito.[212]

Chama ainda a atenção o fato de que os processos de mediação envolvendo a Administração Pública deverão ser obrigatoriamente públicos, obviamente ressalvando os casos de segurança nacional.

Conforme se pode constatar, visando, sobretudo, ao respeito ao princípio constitucional da preservação da intimidade e dos direitos da personalidade, o legislador tratou de constar nos dispositivos legais, tanto da Lei de Medição como no CPC, que os procedimentos sujeitos à mediação serão em princípio confidenciais:

> Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Da mesma forma, o CPC erigiu a confidencialidade a princípio da mediação e a estendeu- a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.[213]

---

[212] Nesse sentido, Mauricio Tonin acrescenta, demonstrando a aplicabilidade da técnica negocial de Harvard: "A partir dessa consciência, torna-se fundamental mudar a forma de dialogar com aqueles que litigam com a Administração, por meio das técnicas de negociação colaborativa, ou baseada em princípios, conforme a escola de Harvard. O Poder Público tem que dar o exemplo e não se utilizar da morosidade do Judiciário para se esquivar do cumprimento de seus deveres legais." (TONIN, Mauricio Morais, Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos, *in Temas de mediação e arbitragem III*, cit., p. 192).

[213] CPC: "Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. § 4º. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais."

O dever de confidencialidade se impõe não apenas ao procedimento, mas também ao conciliador e ao mediador, assim como aos membros de suas equipes, que não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Em um ambiente de relações privadas, a mediação confidencial faz todo sentido porque a preservação de interesses ligados à intimidade, à privacidade e às relações pessoais e familiares decorre da proteção da própria dignidade humana. Já uma mera *opção pela confidencialidade*[214], como a existente na Lei de Arbitragem, pela qual as partes privadas, embora escolhendo a confidencialidade, têm essa opção como faculdade legal, não faria qualquer sentido.

Em se tratando de Administração Pública, tanto na arbitragem como na mediação, a confidencialidade não se aplica, ressalvadas as hipóteses constitucionais de preservação da segurança nacional, pois a publicidade dos atos administrativos é primordial em uma sociedade democrática sobretudo por permitir o controle social da Administração. Sobre o tema, aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro quanto a previsão constitucional do direito deferido a todos de receber 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.[215]

Esse controle social, também conhecido como *responsividade*[216] por meio da transparência, permite a qualquer cidadão ter consciência de como vêm agindo os administradores, bem como a forma como os recursos estão sendo aplicados.

Além disso, no que tange à mediação, permite o conhecimento das boas práticas administrativas, bem como as teses que estão sendo levadas para fins de acordo e os limites de negociabilidade da Administração. Ademais, permite verificar a transparência e correição dos atos negociais praticados pelas advocacias públicas, que têm amplos poderes de negociação.

---

[214] Destaca-se posição de Júlia Dinamarco (DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz. Arbitragem e administração pública. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 26, n. 101, p. 273-282, jan./mar. 2001).

[215] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 74.

[216] Aponta Carlos Alberto de Salles a necessidade de transparência na relação entre a Administração Pública e a sociedade (SALLES, Carlos Alberto de, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 79-82, 113-116, 117-138).

A outra faceta da vedação da confidencialidade é justamente a publicidade dos atos administrativos, que impõe tanto à Administração Pública como ao gestor o dever de manter os dados das mediações acessíveis a qualquer um que deles queira tomar ciência.

Tal como na arbitragem, há um limite da publicidade de tais atos, ou seja, até que ponto deve a Administração ou as câmaras de mediação terem tais documentos acessíveis. A norma aparentemente deve ser interpretada de maneira a impor ao administrador público o dever de revelar as mediações em curso, quando realizadas num ambiente fora da mediação judicial, eis que, nesse caso, tal qual nos demais processos envolvendo a Fazenda Pública, há ampla publicidade, sendo facultado a qualquer do povo o acesso.

1.3.2.2.5.1 Adequação e cabimento da mediação em relação à Fazenda Pública

A medição apresenta um campo de atuação diferente da arbitragem, que versa sobre direitos patrimoniais disponíveis. Por sua vez, a Lei de Mediação, verdadeiro marco legal envolvendo a negociação, a mediação e a conciliação, tem como objeto o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Tal fato leva autores a entender que mesmo direitos a princípio indisponíveis estariam aptos a acordos, o que, segundo Mauricio Tonin, corresponderia a uma abrangência muito maior de atuação:

> A Lei nº 9.307/1996 permite a utilização da arbitragem para solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º, Lei da Arbitragem). Já a Lei de Mediação é mais abrangente e permite a utilização de métodos consensuais – negociação, conciliação, mediação – para solução de conflitos que envolvam direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º, *caput*, Lei da Mediação). A dificuldade surge exatamente da ausência de definição clara do que são direitos patrimoniais disponíveis, direitos patrimoniais indisponíveis, ou direitos indisponíveis que admitem transação da Administração Pública.[217]

Assim, toda ordem de conflitos, ligados, por exemplo, a políticas públicas, e que envolvessem planos de governo, poderiam, a princípio, ser mediados. Aqui vale lembrar que a Lei de Mediação busca diferenciar tal instituto da conciliação, justamente quanto à preexistência de conflito anterior e a forma facilitada ou não de resolução.

---

[217] TONIN, Mauricio Morais, Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos, *in Temas de mediação e arbitragem III*, cit., p. 182.

É nesse campo fértil que ganha especial relevância a possibilidade de direitos até então não arbitráveis, por expressa vedação da Lei de Arbitragem, passarem a ser conciliáveis, negociáveis ou sujeitos à mediação.

Quanto à adequação do uso da mediação por parte da Administração Pública, apresenta Mauricio Tonin as seguintes hipóteses, por envolverem temas sensíveis e complexos:

> i) conflitos relativos à implementação de políticas públicas, especialmente com o Ministério Público, no bojo de uma ação civil pública (obrigações, metas, prazos, qualidade do serviço público prestado);
> ii) reintegração de posse de áreas públicas ocupadas por famílias sem moradia (prazos, contrapartidas);
> iii) negociação com entidades de classe de servidores públicos a respeito de política salarial e outros direitos dos representados.

Note-se que com isso a Lei constitui um verdadeiro avanço com relação aos diplomas legais anteriores, que sempre colocavam obstáculos à possibilidade de acordos versando sobre direitos indisponíveis.

A partir do reconhecimento da existência de direitos absolutamente indisponíveis e de direitos indisponíveis que admitam a transação, a Lei de Mediação encontra nas políticas públicas um grande campo de aplicação.

1.3.2.2.5.2 Mediação por adesão

A ideia de adesão a termos e acordos com a Fazenda Pública não é nova, sobretudo em questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis[218]. Basta lembrar que em

[218] Um dos mais famosos acordos por adesão diz respeito ao acordo das diferenças pagas pelas cadernetas de poupança em planos econômicos. Destaca-se a recente notícia do CNJ: "O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os Tribunais Estaduais e Federais estão mobilizados para dar efetividade ao acordo dos planos econômicos. Homologado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o acerto baseado na conciliação pretende encerrar mais de 30 anos de incerteza no pagamento de expurgos inflacionários referente a perdas com os planos Bresser, Verão e Collor II. A *Agência CNJ de Notícias* inicia hoje uma série de três reportagens sobre o tema. Firmado por representantes dos poupadores e dos bancos, o acordo estabeleceu as condições para o maior entendimento já firmado por meio da conciliação no âmbito da Justiça brasileira. O pacto engloba aproximadamente 700 mil processos e várias instituições do sistema financeiro, entre as quais as cinco maiores do país: Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Itaú Unibanco, Bradesco e Santander. [...] acerto firmado entre o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), a Frente Brasileira pelos Poupadores (Febrapo), a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), com a participação da Advocacia-Geral da União e do Banco Central, trouxe a possibilidade de ter seus termos estendidos para outras ações individuais e coletivas." (OTONI, Luciana. Justiça protagoniza homologação de acordos dos planos

matéria tributária, embora não objeto do presente estudo, encontram-se normalmente transações por adesão a programas de parcelamento tributário.

A Lei de Mediação inovou, ao prever a mediação por adesão, tipicamente a ser utilizada em contenciosos de massa. A Seção II, intitulada "Dos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações" traz normas específicas sobre tal adesão.

O permissivo genérico afirma:

> Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Para tal, os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria, como determina o parágrafo 2º do artigo 35 da Lei de Mediação: "Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa."

A Lei prevê ainda a necessidade de resolução, instrumento regulamentador de leis, para dar maior eficácia e aplicabilidade à norma geral. É salutar haver uma regulamentação administrativa, para delimitar o campo de atuação da mediação, pois ela terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados, mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

Com isso, permite-se um maior grau de padronização de acordos, mas que não signifique um engessamento na possibilidade de negociação. O regulamento deve permitir uma margem de negociabilidade e não fechar as portas da mediação.

Um ponto a ser discutido diz respeito a essa adesão, já que se trata de uma nítida contradição com a concepção de negociabilidade típica da mediação. Nesses casos, ao que

---

econômicos. *Agência CNJ de Notícias*, 02 ago. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-protagoniza-homologacao-de-acordos-dos-planos-economicos/. Acesso em: 18 out. 2019).

tudo indica, tal fenômeno em muito se distancia das concessões mútuas para chegar a um verdadeiro acordo.

Note-se que a mediação em tudo se parece com um contrato, no qual as partes, por meio de um terceiro facilitador, chegam a um acordo de vontades. No liberalismo contratual, surgido no Código napoleônico, a base contratual se estabeleceu com base em dois pilares: a liberdade contratual e a preservação do vínculo: *pacta sunt servanda* e *lex inter partes*.[219]

O conceito de contrato evoluiu ao longo do tempo, sobretudo ante as diferentes relações de trabalho e consumo. Surgiram ainda ideias como a revisão contratual, o princípio *rebus sic stantibus* e o dirigismo contratual.[220]

Nas relações modernas, sobretudo advindas do consumerismo, os antigos dogmas contratuais rígidos ganharam contornos que relevam a condição da parte, principalmente a hipossuficiência, ou seja, um desequilíbrio anterior, prévio, que coloca as partes de antemão em condições distintas.

Nesses casos, a parte não como discutir o contrato, podendo somente aderir a ele. Sobre o tema da vontade em contratos de adesão surgiram diversas correntes, prevalecendo duas delas[221]. Pela primeira, não se trataria de um contrato propriamente dito, eis que haveria uma adesão de uma das partes à manifestação de vontade da outra. A segunda corrente, por sua vez, foca a conjunção de vontades das partes, ainda que uma imponha à outra os termos contratuais.[222]

---

[219] GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. atual. e anotada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 109-119.

[220] GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 109-119.

[221] Sobre teorias acerca de contratos por adesão e sua relação com o direito do consumidor em relações bancárias: HAGSTROM, Carlos Alberto. A disciplina do relacionamento entre as instituições financeiras e seus clientes: Código de Defesa dos Clientes de Bancos: comentários às Resoluções 2878 e 2892, do CMN: 1ª parte. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 29-58, jul./set. 2002.

[222] Para aprofundamento no tema: FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007; MARINELA, Fernanda, BOLZAN, Fabrício (org.). *Leituras complementares de direito administrativo*: advocacia pública. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodium, 2010; NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., modificada e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), no artigo 54, é um exemplo disso, trazendo seguinte definição: "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo."

Caio Mário da Silva Pereira os definem como "aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente as cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra"[223]. Por sua vez, Orlando Gomes o define como um contrato pelo qual "uma das partes tem que aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos".[224]

Na abordagem da arbitragem, já discutimos a inserção de cláusulas compromissórias em contratos de adesão[225]. O caso aqui é distinto, pois não se está tratando da exclusão da jurisdição estatal para optar pela arbitragem como meio de solução de controvérsias, mas aderir a um acordo já previamente estipulado, como forma de pôr fim a um litígio em curso.

Por conta disso, a princípio, a mediação por adesão não seria tipicamente uma mediação, mas sim um contrato de adesão. Vale lembrar que a Fazenda Pública muitas vezes se vale de contratos de adesão, *v.g.* os contratos administrativos, que são tipicamente

---

[223] PEREIRA, Caio Mário de Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 10. ed., 17. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3, p. 65.

[224] GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 109-119.

[225] Aponta Luiz Fernando Guerrero alguns problemas decorrentes da inserção de cláusula arbitral nos contratos de adesão: "A cláusula compromissória nestas situações diverge da formação da cláusula compromissória em situações comuns, pois o consentimento da parte não se impõe à discussão acerca das cláusulas, mas apenas à adesão de um contrato já pronto, com as condições estabelecidas. Tal preocupação não existe apenas quando a análise é feita à luz do direito brasileiro uma vez que a legislação espanhola por exemplo, estipula no seu art. 9.2 que esta forma de contratação deve seguir regras específicas, como a manifestação de vontade expressa das partes aderentes (ley 60/2003, de 23 de diciembre)." (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20). Na mesma linha, o autor demonstra que houve uma opção na lei brasileira ao: i) condicionar a iniciativa ao aderente; e, ii) a concordância expressa do aderente em cláusula negritada ou em destaque especial, nos termos do artigo 4º, parágrafo 2º (Ibidem, p. 20). Ressaltando a negociabilidade da cláusula compromissória, aponta Carlos Alberto Carmona, ao comentar o texto original do artigo 4º, parágrafo 2º, que não se poderia impor a arbitragem ao aderente: "Lidava o legislador aí com duas iniciativas diferentes para instauração da arbitragem: a primeira, do oblato, vincularia o policitante; a segunda, do policitante, não vincularia o oblato, de tal sorte que este, para que fosse instaurado o juízo arbitral (art. 19) deveria concordar expressamente com o início das atividades do árbitro. Como se vê, não poderia ser imposta concordância prévia quanto à instauração da arbitragem, já que somente com a aceitação dos árbitros é que se dá por instituída a arbitragem, tudo a deixar plenamente protegido o contratante mais fraco." (CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p.108).

contratos de adesão[226], eis que não se permite a discussão entre as partes das cláusulas, já previamente previstas no edital, cabendo ao particular aderir aos termos da Administração. Aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando a condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta pela Administração.[227]

Por conta disso, não atendendo especificamente aos princípios da Lei de Mediação, não nos parece que a mediação por adesão seja uma mediação propriamente dita, mas sim um contrato de adesão a ser homologado pela autoridade judiciária, se o conflito já houver começado.

Por fim, por expressa determinação legal, a adesão a tal acordo implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.[228]

1.3.2.2.5.3 Câmaras públicas de conciliação vinculadas aos tribunais

Tanto o novo CPC[229] como a Lei de Mediação[230] previram que os Tribunais criassem centros de conciliação e mediação próprios. A Resolução n. 125 do CNJ trouxe

---

[226] No sentido de que não serem: "Parece-nos que não nos deparamos com contratação por adesão ao tratarmos dos contratos de concessão (e dos contratos administrativos em geral)." (KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96); AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 79.

[227] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 22. ed., 2009, cit., p. 255. Corroboram tal tese: ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Resumo de direito administrativo descomplicado*. São Paulo: Método, 2008. p. 203; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 222-231.

[228] Os parágrafos seguintes demonstram inequivocamente a impossibilidade de se negociar: "Art. 35. [...] § 5º. Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa. § 6º. A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão."

[229] 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."

[230] Lei de Mediação: "Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a

regras para o funcionamento das câmaras vinculadas aos tribunais, que passaram a ser denominadas de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs).[231]

1.3.2.2.5.4 Cejuscs e a participação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Embora os Cejuscs estejam previstos na Resolução n. 125 do CNJ, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo pouco ou nada participa desse importante órgão de resolução de conflitos.

Note-se que o artigo 8° dessa Resolução prevê a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários pelos Tribunais preferencialmente responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

---

autocomposição. Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça."

[231] Resolução n. 125 do CNJ: "Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) I - desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução; II - planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas; III - atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º; IV - instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos; V - incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos; VI - propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução; VII - criar e manter cadastro de mediadores e conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento; (Incluído pela Emenda nº 2 de, 08.03.16) VIII - regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 13 da Lei de Mediação. (Incluído pela Emenda nº 2 de, 08.03.16) § 1º. A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça. § 2º. Os Núcleos poderão estimular programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação judicial, previstos no Capítulo III, Seção II. § 3º. Na hipótese de conciliadores, mediadores e Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação credenciadas perante o Poder Judiciário, os tribunais deverão criar e manter cadastro ou aderir ao Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento desses facilitadores. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 4º. Os tribunais poderão, nos termos do art. 167, § 6º, do Novo Código de Processo Civil, excepcionalmente e desde que inexistente quadro suficiente de conciliadores e mediadores judiciais atuando como auxiliares da justiça, optar por formar quadro de conciliadores e mediadores admitidos mediante concurso público de provas e títulos. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)."

A ideia fundamental é a existência de um centro anexo ao Judiciário para a realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação, por meio de facilitadores, como conciliadores e mediadores, tendo ainda a função de atendimento e orientação do cidadão[232]. Nesse sentido, em tudo se parece com o modelo da *court connected* proposto por Frank Sander.

Seu uso poderia ser amplamente estimulado, caso fosse instalado um centro de conciliação e mediação em conflitos envolvendo a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, tratando de matérias ligadas a servidores públicos, responsabilidade civil e precatórios. Vale lembrar, no âmbito do Estado de São Paulo, da Resolução PGE-46, de 28.12.2018, que sistematiza as hipóteses em que, em tese, pode ser frutífera a participação da Fazenda do Estado em audiência de conciliação, sem prejuízo da análise do caso concreto. Nela estão previstos alguns dos temas com maior número de litígios em São Paulo, porém não foram feitos acordos ou mesmo designadas audiências de conciliação sobre eles, ou ainda pedidas audiências pela PGE/SP para a obtenção de acordos.

Já a Prefeitura Municipal de São Paulo se encontra muito mais adiantada nessa matéria.

O procurador Mauricio Morais Tonin destaca o sucesso da parceria estabelecida entre a Prefeitura do Município de São Paulo e o Tribunal de Justiça:

> Neste sentido, o Poder Judiciário tem se empenhado em ampliar o número postos do CEJUSC à disposição da população, de forma totalmente gratuita. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, especificamente, é de longe o tribunal com maior número de CEJUSCs, tendo alcançado até o início de maio de 2018 o número de 257 postos, com mais de 3.900 mediadores judiciais. Mas não apenas o Judiciário tem se preocupado com este assunto. O Poder Legislativo e o Poder Executivo, igualmente, têm atuado nessa seara, o que comprova que a cultura da pacificação pelo acordo, e não pela sentença, está em construção crescente. Para mencionar casos próximos à realidade deste autor, dentre os 257 postos citados do TJSP, alguns deles estão instalados e em funcionamento em razão de parcerias com instituições públicas e privadas. Um deles é fruto do Convênio nº 262/2015, celebrado entre o Tribunal e a Prefeitura do Município de São Paulo,53 que dispõe o espaço físico e os mediadores que atuam em causas encaminhadas pela Defensoria Pública, daqueles procuram diretamente o centro

[232] Note-se que o parágrafo 1º do artigo 8º da Resolução n. 125 do CNJ permite a existência de tais órgãos anexos: "As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9°). (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)."

> ou que são planejadas por interesse da própria Administração Municipal. O CEJUSC Municipal está instalado em imóvel da Procuradoria Geral do Município e é administrado por Guardas Civis Metropolitanos, que dedicam seu trabalho exclusivamente à conciliação e mediação de conflitos desde 2016.
> Na pauta de audiências, tanto há casos encaminhados pela Defensoria Pública (majoritariamente relacionados a conflitos familiares), quanto daqueles que procuram este serviço gratuito diretamente no CEJUSC. Não obstante, a administração do Centro também reserva, quinzenalmente, a pauta para a Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB, que convida os seus mutuários inadimplentes a celebrarem acordos e evitarem ações de reintegração de posse. Só no ano de 2017, foram celebrados 343 acordos em sessões de conciliação, representando o valor de R$ 2.833.282,38 (dois milhões, oitocentos e trinta e três mil, duzentos e oitenta e dois reais e trinta e oito centavos) para a COHAB. Do total de audiências, o percentual de acordos é cerca de 90%. Além da COHAB, o CEJUSC Municipal passou a ser utilizado pelo Procon Paulistano, visando a tentativa de composição amigável entre consumidores e fornecedores, quando as reclamações apresentadas ao referido órgão são consideradas "fundamentadas não atendidas". Os Guardas Civis Metropolitanos também realizam mediação extrajudicial nas Casas de Mediação, desde 2011. Atualmente, são 17 (dezessete) casas espalhadas pela cidade de São Paulo, atendendo conflitos de vizinhança, família (que não exijam homologação judicial) e causas cíveis.[233]

Ao analisarmos o número de acordos, conforme dados fornecidos pela Subprocuradoria Geral do Contencioso, mostra-se incompreensível o baixo grau de disposição à negociabilidade. Os números impressionam negativamente: *23 em 2016, 81 em 2019, 34 em 2018*, conforme exposto na Introdução.

Nota-se, portanto, que no Estado de São Paulo, a despeito da existência da Resolução PGE-46, não foram obtidos os mesmos resultados.

A norma, embora cite a necessidade de se implementar a Resolução n. 125 do CNJ, por meio de Núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos (Nupemecs) e de Centros judiciários de soluções de conflitos e cidadania (Cejucs), e de sua efetiva implementação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo junto às Varas da Fazenda Pública, não consegue ter qualquer efetividade pois, na prática, pouquíssimos acordos são celebrados.

Não se nega que, em tese, a participação em Cejuscs, ou mesmo a criação de câmaras de mediação extrajudicial pela Fazenda Pública, representaria um fomento ao uso de tal instrumento de solução de conflitos.

---

[233] TONIN, Mauricio Morais, Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos, *in Temas de mediação e arbitragem III*, cit., p. 193-194.

Os desafios, porém, são imensos. O primeiro deles seria vencer de forma institucional o "dogma da indisponibilidade" de direitos da Administração Pública, ainda muito enraizada nos órgãos de advocacia pública.

Ao lado disso, o acúmulo de funções, com a necessidade de comparecimento em audiência, implicaria uma verdadeira reorganização institucional, com a contratação de órgãos de apoio, permitindo um maior acesso da população aos advogados públicos. Para isso, o apoio institucional, associado a algum conforto legislativo ou regulamentar, trazendo regras mais claras para a celebração de acordo, ou eventualmente uma reforma constitucional dando autonomia funcional aos advogados públicos, traria um grau de segurança à execução de acordos.

Da mesma forma, a atual conformação das carreiras de advocacia pública impõe receio de controles externos pelo Ministério Público, Tribunais de Contas e até mesmo de órgãos correcionais internos, fazendo como que os acordos sejam evitados.

Podemos ainda propor a criação de centros de conciliação/mediação da própria Fazenda Pública, como uma câmara estadual de resolução de conflitos. Vale lembrar que, no âmbito do Estado de São Paulo, a Lei Orgânica da PGE já criou, ainda que timidamente, a Câmara de Conciliação da Administração Estadual (CCAE), à qual compete buscar a solução de controvérsias de natureza jurídica entre entidades da Administração estadual, em sede administrativa, por meio de conciliação.[234]

Não se nega que, na prática, a eventual criação de câmaras próprias para a resolução de conflitos com a Administração não teria o condão de obrigar as partes a tentar a mediação/conciliação ou exaurir a esfera administrativa antes de intentar a ação judicial. Corolário do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da independência das esferas, o

[234] Lei Orgânica PGE: "Art. 54. [...] § 1º - Compete ao Procurador Geral Adjunto a coordenação dos trabalhos da CCAE, com o auxílio de Procuradores do Estado conciliadores, designados por ato do Procurador Geral. § 2º - A critério dos membros da CCAE, poderão ser convidados Procuradores do Estado e demais servidores da Administração para participar de suas atividades. § 3º - O funcionamento da CCAE será definido em resolução do Procurador Geral. Art. 55. O conciliador e os representantes dos órgãos e das entidades em conflito deverão, utilizando-se dos meios legais e observados os princípios da Administração Pública, envidar esforços para que a conciliação se realize. Art. 56. Realizada a conciliação, será lavrado o respectivo termo e submetido à homologação do Procurador Geral. Parágrafo único - O termo de conciliação homologado será encaminhado à CCAE. Art. 57. A CCAE poderá solicitar a manifestação da Procuradoria Administrativa sobre questão jurídica para dirimir a controvérsia, que será submetida ao Procurador Geral, por intermédio do Subprocurador Geral da Consultoria Geral."

resultado positivo somente seria obtido demonstrando que as partes conseguem celebrar acordos vantajosos para os dois lados.

Em segundo lugar, a necessidade de trazer instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública como parceiras, isto é, demonstrar que a Fazenda Pública pretende ser um órgão viabilizador de resolução de conflitos, e não uma "parte" do conflito. Dada a autonomia que os membros dessas carreiras possuem, não se tem como vincular todos os promotores de justiça ou todos os defensores a aderir a determinada tese ou procedimento. Porém, eventual convênio institucional e a demonstração de que a câmara funciona pode implicar um avanço de tais relações.

Por fim, um maior respeito ao pagamento de precatórios e os valores atinentes a ordens de pagamento de pequeno valor, bem como à utilização de fundos para pagamentos de indenizações decorrentes de processos administrativos. Assim, a população, entendendo que no caso de acordo, seja judicial ou extrajudicial, implicaria num recebimento rápido, decerto fomentaria o uso da câmara pública de resolução de conflitos.

1.3.2.2.6 Mediação extrajudicial e a Fazenda Pública

A Lei de Mediação prevê a existência da mediação extrajudicial, que poderá ser feita por qualquer meio de comunicação, devendo estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.

Note-se que ela muito se parece com o negócio jurídico processual do artigo 190 do CPC e, dessa forma, pode ser considerado um negócio jurídico processual típico, eis que sua previsão legal, ou seja, a sua tipicidade, se encontra prevista, quanto à forma, em lei. De outro lado, contrapondo-se à arbitragem, existe o negócio jurídico processual atípico.

Nesse sentido, apontam Mirna Cianci e Bruno Megna:

> O art. 190 do Novo CPC não inovou nesta "teoria geral dos negócios jurídicos". Mais uma razão para se afirmar que trata de verdadeiro negócio jurídico. Ontologicamente, não há diferença entre estes negócios jurídicos, que versam sobre direitos processuais, e os negócios jurídicos que costumam ser estudados com mais frequência, que são os que versam sobre direitos materiais. As minúcias, portanto, estarão no direito objeto do negócio jurídico, e não no fato de

> se tratar de negócio jurídico "processual" ou "material". Por isso, é possível afirmar que se aplicam aos negócios jurídicos processuais os mesmos princípios (*e.g.*, de boa-fé – art. 113 do Código Civil e art. 5º do Novo CPC de 2015), as mesmas condições de validade (*e.g.*, invalidade nas hipóteses de vício de consentimento previstas no Código Civil, arts. 138 e seguinte) e, enfim, a mesma "teoria geral" dos negócios jurídicos "materiais".[235]

Por sua vez, a existência de *previsão contratual de mediação* representa um verdadeiro *opt out* da jurisdição estatal, devendo dessa forma ser iniciada a mediação, sem, contudo, o condão de abrir mão da via judicial, o que em muito se afasta da arbitragem[236]. Se em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento processo judicial durante certo prazo, ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado, ou até o implemento dessa condição. Conforme disposição da Lei de Mediação, para que uma das partes somente ganhe tempo ou falseie sua determinação de querer a arbitragem, ela obriga que, na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

Note-se que a possibilidade de a Administração Pública e os particulares estabelecerem verdadeiros negócios jurídicos processuais[237], conforme preveem artigos da

---

[235] CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1, cap. 22, p. 487.

[236] Lei de Mediação: "Art. 22. [...] I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; II - local da primeira reunião de mediação; III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. § 1º. A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação. § 2º. Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação: I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista; IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada."

[237] CPC: "Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade."

Lei de Mediação, já existentes na Lei de Arbitragem, demonstram um alto grau de negociabilidade entre as partes privadas e Administração Pública.

Por se tratar de negócios jurídicos e, portanto, criarem modificarem e extinguirem direitos, seu regramento acaba por se enquadrar na teoria dos negócios jurídicos e devem ser vistos pelos três planos e pelo preenchimento de requisitos de existência, validade e eficácia, como os demais negócios jurídicos, sem qualquer discrímen quanto a esse ponto. Trata-se, portanto, de um verdadeiro negócio jurídico, cujos requisitos de *existência*, como o ingresso do fenômeno no mundo jurídico com a regularidade de seus elementos intrínsecos e extrínsecos, e de *validade* (com a análise do objeto lícito, possível e determinado ou determinável, agente público competente apto a declarar a vontade estatal de forma motivada, bem como forma prescrita em lei), para afinal irradiar efeitos de forma *eficaz*, devem estar presentes.

Particularmente em relação à Administração Pública, que via de regra acaba por se confundir com o plano de governo devidamente eleito pela vontade do administrador, é necessário, assim como requer a Lei de Arbitragem, que o agente público tenha capacidade legal de celebrar acordos e transações administrativas, ou seja, que o agente seja a autoridade responsável legalmente para a prática do ato, e mais, que o ato praticado seja dotado de finalidade negocial, requisito também existente nos demais negócios jurídicos privados.

Como será demonstrado, o artigo 26 da LINDB promoveu uma verdadeira revolução, quando se trata dos acordos envolvendo a Administração Pública, tratando-os como negócios jurídicos e trazendo requisitos específicos, como razões de relevante interesse social.

Por certo isso passa pela mudança de postura da Administração, que deve evitar o conflito e buscar a composição. Essa cláusula geral de acordo do artigo 26 deve contagiar, portanto, todo o sistema. Em um negócio jurídico pré-processual, ou seja, realizado antes da lide, as partes devem escolher de antemão o método pelo qual decidirão o conflito e respeitar os requisitos dos negócios jurídicos previstos em contrato.

Sobre o tema aponta Mauricio Morais Tonin:

> Uma recomendação importante é a de que os administradores públicos comecem a inserir cláusulas de mediação nos contratos administrativos. Com isso, antes que eventuais conflitos sejam levados ao Judiciário, ficam as partes obrigadas a participar de ao menos uma reunião de tentativa de autocomposição. Esta política pode evitar muitos processos judiciais, além de manter uma boa relação entre Administração e as suas contratadas. A esse respeito, a cláusula deve ter, preferencialmente, previsão de utilização da câmara administrativa de solução de conflitos, onde houver, em razão da gratuidade desse serviço e da expertise dos seus conciliadores e mediadores. Caso contrário, a Administração terá de contratar um mediador *ad hoc* ou uma câmara de mediação privada, encontrando a mesma dificuldade atualmente existente para contratação da câmara de arbitragem. Várias questões já surgem na prática, tais como a confidencialidade/publicidade do procedimento e a respeito do profissional que pode atuar como conciliador. No entanto, em razão das limitações deste estudo, não serão aqui aprofundadas.[238]

Com isso, a previsibilidade quanto ao método de solução de conflito trará maior grau de segurança jurídica, podendo inclusive influir no preço do contrato público.

1.3.2.2.6.1 Câmaras privadas de resolução de conflitos

As câmaras privadas de conciliação surgiram antes mesmo da Lei de Mediação[239] e constituíram um grande avanço no tratamento da questão. Podemos citar entre elas o Centro Internacional de ADR da Câmara de Comércio Internacional (CCI) que é um órgão administrativo independente no âmbito da CCI. Trata-se da chamada *mediação administrada*, na qual existe uma verdadeira instituição coordenando o procedimento de mediação, contando com estruturas física e administrativa próprias.

---

[238] TONIN, Mauricio Morais, Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos, *in Temas de mediação e arbitragem III*, cit., p. 189-190.

[239] Lei de Mediação: "Da Mediação Extrajudicial Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião. Parágrafo único. O convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento". Destaca-se ainda na Resolução n. 125 do CNJ: "Das Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)Art. 12-C) As Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação ou órgãos semelhantes, bem como seus mediadores e conciliadores, para que possam realizar sessões de mediação ou conciliação incidentes a processo judicial, devem ser cadastradas no tribunal respectivo (art.167 do Novo Código de Processo Civil) ou no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, ficando sujeitas aos termos desta Resolução. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16) Parágrafo único. O cadastramento é facultativo para realização de sessões de mediação ou conciliação pré-processuais. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16) Art. 12-F. Fica vedado o uso de brasão e demais signos da República Federativa do Brasil pelos órgãos referidos nesta Seção, bem como a denominação de 'tribunal' ou expressão semelhante para a entidade e a de 'Juiz' ou equivalente para seus membros. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)"

O Regulamento de Mediação da CCI prevê a nomeação de um terceiro neutro (o "mediador") para auxiliar as partes na resolução de sua disputa[240]. A vinculação ao regulamento pelas partes é uma regra de adoção, pois não apenas se adere à instituição, mas sim a todo o procedimento que ela já possui. Assim, ao se adotar a CCI pelas partes, o procedimento a ser utilizado deverá estar de acordo com o seu regulamento, exceto se, antes da confirmação ou nomeação do mediador, ou com a concordância dele, as partes acordarem com um procedimento diferente ou uma combinação de procedimentos consensuais de resolução de disputas.

O início do procedimento somente se iniciará a partir da existência de acordo pelas partes em se submeterem aos termos do Regulamento de Mediação da CCI, local e idioma(s) da mediação, escolha do mediador, honorários e custos, e condução da mediação.[241]

Por fim, quanto ao encerramento do procedimento, tal qual previsto na Lei de Mediação, as partes podem a qualquer momento não prosseguir com a mediação:

> Encerramento do Procedimento 1 O Procedimento iniciado nos termos do Regulamento será encerrado mediante confirmação escrita desse encerramento enviada pelo Centro às partes, após a ocorrência de um dos seguintes fatos, o que ocorrer primeiro: a) assinatura de um acordo entre as partes; b) notificação escrita enviada ao Mediador por qualquer das partes, em qualquer momento após recebimento da nota do Mediador referida no artigo 7°(2), indicando a decisão dessa parte de não prosseguir com a mediação; c) notificação escrita enviada pelo Mediador às partes indicando a conclusão da mediação; d) notificação escrita enviada pelo Mediador às partes de que, na opinião do Mediador, a mediação não solucionará a disputa entre elas.[242]

[240] "Art. 1º. [...] 3 [...] Entende-se que o termo 'mediação', tal como utilizado no Regulamento, inclui tal(tais) procedimento(s) de resolução e que o termo 'Mediador' inclui o terceiro neutro que conduz o(s) referido(s) procedimento(s). Independentemente do método de resolução adotado, o termo 'Procedimento' tal como utilizado no Regulamento refere-se ao procedimento que principia com o início e termina com o encerramento nos termos do Regulamento. 4 Todas partes podem concordar em alterar qualquer das disposições do Regulamento, podendo, porém, o Centro, decidir não administrar o Procedimento se, em seu entender, considerar que tal alteração não respeita o espírito do Regulamento. A qualquer momento após a confirmação ou nomeação do Mediador, qualquer acordo de alteração das disposições do Regulamento deverá igualmente estar sujeito à aprovação do Mediador. 5 O Centro é o único órgão autorizado a administrar o Procedimento previsto no Regulamento." (CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (ICC). *Regulamento de Mediação*. Paris: ICC, 2015. p. 72. Disponível em: http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/ICC-865-1-POR-Arbitragem-Mediacao.pdf. Acesso em: 10 out. 2019).

[241] CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (ICC), *Regulamento de Mediação*, cit., artigos 2° a 7º, respectivamente, p. 72-78.

[242] CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (ICC), *Regulamento de Mediação*, cit., p. 78.

Deve-se ter em mente que a lei determina o início de mediação, mas pode haver a saída, a qualquer momento, das partes de tal instituto.

1.3.2.2.7 Câmaras de resolução de conflitos da Administração Pública

A Lei Orgânica da PGE-SP criou a Câmara de Conciliação da Administração Estadual (CCAE), competindo a ela buscar solução de controvérsias de natureza jurídica entre entidades da Administração estadual, em sede administrativa, por meio de conciliação.[243]

Nota-se que é muito comum dentro da Administração Pública que órgãos e secretarias disputem funções, atividades e até mesmo responsabilidades. O problema é ainda maior quando envolve órgãos da Administração direta e empresas públicas, pois a lei não trata dessas empresas, sobretudo ante o seu regime jurídico privado. Embora instituída por lei, não se tenha notícia de que a CCAE esteja funcionando.[244]

---

[243] Lei Orgânica da PGE: "§ 1º - Compete ao Procurador Geral Adjunto a coordenação dos trabalhos da CCAE, com o auxílio de Procuradores do Estado conciliadores, designados por ato do Procurador Geral. § 2º - A critério dos membros da CCAE, poderão ser convidados Procuradores do Estado e demais servidores da Administração para participar de suas atividades. § 3º - O funcionamento da CCAE será definido em resolução do Procurador Geral. Artigo 55 - O conciliador e os representantes dos órgãos e das entidades em conflito deverão, utilizando-se dos meios legais e observados os princípios da Administração Pública, envidar esforços para que a conciliação se realize. Artigo 56 - Realizada a conciliação, será lavrado o respectivo termo e submetido à homologação do Procurador Geral. Parágrafo único - O termo de conciliação homologado será encaminhado à CCAE. Artigo 57 - A CCAE poderá solicitar a manifestação da Procuradoria Administrativa sobre questão jurídica para dirimir a controvérsia, que será submetida ao Procurador Geral, por intermédio do Subprocurador Geral da Consultoria Geral.

[244] Aponta Maurício Tonin, o pleno funcionamento da câmara análoga no ambiente federal: "A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), criada na Advocacia Geral da União no ano de 2007, possui ampla atuação na resolução consensual de conflitos, sendo o caso mais importante já solucionado o acordo relativo à correção das aplicações na poupança durante a vigência dos planos econômicos de 1980 e 1990, que envolveu várias entidades representativas dos poupadores e dos bancos e foi homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Esta câmara é mais um excelente mecanismo criado pelo legislador a fim de estimular a solução consensual de conflitos, podendo ser implementada em todos os entes federativos. Deve ser utilizada tanto pela Administração Pública, quanto pelo particular que litiga com ela. Quando tiverem sido amplamente implementadas, imagina-se que o particular deverá, estrategicamente, primeiro buscar a solução do conflito na câmara administrativa, para somente depois, se ainda insatisfeito com o resultado, buscar a via judicial, especialmente nos casos que seja credor de quantia em dinheiro, em razão da previsão de pagamento por precatório. Tão importante quanto a utilização de mecanismos de solução consensual de conflitos pela Administração Pública para solução de seus litígios, é a sua atuação como mediadora de conflitos, criando e estruturando locais adequados para a realização da mediação." (TONIN, Mauricio Morais, Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos, *in Temas de mediação e arbitragem III*, cit., p. 196-197).

Seguindo a mesma linha, a Lei de Mediação[245] também previu órgão semelhante e, na mesma ordem, o novo CPC[246], sobretudo ante a contemporaneidade dos projetos.

Tendo em vista as previsões contidas no CPC e na Lei de Mediação e o modelo adotado na União, pode-se entender que a câmara paulista pode ter uma abrangência muito maior, tornando-se um verdadeiro centro de composição de conflitos entre os órgãos estaduais, quiçá municipais.

1.3.2.3 Arbitragem e Fazenda Pública: o modelo do Estado de São Paulo

A arbitragem pode ser considerada como o modelo alternativo de controvérsias pioneiro utilizado pelo Estado de São Paulo, tendo sido empregado mais por uma pressão do mercado, ante um cenário de aumento de complexidade das demandas estatais, sobretudo nos contratos de PPP e de financiamento de infraestrutura. Através desse mecanismo, buscavam-se soluções rápidas e especializadas, ainda que de custo elevado.

Como meio alternativo, ele apresenta vantagens, como: escolha de árbitros altamente especializados na matéria em litígio; possibilidade de escolha do direito aplicável; flexibilidade de procedimento; escolha de câmaras consagradas, ainda que de custo elevado. Vale lembrar que quando se trata da Administração Pública, nem todos os atributos facultados às partes privadas são permitidos, sobretudo no que tange ao idioma, sede, respeito ao regime constitucional e precatórios.

O advento da Lei n. 13.129/2015, que reformou a Lei de Arbitragem, confirmou que o fenômeno arbitral veio para ficar, quando se trata da Administração Pública, afastando de vez velhos questionamentos quanto à constitucionalidade de sua aplicação ao setor público.

---

[245] Lei de Mediação: "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."

[246] CPC: "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."

A reforma legal afastou qualquer dúvida que pairava sobre a possibilidade de a Administração Pública valer-se da arbitragem como forma de resolução de conflitos[247]. E mais, ao se cotejar tal legislação com a Lei de Mediação e o novo CPC, verifica-se existir uma inconfundível vontade legal de permitir à Administração Pública o amplo uso dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Vale lembrar que, tal qual a mediação, há alguns critérios para a escolha da arbitragem, quando envolvida a Administração Pública: i) custo do processo arbitral *vs*. custo do processo judicial; ii) fator temporal, ou seja, duração do processo arbitral em relação ao processo judicial; iii) fator estratégico, como, por exemplo, imposição do sistema creditício internacional; e iv) especialidade dos árbitros para a solução de casos de grande complexidade.

De toda sorte, a Fazenda Pública não deve fazer da arbitragem um verdadeiro simulacro do processo judicial, como num primeiro momento se cogitou. Com efeito, a Lei n. 13.129/2015 trouxe inúmeros avanços, afastando qualquer dúvida que existia na doutrina, esclarecendo inclusive o papel da autoridade responsável, que teria competência legal para celebração do negócio jurídico arbitral. Foi silente, contudo, quanto à capacidade de regulamentar dos entes e se de fato a regulamentação seria necessária.

Para a arbitragem, tratando-se de negócio jurídico processual típico, com forma prescrita em lei, a novel norma determinou qual objeto de contrato em que a Administração estaria apta a escolher tal forma de resolução de conflitos.[248]

Por sua vez, a lei estabeleceu algumas especificidades, como a questão da autorização administrativa e a vedação da confidencialidade, grandes diferenças no instituto, em comparação com os particulares. A lei deve ser encarada como norma geral e de aplicação indistinta, tanto aos particulares como à Administração Pública. Assim, a

[247] Defendendo o cabimento da arbitragem para a Fazenda Pública, antes da reforma da Lei de Arbitragem: BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Breve análise sobre a arbitragem em conflitos que envolvem o Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 75, p. 13-20, jan./jun. 2012.

[248] Segundo Eros Grau, no âmbito da Administração, se a matéria pode ser objeto de contrato, ou seja, se é *contratável*, então é matéria *arbitrável* (GRAU, Eros Roberto, Arbitragem e contrato administrativo, cit., p. 14-20).

despeito da desnecessidade de norma específica, pairaram na doutrina dúvidas quanto à necessidade de regulamentar a matéria.[249]

Tendo em vista que parte da doutrina já defendesse a possibilidade do uso da Lei de Arbitragem como lei geral pelo Poder Público, sobretudo em contratos que não remetessem a leis específicas, tal qual o contrato de PPP, outra parte apontava a existência de um vácuo normativo, que deveria ser preenchido pela dogmática legislativa, interpretando a legislação vigente, sobretudo a Lei de Licitações. Existia, portanto, duas correntes sobre o tema. Outro obstáculo seriam as próprias cortes de contas que, afetas a um direito administrativo calcado na legalidade, apontavam que alguns pontos da lei geral de arbitragem, em relação ao Poder Público, deveriam ter um tratamento normativo específico, seja por lei, seja por meio de decreto regulamentador.

Fazendo o contraponto, havia certos pontos que podiam ser alvo de críticas, na tese que afirmava a suficiência da Lei de Arbitragem para uso por parte da Administração Pública.

Mesmo para os contratos com legislação específica, que já previam o uso de arbitragem, existiam lacunas que poderiam ser supridas, sobretudo quanto à contratação de árbitros, câmaras arbitrais, execução de sentença, direito aplicável, regulamento aplicável, idioma a ser utilizado e vedação do julgamento por equidade.

No âmbito da União, graças à existência da lei geral de arbitragem, bem como da lei geral de licitações, um decreto regulamentador seria apto, em tese, para suprir algumas dessas lacunas, viabilizando e padronizando o uso da arbitragem.

Em movimento semelhante, o Estado do Rio de Janeiro publicou o Decreto n. 46.245/2018, que regulamentou a arbitragem nos conflitos envolvendo o Estado do Rio de

[249] Conforme aponta Carlos Alberto de Salles, quanto à contratação de instituições arbitrais: "A escolha de uma instituição arbitral em determinado contrato administrativo e respectivo edital, de igual forma, não impõe maiores dificuldades. Não se verifica, também a esse propósito, necessidade de procedimento licitatório. Na verdade, na simples e prévia indicação de uma entidade arbitral no contrato sequer se cogita de um vínculo obrigacional com a entidade. Por outro lado, o momento de escolha da entidade antecede à eclosão de uma solução conflitiva e consequente necessidade da arbitragem. Na ausência de uma regulamentação administrativa a respeito, parece prudente que a autoridade administrativa faça um prévio credenciamento das entidades disponíveis, preferindo aquelas que atuem sem finalidade lucrativa." (SALLES, Carlos Alberto de, *Arbitragem em contratos administrativos*, cit., p. 280).

Janeiro e as entidades da Administração Pública estadual indireta, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei n. 9.307/96.[250]

Especificamente no Estado de São Paulo, o Decreto n. 64.356, de 31 de julho de 2019, regulamentou o uso da arbitragem para a resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte, dispondo sobre o emprego, no âmbito da Administração Pública direta e autárquica, da arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Como critério de adequação, foram apontados dois fatores: i) a especialidade da matéria, ou ii) o valor do contrato[251-252], cabendo à autoridade responsável pela assinatura do instrumento obrigacional decidir a respeito da utilização da cláusula compromissória, salvo quando houver pronunciamento de órgão colegiado competente para traçar diretrizes do contrato, optando pelo emprego da cláusula.

Outra importante opção foi no sentido de que a arbitragem será preferencialmente institucional, podendo, justificadamente, ser constituída arbitragem *ad hoc*. Para tanto, a autoridade responsável pela assinatura do instrumento obrigacional, ou o órgão colegiado competente conforme o caso, deverá apresentar justificativa, devendo ser ouvida a PGE-SP.[253]

Em tese, a arbitragem *ad hoc* apresentaria a vantagem das partes autoadministrarem o procedimento e, dessa forma, com possibilidade de alguma redução de custos com câmaras e secretarias, guarda de documentos e audiências, eis que nessa

[250] Decreto n. 46.245/2018: "Art. 1º. [...] Parágrafo único - Entende-se por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários". Assim, o próprio decreto tenta resolver o que seriam direitos patrimoniais disponíveis, referidos na lei, valendo-se da expressão "natureza pecuária" e afastando desde logo os "interesses públicos primários".

[251] Decreto n. 64.356/2019: "Art. 2º. Os instrumentos obrigacionais celebrados pela Administração Pública direta e suas autarquias poderão conter cláusula compromissória, em razão de sua especialidade."

[252] O decreto carioca especificou também: "Art. 3º. Os contratos de concessão de serviços públicos, as concessões patrocinadas e administrativas e os contratos de concessão de obra poderão conter cláusula compromissória, desde que observadas as normas deste Decreto. § 1º. Poderá, ainda, conter cláusula compromissória qualquer outro contrato ou ajuste do qual o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades façam parte e cujo valor exceda a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). § 2º. Independentemente de previsão no contrato ou no edital de licitação, as partes poderão firmar compromisso arbitral para submeter as divergências à arbitragem no momento de surgimento do litígio, respeitados os critérios objetivos deste artigo e as demais disposições do presente Decreto."

[253] No decreto carioca, optou-se pela via institucional: "Art. 2º. A arbitragem instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional."

autoadministração, em tese não haveria grandes expensas. Ademais, em se tratando do Estado de São Paulo, haveria ainda eventual facilidade de se utilizar de alguma estrutura física da Administração Pública.

Porém, na prática, o excesso de conflitos procedimentais que podem surgir em procedimentos autoadministrados, associado à baixa economia gerada proporcionalmente, acaba por agregar muito pouco em relação à economia esperada.

Em conclusão, a doutrina arbitral é praticamente unânime em apontar a vantagem da *arbitragem institucional*. A segurança jurídica e a agilidade do procedimento, frente à suposta economia e falta de segurança do procedimento *ad hoc*, acabam por compensar os gastos da arbitragem institucional; além disso, questionamentos jurídicos acerca da administração do litígio[254] podem ser superados pelo uso de uma câmara consagrada.

1.3.2.3.1 Principais características das arbitragens envolvendo o Estado de São Paulo

Como se pode constatar, o Decreto n. 64.356/2019 trouxe algumas características específicas da cláusula compromissória que já vinham sendo discutidas pela doutrina nacional, tais como sede da arbitragem, direito nacional e vedação da equidade, adiantamento de custas e composição do tribunal por três membros ou árbitro único em causa mais simples.[255]

Passemos a analisar alguns desses elementos mais relevantes.

---

[254] CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96, cit., p. 118-130.

[255] O decreto carioca em muito se assemelha ao paulista: "Art. 4º. Além dos requisitos previstos na Lei de Arbitragem, da convenção de arbitragem constará obrigatoriamente: I - a cidade do Rio de Janeiro como a sede da arbitragem; II - a escolha das leis da República Federativa do Brasil, inclusive os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico nacional, para reger a convenção de arbitragem, o processo de arbitragem e o mérito da disputa, sendo vedado o julgamento por equidade; III - a adoção da língua portuguesa como o idioma aplicável ao processo arbitral; IV - a escolha do juízo da comarca do Rio de Janeiro como o competente para o processamento e julgamento da ação dos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem, de pedidos de tutela provisória de urgência antecedentes à instituição da arbitragem, de pedidos de cumprimento de cartas arbitrais, inclusive para condução forçada de testemunhas, de decisões e sentenças arbitrais e da ação anulatória de sentença arbitral. Parágrafo único - Sem prejuízo do acima exposto, os pedidos de tutela provisória de urgência antecedentes à instituição da arbitragem e a execução de decisões e sentenças arbitrais poderão ser ajuizados pelo Estado e pelas Entidades da administração pública estadual indireta no domicílio da parte contrária, quando as circunstâncias do caso assim o recomendarem."

1.3.2.3.2 Direito aplicável: princípio da legalidade e vedação do uso da equidade

O decreto paulista de arbitragem fez a opção, seguindo o que o legislador ordinário já tinha apontado, no sentido de fazer valer como elemento essencial da cláusula a escolha das leis da República Federativa do Brasil como sendo o direito aplicável, vedado o julgamento por equidade.

Tal norma preserva nitidamente o princípio da legalidade previsto no artigo 37 da CF e *ab initio* limita a possibilidade de escolha do direito aplicável pela Administração Pública, a obrigando a valer-se estritamente do direito nacional nas arbitragens em que for parte.

Evita dessa forma um excesso de liberdade, um julgamento por equidade ou justiça da decisão, totalmente incompatível com os princípios da Administração Pública. Além do mais, a Lei n. 13.129/2015, que reformou a Lei de Arbitragem, traz em seu artigo 2º, parágrafo 3º ("A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade") vedação no mesmo sentido.

1.3.2.3.3 A (des)necessidade de previsão em edital

O Estado de São Paulo, por meio de seu decreto de regulamentação das arbitragens, supera uma questão até então discutida na doutrina quanto à necessidade de prever o uso da arbitragem no edital de licitação.

Existiam basicamente duas correntes doutrinárias, uma quanto à necessidade da previsão editalícia[256-257-258-259-260] e outra defendendo a desnecessidade da previsão do uso da arbitragem no edital. Prevaleceu a corrente da desnecessidade da publicação no edital.

Na prática, ficou claro que a Lei de Arbitragem prevaleceria como permissivo genérico do uso de tal instituto, independentemente de previsão específica no edital. E mais, as partes no curso da arbitragem poderiam optar por submeter os litígios dele decorrentes a arbitragem.

Pelo decreto paulista, o procurador geral do Estado poderá celebrar compromisso arbitral para submeter divergências à arbitragem, após o surgimento da disputa ou para esclarecer ou integrar lacuna da cláusula compromissória, independentemente de previsão

---

[256] A título de exemplo, o Decreto n. 8.465/2015 impõe a previsão do uso da arbitragem no edital de forma destacada, prescrevendo o artigo 6º, parágrafo 2º: "A cláusula compromissória de arbitragem, quando estipulada: I - constará de forma destacada no edital de licitação e no instrumento de contrato."

[257] No mesmo sentido, a posição de Lauro da Gama e Souza Júnior: "Desse modo a celebração *a posteriori* de convenção arbitral, não prevista na minuta de contrato anexada ao edital de licitação pode vir de encontro a tais princípios, sendo passível de nulidade nos termos do art. 41 da Lei 8666/93." (SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 146, 2005).

[258] Quanto à primeira corrente, aponta Carlos Alberto de Salles: "Como a validade da cláusula compromissória depende de sua referência já no edital da licitação do respectivo contrato, é razoável supor a aplicação daquele princípio, também no que se refere à arbitragem. Para que essa norma gere o efeito de extinção de processo judicial versando sobre o contrato administrativo constando cláusula arbitral, no entanto, é preciso saber se ela pode ser conhecida de oficio pelo juiz [...] Em suma, no contrato entre particulares, admite-se a renúncia tácita pela não alegação da convenção arbitral, contrariamente do que ocorre no contrato administrativo, em relação ao qual há vinculação ao edital de convocação da licitação, tornando obrigatória a observância da convenção arbitral nele contida. Essa obrigatoriedade, que pode inclusive gerar repercussão para terceiros, participantes ou interessados no processo licitatório, deve ser objeto de consideração judicial, permitindo ao juiz conhecer de oficio a clausula arbitral. Se, em um regime estritamente privado, as partes podem renunciar à convenção de arbitragem, o mesmo não ocorre em relação à arbitragem, tendo em vista a regra de vinculação ao instrumento convocatório." (SALLES, Carlos Alberto de, *Arbitragem em contratos administrativos*, cit., p. 45-46).

[259] "O STJ, firme na ideia de que o ente público pode se submeter à arbitragem por meio tanto da cláusula compromissória quanto do compromisso arbitral, pontuou corretamente que a omissão do edital e do contrato em instituir a primeira forma de convenção arbitral não representaria óbice para celebração da segunda. Contudo, parece razoável entender que a inclusão posterior de cláusula compromissória em contrato administrativo já celebrado esbarraria no entendimento de que as hipóteses de aditamento contratual estão taxativamente previstas no art. 65 da Lei n. 8.666/9332 e que nenhuma delas abriria ensejo para tal alteração." (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. p. 9. Disponível em: <http://www.academia.edu/12883545/2015_-_Arbitragem_e_Fazenda_P%C3%BAblica>. Acesso em: 10 dez. 2015).

[260] Aponta Marcelo Bonizzi: "Em sentido contrário, com apoio no entendimento do STJ, vide Arnoldo Wald: Licitude de compromisso arbitral em contrato administrativo mesmo quando o edital não previu a arbitragem – comentários ao REsp. 904.813/PR. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 33. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 361." (BONIZZI, Marcelo José Magalhães, Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado, cit., p. 159-160).

no contrato ou edital de licitação. É, portanto, a autoridade responsável desse procedimento.

Nesse sentido se posiciona Marcelo Bonizzi:

> Nessa linha de pensamento, parte da doutrina tem afirmado que a arbitragem, nos contratos administrativos em geral, só poderia ser realizada se houvesse previsão no edital que abriu a licitação, o que parece ser desejável, mas também não obrigatório, especialmente porque os elementos que justificam a escolha da arbitragem pelo Estado podem aparecer depois da contratação. Assim, por exemplo, se surgir uma questão técnica extremamente complexa, no curso de um contrato administrativo, em que todos os elementos recomendam a escolha da arbitragem, não parece correto dizer que o Estado estaria impedido de se submeter à arbitragem pelo fato de ter deixado de mencionar isso no edital de licitação. O mesmo pode ser dito da mediação e da conciliação, pois o Estado ficaria muito limitado nas suas escolhas de métodos de solução de litígios se fosse sempre obrigatória a menção no edital de tais métodos.[261]

Dessa forma, salutar a regulamentação por meio de decreto de matéria que já vinha sendo consolidada ao longo do tempo na doutrina nacional.

1.3.2.3.4 Idioma nacional[262]

O decreto paulista de arbitragem, seguindo o princípio da legalidade, também impôs a adoção da língua portuguesa como o idioma aplicável à arbitragem, tal qual previsto no artigo 13 da CF, que estabelece ser a língua portuguesa o idioma oficial da República Federativa do Brasil. Corolário do princípio da legalidade, decorrente do uso do idioma oficial, todos os documentos públicos devem ser redigidos em língua portuguesa.[263]

---

[261] BONIZZI, Marcelo José Magalhães, Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado, cit., p. 159-160. Acrescenta o autor: "Também não há nenhuma pesquisa que comprove que a presença da arbitragem no edital leve, de forma efetiva, à diminuição do preço ofertado pelos concorrentes ou a qualquer outra vantagem para a Administração Pública. O ideal seria publicar sempre dois editais, um com arbitragem e outro sem, para saber em que medida esse fator influencia 'de fato' as condições das ofertas." (Ibidem, p. 160).

[262] PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 107.

[263] O Decreto n. 13.609/43 já obrigava o uso da língua portuguesa o: "Art. 18. Nenhum livro, documento ou papel de qualquer natureza, que for exarado em idioma estrangeiro, produzirá efeito em repartições da União, dos Estados ou dos Municípios, em qualquer instância, juízo ou tribunal ou entidades mantidas, fiscalizadas ou orientadas pelos poderes públicos, sem ser acompanhado da respectiva tradução feita na conformidade deste Regulamento". Da mesma forma, o Decreto n. 13.609/41: "Art. 17. Aos tradutores públicos e intérpretes compete: a) passar certidões, fazer traduções em língua vernácula de todos os livros, documentos e mais papéis escritos em qualquer língua estrangeira, que tiverem de ser apresentados em Juízo ou qualquer repartição pública federal, estadual ou municipal ou entidade mantida, orientada ou fiscalizada pelos poderes públicos e que para as mesmas traduções lhes forem confiados judicial ou extrajudicialmente por qualquer interessado."

1.3.2.3.5 Publicidade do contrato e da cláusula: vedação da confidencialidade

A questão da publicidade sempre esteve diretamente ligada à arbitragem, sobretudo nas relações privadas, pois trazer a toda a comunidade jurídica ou a usuários de uma determinada empresa a existência de um litígio pode custar muito, sobretudo, quanto à reputação e valor no mercado. Por conta disso, se dizia que a lei nacional de arbitragem trazia a possibilidade das partes se valerem da confidencialidade, não como uma imposição, mas sim como uma *opção pela confidencialidade*.[264-265]

Em extremo oposto encontra-se a Administração Pública, eis que a *confidencialidade* é reservada aos casos limites de interesse/segurança nacional e vigora o princípio da publicidade dos atos administrativos.[266-267]

Por tudo isso, como o direito nacional veda dados secretos, disposições quanto à confidencialidade do procedimento não podem ser usadas, quando a Administração Pública é parte em procedimento arbitral. A Lei n. 13.129/2015, que reformou a Lei de Arbitragem, deu importância muito grande para a publicidade, afirmando no artigo 2º,

---

[264] Destaca-se posição de: DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz, Arbitragem e administração pública, cit.

[265] O decreto carioca também trata especificamente do tema: "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, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido."

[266] "O inciso XXXIII estabelece que 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." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 25. ed., 2013, cit., p. 74).

[267] Segundo Salles, deve-se ter cuidado com a confidencialidade, quando se trata da Administração, por conta da transparência dos atos da Administração Pública e da *responsividade* (SALLES, Carlos Alberto de, *Arbitragem em contratos administrativos*, cit., p. 79-82, 113-116, 117-138).

parágrafo 3º, que "a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade".[268]

Havia, porém, a questão de a quem se dirige o princípio da publicidade, ou seja, somente à Administração Pública, a todas as partes, às câmaras arbitrais, e mais, quem deveria prestar informações à sociedade, às cortes de contas e ao Ministério Público.

Em princípio, numa posição restritiva, caberia à Administração Pública prestar informações quanto às arbitragens em curso, e não aos demais particulares.[269]

Vejamos que no decreto paulista de arbitragem consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, termo de arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros.

Ademais, impôs o dever de a PGE-SP disponibilizar os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores. Como observaremos abaixo, torna possível o acesso às arbitragens em curso.

1.3.2.3.6 Algumas características ligadas ao procedimento

A primeira delas diz respeito à vinculação do procedimento arbitral ao regulamento de arbitragem da câmara arbitral eleita ou, nos casos de procedimento *ad hoc*, às regras de arbitragem da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) vigentes no momento da apresentação do requerimento de arbitragem. Vale lembrar que a as regras da UNCITRAL acabam sendo um regulamento geral, de uso aberto, sem restrições de direitos autorais. Até a recente reforma do regulamento da CCI, era comum as partes se valerem de tal regulamento. Ocorre que com a vedação do uso, é corrente a opção pelo regulamento geral de uso gratuito, embora complexo, da UNCITRAL.

---

[268] Decreto n. 64.356/2019: "Art. 12. Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça."

[269] Nesse sentido, o decreto paulista de arbitragens parece impor à própria Administração o dever de publicidade, eis que permite uma vedação de acesso a particulares de atos praticados em câmaras: "Art. 12. [...] § 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."

Ademais, havendo silêncio quanto à indicação da câmara, o decreto paulista facultou ao requerente da arbitragem escolher, no momento da apresentação de seu pleito, a câmara arbitral encarregada de administrar a arbitragem, dentre as cadastradas no rol previsto no decreto garantidor da idoneidade das câmaras a serem utilizadas.

Nos casos em que couber à Administração Pública direta e suas autarquias a escolha da câmara arbitral, tal ônus recairá sobre o gestor do instrumento obrigacional, ouvida a PGE-SP.

Importante aspecto do decreto paulista foi a obrigação de os agentes públicos responsáveis pela gestão de instrumentos obrigacionais que contenham cláusula compromissória, ou seja, dos contratos que contenham cláusula compromissórias, adotarem as providências de sua alçada para solicitação de recursos orçamentários para o adimplemento de despesas incorridas com o procedimento arbitral. Isso porque, em se tratando de procedimento dispendioso, por vezes o gestor insere a cláusula compromissória no contrato administrativo sem se ater o fato de que, diferentemente do processo judicial, no qual a Fazenda Pública goza de gratuidade, o processo arbitral pode se tornar extremamente oneroso, devendo ele assim se precaver para tais gastos ou tomar medidas no sentido de obter verba para suportar o processo.

Por fim, o decreto paulista procurou afastar quaisquer dúvidas quanto à forma de cumprimento das obrigações de pagar decorrente de condenações em sentenças arbitrais, pois havendo obrigações pecuniárias para a Administração Pública direta e suas autarquias, elas serão cumpridas conforme o regime de precatórios ou de obrigações de pequeno valor, nas mesmas condições impostas aos demais títulos executivos judiciais.[270]

[270] Sobre o tema também trata o decreto carioca: "Art. 15. Ressalvadas as exceções previstas em lei, em caso de sentença arbitral condenatória ou homologatória de acordo que imponha obrigação pecuniária contra o Estado ou qualquer entidade com personalidade de direito público, o pagamento será efetivado mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o artigo 100 da Constituição da República. Parágrafo único - Na hipótese de que trata o *caput*, a parte interessada solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição do precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso, observadas, no que couber, as disposições do art. 534 e seguintes do Código de Processo Civil. Art. 16. A sentença arbitral atribuirá à parte vencida, ou a ambas as partes na proporção de seu relativo sucesso em seus pleitos, inclusive reconvencionais, a responsabilidade pelo pagamento ou reembolso dos custos e despesas razoáveis incorridos pela outra parte na arbitragem, incluídos os honorários dos árbitros, peritos e assistentes técnicos, e excluídos os honorários advocatícios contratuais. Parágrafo único - A sentença arbitral atribuirá também à parte vencida a responsabilidade pelo pagamento dos honorários de sucumbência, cuja fixação sujeitar-se-á aos critérios do artigo 85 do Código de Processo Civil para as causas em que for parte a Fazenda Pública."

1.3.2.3.7 Câmaras e árbitros

A forma como as câmaras e os árbitros prestam seus serviços ao Estado já foi debatida na doutrina, havendo diversas correntes quanto à natureza jurídica do vínculo e eventual dever de licitar para garantir a todos a possibilidade de prestar tal atividade.[271]

E é justamente nesse ponto que se discute se se trata efetivamente de um serviço, se há competição ou se tal função beira um verdadeiro *múnus* jurisdicional e, portanto, sequer estaria sujeito à Lei de Licitações.

Optando-se pela visão de que a prestação de serviços por câmaras arbitrais estaria sujeita à contratação administrativa (subgrupo dos contratos, que dessa forma podem ter natureza pública ou privada[272]), como corolário lógico, estaria sujeita às normas decorrentes da Lei de Licitações.[273-274]

Pois bem, partindo-se da premissa de que haveria um eventual dever de licitar, duas hipóteses surgiriam: a um, de que é possível a competição entre câmaras, e a dois, de que não haveria competição, e nesse caso estar-se-ia frente a um caso de dispensa de licitação e de inexigibilidade de licitação.

---

[271] Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que há pelo menos três correntes acerca do contrato administrativo: 1. a que nega a existência do contrato administrativo; 2. a que, em sentido diametralmente oposto, acha que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos; 3. a que aceita a existência dos contratos administrativos como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derrogatório e exorbitante do direito comum. Tal corrente é defendida pela maioria dos doutrinadores brasileiros, inclusive pela citada autora (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 18. ed., 2005, cit., p. 240).

[272] "[...] os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, para consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público."(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 18. ed., 2005, cit., p. 240).

[273] No mesmo sentido de classificação: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004). São Paulo: Saraiva, 2005; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

[274] "Há diversas formas de se observar o contrato administrativo como espécie do gênero contrato: pode-se partir do elemento subjetivo, ou seja, será sempre contrato administrativo quando a parte for a Administração agindo com seu império; pode-se partir da ideia do objeto do contrato, sobretudo quando visar à organização do Estado, ainda, pelo critério da finalidade pública, ou ainda pela necessidade de procedimento administrativo de contratação." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 18. ed., 2005, cit., p. 242).

Rapidamente a doutrina entendeu que as câmaras arbitrais, ante a natureza do serviço prestado, não estariam sujeitas a competição, ao menos do ponto de vista jurídico, sobretudo partindo do escopo da especificidade da função. Porém, não se nega que o mercado de serviços jurídicos acaba por levar a essa competição.

O artigo 24 da Lei n. 8.666/93 trata da licitação dispensável em quatro hipóteses: a) em razão do pequeno valor; b) em razão de situações excepcionais; c) em razão do objeto; d) em razão da pessoa.[275]

Vale lembrar que são taxativas e não meramente exemplificativas. Por esse motivo, como a atividade prestada pelos árbitros e câmaras arbitrais não se encontra no referido rol, desde logo estaria impedido o uso do expediente da dispensa.[276-277]

Por sua vez a inexigibilidade de licitação, também conhecida como contratação direta, está prevista no artigo 25 da Lei de Licitações e diz respeito à inviabilidade de competição[278]. Trata-se de um rol meramente exemplificativo.

---

[275] Outra classificação consagrada é a da Marçal Justen Filho, pela qual as hipóteses do artigo 24 podem ser sistematizadas segundo "o ângulo de manifestação do desequilíbrio na relação custo/benefício". Quanto ao custo da licitação, os incisos I e II; quanto ao custo temporal, os incisos III, IV, XII e XVIII; quanto à inexistência de potencialidade de benefício, os incisos V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVIII e XXIX; quanto à função extraeconômica da contratação, os incisos VI, IX, X, XIII, XV, XIX, XX, XXI, XXIV e XXVII (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*: Lei 8.666/1993. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 310-312).

[276] "É imprescindível licitar, porque não se pode fazer uma discriminação entre iguais: todos aqueles que se apresentam no mundo de uma eventual contratação, com iguais aptidões, não devem sofrer privilegiamentos ou detrimentos, sem uma razão lógico-jurídica, solidamente detectável e palpável. E o princípio da moralidade impõe não ser razoável que os recursos captados da população sejam canalizados, sem competição, para esse ou para aquele, segundo as conveniências ou as preferências do administrador. Todavia, se a conveniência administrativa *in concreto* comprovada, aliada ao comprovado interesse público específico, ambos concomitantemente encartáveis, em uma das hipóteses do art. 24 da Lei n 8 666 (antigo art. 22 do Decreto-Lei n. 2.300/86), apontarem excepcionalmente para a preferência à diretriz da contratação direta, a licitação pode ser dispensada não se pondo em xeque ou em choque, então, os aludidos princípios de isonomia e moralidade." (FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988 e as Leis 8.666-93 e 8.883-94. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 40-41).

[277] "O árbitro não presta serviço para o Estado, fato este que dispensa (*rectius*: impede) qualquer tipo de licitação para escolha desse árbitro. Mas o Estado tem o dever de fundamentar sua escolha em razões técnicas, caso contrário poderá escolher quem quiser, inclusive pessoas que não possuem capacidade técnica para decidir determinado litígio, mas que angariaram a simpatia dos governantes de plantão e que, portanto, só por possuir certas relações pessoais, passam a ser indicadas – e bem remuneradas – como árbitros, às custas do dinheiro do contribuinte, sem que efetivamente estejam aptas a julgar o litígio. No caso das instituições de arbitragem, como já há várias no território nacional, é altamente recomendável que o Estado promova uma pesquisa de preços e da qualificação dos árbitros oferecidos por elas, novamente para, por decisão motivada, aferir qual delas está em melhor condição de atender às exigências de um determinado litígio." (BONIZZI, Marcelo José Magalhães, Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado, cit., p. 170).

[278] JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*: Lei 8.666/1993, cit., p. 514.

Da mesma forma que o artigo anterior, a função, atividade ou serviço prestado pela câmara arbitral e pelos árbitros não se encaixa perfeitamente nessa descrição.[279-280]

A despeito disso, entende-se que as câmaras arbitrais e árbitros prestam serviços de natureza singular, porque são altamente especializados, e mais, sua contratação atende ao requisito de serviço adequado à solução do litígio.[281]

Contudo, a posição adotada pelo decreto paulista de arbitragem, e que já vinha tendo adeptos, era o credenciamento de câmaras arbitrais ou mesmo de árbitros. O credenciamento para outras atividades já vinha sendo praticado pelo Estado de São Paulo[282] e em muito se parece com a inexigibilidade de licitação.[283]

Prevê o decreto que cadastramento de câmaras arbitrais consiste na criação de uma lista referencial das entidades que cumprem requisitos mínimos para serem indicadas para

[279] Tema já foi enfrentado na doutrina e na jurisprudência quando versa especificamente sobre a contração de advogados. Ver: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 27, n. 93, p. 39-42, set. 2007; MEIRELLES, Hely Lopes. Contratação de serviços técnicos com profissional ou firma de notória especialização. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 7, n. 32, p. 31-35, nov./dez. 1974; CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*: (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, republicada [...]). 18. ed., 3. tiragem, rev. e atual. inclusive de acordo com a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (Pregão), e Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005 (regulamento do pregão eletrônico). Rio de Janeiro: Forense, 2009; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 9. ed. rev., atual. e ampl., 1. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2011; FERNANDES, Flávio Sátiro. A inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 8, n. 84, p. 25-30, out. 2009.

[280] STJ: REsp n. 1.285.378/MG, Segunda Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 13.03.2012; AgR REsp n. 1.361.705/PR, Segunda Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 18.06.2013, *DJe*, de 28.06.2013; REsp n. 1.192.332/RS, Primeira Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12.11.2013.

[281] Para Marçal Justen Filho, "a raiz da inexigibilidade da licitação reside na necessidade a ser atendida e não ao objeto ofertado. Ou seja, não é o objeto que é singular, mas o interesse público concreto. A singularidade do objeto contratado é reflexo da especialidade do interesse público." (JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*: Lei 8.666/1993, cit., p. 262).

[282] Pareceres PA ns. 5/2014; 31/2014; 22/2011.

[283] Conforme aponta o Parecer n. 60/2009 de autoria da procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos: "No Parecer PA nº 348/1993, devidamente aprovado pelo Senhor Procurador Geral do Estado, ficou assentado que o credenciamento é possível se não houver limite numérico à seleção dos interessados que atenderem as condições previamente estabelecidas, caracterizando situação de inexigibilidade de licitação."

administrar procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública direta e suas autarquias.[284-285]

Tal medida foi salutar, sobretudo para garantir a regularidade fiscal de pagamentos, além de uma escolha mais célere e segura pela Administração Pública.

Outro tema interessante tratado no decreto paulista foi a busca da preservação da integridade do sistema, por meio da escolha de árbitros *adequados*. Dessa forma, devem prevalecer os princípios da imparcialidade, neutralidade, independência e, sobretudo, especialidade no conhecimento das matérias envolvendo a Fazenda Pública. Por conta disso, prevê no artigo 10 explicitamente ser vedada a indicação de árbitros que possuam interesse direto ou indireto no resultado da arbitragem.

Ganha ainda especial relevo o dever de revelação já previsto na Lei de Arbitragem, mas que, em se tratando de matérias envolvendo o Poder Público, adquire maior dimensão.

---

[284] Decreto n. 64.356/2019: "Art. 14. A criação do cadastro das câmaras arbitrais se efetivará mediante resolução do Procurador Geral do Estado, contendo as regras aplicáveis e os requisitos exigidos. Parágrafo único - A inclusão no cadastro referido no *caput* não gera qualquer direito subjetivo de escolha para as câmaras arbitrais nos instrumentos obrigacionais celebrados pela Administração Pública direta e suas autarquias. Art. 15. Poderá ser incluída no cadastro da Procuradoria Geral do Estado a câmara arbitral, nacional ou estrangeira, que atender ao menos aos seguintes requisitos: I - apresentar espaço disponível para a realização de audiências e serviços de secretariado, sem custo adicional às partes, na cidade sede da arbitragem; II - estar regularmente constituída há, pelo menos, cinco anos; III - atender aos requisitos legais para recebimento de pagamento pela Administração Pública; IV - possuir reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais com a Administração Pública. Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado poderá, mediante resolução, estabelecer critérios adicionais para o cadastramento de câmaras arbitrais, considerando a experiência decorrente de procedimentos arbitrais enfrentados, e criar mecanismo de avaliação e exclusão do cadastro."

[285] O decreto do Estado do Rio de Janeiro prevê o cadastramento de câmaras: "Do cadastramento do órgão arbitral institucional Art. 14. O órgão arbitral institucional, nacional ou estrangeiro, deverá ser previamente cadastrado junto ao Estado do Rio de Janeiro e atender aos seguintes requisitos: I - disponibilidade de representação no Estado do Rio de Janeiro; II - estar regularmente constituído há, pelo menos, cinco anos; III - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais, com a comprovação na condução de, no mínimo, quinze arbitragens no ano calendário anterior ao cadastramento. § 1º. Caberá à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro cadastrar os órgãos arbitrais institucionais, observados os requisitos previstos neste artigo. § 2º. O cadastramento a que se refere o caput não se sujeita a prazo certo e determinado, podendo qualquer órgão arbitral institucional, a qualquer tempo, postular o seu cadastramento perante o Estado do Rio de Janeiro. § 3º. Considera-se representação a existência de local apropriado, que funcione como protocolo para recebimento de peças e documentos da arbitragem. § 4º. A disponibilidade da representação compreende o oferecimento, sem custo adicional para as partes, dos serviços operacionais necessários para o regular desenvolvimento da arbitragem, tais como local para realização de audiências, e secretariado."

Tal dever precisa ser calibrado levando-se em conta a cultura jurídica nacional, de ser comum a existência e o manejo de ações contra o Estado, o que, a princípio, não é um impedimento para funcionar como árbitro. Por conta disso, o artigo 11 do decreto impõe que o árbitro indicado informe que atua em outras atividades profissionais, para aferição de sua independência e imparcialidade, sem prejuízo das demais obrigações inerentes ao dever de revelação, previsto na Lei federal n. 9.307/96, informação sobre eventual prestação de serviços que possa colocá-lo em conflito de interesses com a Administração Pública. Além disso, será solicitado ao árbitro indicado que exerce a advocacia informação sobre a existência de demanda por ele patrocinada, ou por escritório do qual seja associado, contra a Administração Pública, bem como de demanda por ele patrocinada ou por escritório do qual seja associado, na qual se discuta tema correlato àquele submetido ao procedimento arbitral.[286]

1.3.2.3.8 Arbitragens do Estado de São Paulo

Em cumprimento do princípio da publicidade previsto não apenas na Lei de Arbitragem, mas também no decreto regulamentador do Estado de Paulo, a PGE-SP passou a publicar as arbitragens em curso, declinando as partes, a câmara, os árbitros e o objeto.

Algumas características chamam a atenção, principalmente pelo fato de que todas as arbitragens têm como partes concessionárias, sendo que a única que envolve transporte sobre rodas diz respeito à concessionária Rodovia Tamoios S/A. Todas as outras envolvem transporte sobre trilhos: Metrô e CPTM.

[286] Da mesma forma o decreto carioca procura tratar do tema: "Capítulo V - Dos árbitros Art. 11. Não poderá atuar como árbitro quem possuir interesse econômico direto ou indireto no resultado da arbitragem. Art. 12. Para aferição de sua independência e imparcialidade, além do dever de revelação previsto na Lei de Arbitragem, deverá o árbitro informar a existência de demanda patrocinada por ele ou seu escritório contra o Estado do Rio de Janeiro ou entidades da Administração Pública indireta, bem como a existência de demanda patrocinada por ele ou seu escritório na qual se discuta tema correlato àquele que será submetido ao respectivo procedimento arbitral."

Tabela 3 − Arbitragens do Estado de São Paulo

Partes	**Câmara** **Nº** **Data Req.**	**Árbitros**	**Objeto**
Concessionária Rodovia dos Tamoios S/A x Estado de SP e ARTESP	CAMARB A-280/2019 3.7.2018	Eleonora Coelho Thiago Marinho Nunes Presidente a confirmar	SLT. ARTESP. PPP. Contrato SLT nº 008/2014. Rodovia dos Tamoios. Pavimentação, taludes, contenções, drenagens, taludes prioritários, geometria, obras de arte, acessos a faixas de domínio.
Consórcio Tiisa / Cosben / Serveng x Estado de SP e CPTM	CCI 23647 18.5.2018	Luiz Aboim (P) Claudio Dall'Acqua Wanderley Fernandes	STM. Linha "A" da CPTM. Lote 2. Contrato STM/011/2009. Instalação de via permanente e sistema de suprimento de energia catenária de tração. Atrasos de obra. BDI. Pedido de reequilíbrio.
Consórcio Move São Paulo x Estado de SP	CAM/CCBC 21/2018/sec7 21.3.2018	Marcelo Botelho de Mesquita Demais árbitros não indicados	STM. Linha 6 – Laranja do Metrô. PPP nº 015/2013. Implantação, operação, manutenção e expansão. Pedido de declaração de rescisão contratual e indenizações.
ViaQuatro (Concessionária da Linha 4) x Estado de SP	CCI 23033 11.9.2017	Ricardo Aprigliano Cleveland Prates Presidente a confirmar	STM. Linha 4 – Amarela – Metrô. PPP nº 4232521201/2006. Cláusula de mitigação de danos. Não concorrência entre linhas da EMTU e metrô. Pedido de seccionamento de passageiros e indenização.
ViaQuatro (Concessionária da Linha 4) x Estado de SP	CCI 22990 1º.9.2017	Lauro Gama Anderson Schreiber Egon Bockmann Moreira	STM. Linha 4 – Amarela – Metrô. PPP nº 4232521201/2006. Subfaseamento da fase I. Segregação das linhas de pátio. Atrasos na infraestrutura civil. Reflexos de ICMS sobre importação. Reconhecimento administrativo. Pedido de reequilíbrio.
Consórcio Efacec/Ansaldo x Estado de SP e CPTM	CCI 23002 29.8.2017	Lauro Gama Maurício Curvelo Vera Monteiro	STM. Linhas "A" e "F" CPTM. Contrato STM/003/2008. Fornecimento e instalação de sistemas de sinalização, controle de tráfico, telecomunicações e energia elétrica. Atrasos. Rescisão. Pedido de reequilíbrio.
ENERG x Estado de SP e CPTM	CCI 22796 12.7.2017	Valéria Galindez Aquiles A. Diniz André C. Carvalho	STM. Linhas "A" e "F" CPTM. Lote 3. Contrato STM/012/2009. Projeto, adequação, remodelagem e construção da via permanente e pátios. Atrasos. BDI. Pedido de reequilíbrio.
Consórcio Tiisa / Consbem / Serveng x Estado de SP e CPTM	CCI 20581 14.11.2014	Luiz Aboim Claudio Dall'Acqua Wanderley Fernandes	STM. Linha "A" CPTM. Lote 2. Contrato STM/011/2009. Instalação de via permanente e sistema de suprimento de energia catenária de tração. Atrasos de obra. BDI. Pedido de reequilíbrio.
Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles x Estado de SP e Metrô	*Ad hoc* 29.5.2018	Nelson Eizirik Carlos A. Carmona Maurício Portugal Ribeiro	STM. METRÔ. Contrato STM 007/2008. Aquisição, montagem e inspeções de trens. Pedido de recebimento e emissão de faturas. Pedido contraposto de descontos de benefícios tributários de *drawback*.
ALSTON Brasil x Estado de SP e Metrô	CCI 19241 29.1.2013	Marcelo Huck Celso Campilongo Marco Zaidel	STM. METRÔ. Linhas 1, 2 e 3. Contrato 4126721201. Modernização dos sistemas de sinalização e telecomunicações do Metrô. Pedido de reequilíbrio econômico-financeiro.

1.3.2.3.8 Análise das cláusulas arbitrais em vigor no Estado de São Paulo

A Administração Pública do Estado de São Paulo registra hoje cerca de oitenta a noventa cláusulas arbitrais em contratos administrativos celebrados pela Administração direta e indireta.[287]

Ricardo Yamamoto[288] analisou uma amostra de quatorze cláusulas compromissórias, cujos detalhes são apresentados nas três tabelas seguintes[289]. Um primeiro aspecto que chama a atenção diz respeito ao tipo de contrato em que elas foram inseridas: das quatorze cláusulas analisadas, oito correspondem a parcerias público privadas (três a obras de novas linhas do Metrô, duas a sistemas de abastecimento de água envolvendo a Sabesp, duas ao setor da habitação e uma à EMTU) e seis a concessões (duas das quais na área da saúde, celebradas pela Secretaria de Estado da Saúde, que firmou contratos de concessão administrativa com as sociedades de propósito específico Inova Saúde São Paulo S.A. e Inova Saúde Sorocaba S.A., para a construção, operação e manutenção de três complexos hospitalares: Hospitais Estaduais de São José dos Campos e Sorocaba e Hospital Centro de Referência da Saúde da Mulher), duas a rodovias, uma a obras de linhas do Metrô, e uma da EMTU.

Isso demonstra que as novas formas de contratos do Estado e a pressão de órgãos de financiamento impuseram que, nos contratos de maiores valores e com necessidade de

---

[287] Embora um número exato tenha sido solicitado para apresentação no presente estudo, ele não foi fornecido, por não haver a consolidação dos dados. O número aproximado foi informado pela Assessoria de Arbitragens e maiores detalhes podem ser obtidos em consulta aos seguintes sites: http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovias-e-concessionarias.aspx; http://www.transparencia.sp.gov.br/; http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Portfolio.

[288] YAMAMOTO, Ricardo. *Arbitragem e administração pública*: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos. 2018. 202 p. Dissertação (Mestrado) − Escola de Direito de São Paulo da FGV, São Paulo, 2018. p. 108-118 e tabelas 4-6. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/25820. Acesso em: 20 nov. 2019.

[289] YAMAMOTO, Ricardo, *Arbitragem e administração pública*: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos, cit., tabelas 4-6. Agradecemos ao autor pela autorização de uso.

decisão mais célere e especializada, se optasse pelo uso da arbitragem. Pode-se, dessa forma, definir que foram utilizados para o contencioso estratégico.

Quanto à arbitrabilidade, em nove delas a matéria basicamente era o reequilíbrio econômico financeiro, inclusive valores de indenização, ou seja, dentro de um escopo de direitos patrimoniais disponíveis. Em cinco casos, contudo, utilizou-se uma cláusula aberta, sem especificar os pormenores das matérias, permitindo o uso da arbitragem para todo direito patrimonial disponível surgido do contrato.

Quanto ao órgão arbitral, todas optaram por câmara arbitral, duas pela CCI (havendo opção por CCI ou CAM-CCBC), uma pela Bovespa e nove por câmara a ser indicada pelo poder concedente. Quanto à sede, onze indicaram São Paulo, uma o Brasil e as outras foram silente. Por sua vez, quanto ao direito, duas quedaram-se silentes e nas outras doze mencionou-se o direito brasileiro, da mesma forma como a língua portuguesa, aceitando ser eventualmente bilíngue, e silente em duas delas. Todas previram o uso de três árbitros e, quanto às custas, em geral quem propôs adianta as custas e o vencido paga as custas, sendo que, em alguns casos, havendo sucumbência em mais de 50%, também paga a totalidade dos gastos.

Pois bem, dessa análise, conclui-se que o decreto de arbitragem não foge muito ao que já se vinha praticando no cenário arbitral envolvendo a Administração Pública.

Tabela 4 – Cláusulas Compromissórias dos Contratos do Estado de São Paulo

SÃO PAULO				
Contrato / Concessão	**PPP Metrô - Linha 4 amarela (2006)**	**PPP Sistema Produtor do Alto Tietê - SABESP (2008)**	**PPP Sistema Produtor São Lourenço - SABESP (2013)**	**PPP Metrô - Linha 6 Laranja (2013)**
Matérias Arbitráveis	Divergências relativas às seguintes matérias: (i) reconhecimento do direito e determinação do montante de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; (ii) implantação e funcionamento do sistema de arrecadação centralizada, bem como a repartição de arrecadação; (iii) reconhecimento de hipóteses de Inadimplemento contratual; (iv) cálculo e aplicação do reajuste tarifário; (v) acionamento dos mecanismos de garantia; (vi) definição do número de trens que deverão ser adquiridos pela concessionária para operação da Fase II, tendo em vista os resultados dos estudos de reprojeção da demanda; (vii) aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos na cláusula 11ª; (viii) valor da Indenização no caso de extinção da concessão; (ix) inconformismo de qualquer das partes com a decisão do comitê de mediação; e (x) qualquer divergência quanto ao Programa de Desmobilização. As partes poderão submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do contrato, delimitando seu objeto no compromisso arbitral.	Toda e qualquer disputa ou controvérsia relacionada ou oriunda da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação, das disposições contidas no contrato e na legislação vigente. Matérias elencadas: (i) Reconhecimento do direito e determinação do montante da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor de qualquer das partes em todas as situações previstas no contrato de concessão; (ii) Reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes, intervenientes ou anuentes; (iii) Cálculo e aplicação do reajuste; (iv) Acionamento dos mecanismos de garantia; (v) valor da indenização no caso da extinção do contrato; (vi) inconformismo de qualquer das partes com a decisão da comissão técnica. As partes poderão submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do contrato, delimitando seu objeto no compromisso arbitral	Toda e qualquer disputa ou controvérsia relacionada ou oriunda da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação, das disposições contidas no contrato e na legislação vigente. Matérias elencadas: (i) Reconhecimento do direito e determinação do montante da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor de qualquer das partes em todas as situações previstas no contrato de concessão; (ii) Reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes; (iii) Cálculo e aplicação do reajuste; (iv) Acionamento dos mecanismos de garantia; (v) valor da indenização no caso da extinção do contrato; (vi) inconformismo de qualquer das partes com a decisão da comissão técnica. As partes poderão submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do contrato, delimitando seu objeto no compromisso arbitral	Qualquer disputa ou controvérsia entre as partes que não seja dirimida de formal consensual ou pela Comissão Técnica. Matérias elencadas: (i) Reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor de qualquer das partes em todas as situações previstas no contrato de concessão; (ii) Aplicação dos mecanismos bem mitigação de riscos previstos no contrato de concessão; (iii) Reconhecimento das hipóteses de implemento contratual de qualquer das partes ou anuentes; (iv) Cálculo e aplicação do reajuste; (v) Acionamento dos mecanismos de garantia; (vi) Valor e critérios para apuração da indenização no caso de extinção contratual. As partes poderão submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do contrato, delimitando seu objeto no compromisso arbitral.
Câmara Arbitral / Ad Hoc	CCI	Câmara de Arbitragem do Mercado instituída pela BOVESPA	Não menciona	Câmara Arbitral a ser indicada pelo Poder Concedente em 30 dias a partir da apresentação da controvérsia, dentre as instituições de notório reconhecimento e preferencialmente com regulamento adaptado às arbitragens estatais. Caso o Poder Concedente não indique a câmara no prazo, caberá ao concessionário fazê-lo, no mesmo prazo.
Sede da Arbitragem	Brasil	Não menciona	Não menciona	São Paulo/SP
Direito Aplicável	Direito brasileiro	Não menciona	Não menciona	Leis de direito material brasileiras
Ônus das custas e despesas	Parte vencida	Parte vencida	Parte vencida	Adiantamento pela Parte que suscitar o procedimento/ Parte vencida arca com todos os custos
Idioma	Português	Não menciona	Não menciona	Português
Número de árbitros	3 árbitros e 3 suplentes (experiência mínima de 10 anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto da controvérsia para o árbitro presidente)	3 árbitros e 3 suplentes (experiência mínima de 10 anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto da controvérsia para o árbitro presidente)	3 árbitros e 3 suplentes (experiência mínima de 10 anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto da controvérsia para o árbitro presidente)	3 árbitros (profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada experiência na questão a ser discutida).

SÃO PAULO					
Contrato / Concessão	**Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense - IFAB (2013)**	**Hospital Estadual de São José dos Campos e Hospital Centro de Referência da Saúde da Mulher (2014); Hospital Estadual de Sorocaba (2014)**	**Rodovia SP 099 Tamoios (2014)**	**PPP Metrô - Linha 18 Bronze Monotrilho (2014)**	**PPP Habitações Populares no Centro de SP (2015)**
Matérias Arbitráveis	Qualquer Controvérsia sobre Direitos Disponíveis que não puder ser resolvida amigavelmente	Qualquer Controvérsia sobre Direitos Disponíveis que não puder ser resolvida amigavelmente	Qualquer controvérsia surgida ao longo da execução do contrato ou sobre Direitos Disponíveis	Qualquer controvérsia sobre Direitos Disponíveis que não puder ser resolvida amigavelmente	Controvérsia sobre direitos disponíveis
Câmara Arbitral / Ad Hoc	Câmara Arbitral indicada pelo Poder Concedente em 15 dias da apresentação da controvérsia por qualquer das partes, via comunicação formal à outra parte. Se o Poder Concedente não fizer a indicação, caberá ao parceiro privado fazê-lo, no mesmo prazo.	Câmara Arbitral de notório reconhecimento, com regulamento adaptado às arbitragens estatais e que possua profissionais com experiência na matéria em litígio, constituída e atuante no Brasil. A câmara será indicada pelo Poder Concedente em 30 dias da apresentação da controvérsia, sob pena de o parceiro privado fazê-lo, no mesmo prazo.	Câmara Arbitral a ser indicada pelo Poder Concedente em 30 dias a partir da apresentação da controvérsia, dentre as instituições de notório reconhecimento e preferencialmente com regulamento adaptado às arbitragens estatais. Caso o Poder Concedente não indique a câmara no prazo, caberá ao concessionário fazê-lo, no mesmo prazo.	Câmara Arbitral a ser indicada pelo Poder Concedente em 30 dias a partir da apresentação da controvérsia, dentre as instituições de notório reconhecimento e preferencialmente com regulamento adaptado às arbitragens estatais. Caso o Poder Concedente não indique a câmara no prazo, caberá ao concessionário fazê-lo, no mesmo prazo.	Câmara Arbitral de notório reconhecimento, constituída e atuante no Brasil, preferencialmente com regulamento adaptado às arbitragens estatais e que possua profissionais com experiência na matéria em litígio. A câmara será indicada pelas Partes em 30 dias da apresentação da controvérsia por qualquer das partes, via comunicação formal à outra parte. Caso o Poder Concedente não indique a câmara no prazo, caberá ao concessionário fazê-lo, no mesmo prazo.
Sede da Arbitragem	São Paulo/SP	São Paulo/SP	São Paulo/SP	São Paulo/SP	São Paulo/SP
Direito Aplicável	Leis brasileiras	Leis de direito material brasileiras	Leis de direito material do Brasil	Leis de direito material brasileiras	Leis de direito material brasileiras
Ônus das custas e despesas	Igualmente divididos entre as Partes em comum acordo, a não ser que o acordo estabeleça de forma diversa. Havendo condenação, a parte vencida (aquela que receber menos de 50% do valor em disputa) arcará com os custos	Igualmente divididos entre as Partes em comum acordo, a não ser que o acordo estabeleça de forma diversa. Havendo condenação, a parte vencida (aquela que receber menos de 50% do valor em disputa) arcará com os custos	Igualmente divididos entre as Partes em comum acordo, a não ser que o acordo estabeleça de forma diversa. Havendo condenação, a parte vencida (aquela que receber menos de 50% do valor em disputa) arcará com os custos	Igualmente divididos entre as Partes em comum acordo, a não ser que o acordo estabeleça de forma diversa. Havendo condenação, a parte vencida (aquela que receber menos de 50% do valor em disputa) arcará com os custos	Igualmente divididos entre as Partes em comum acordo, a não ser que o acordo estabeleça de forma diversa. Havendo condenação, a parte vencida (aquela que receber menos de 50% do valor em disputa) arcará com os custos
Idioma	Português	Português	Português	Português	Português
Número de árbitros	3 árbitros	3 árbitros	3 árbitros (profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada experiência na questão a ser discutida).	3 árbitros (profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada experiência na questão a ser discutida).	3 árbitros (profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e com comprovada experiência na questão que será discutida).

SÃO PAULO					
Contrato / Concessão	**PPP do SIM RMBS EMTU - VLT SANTOS (2015)**	**PPP Habitações - Fazenda Albor (Arujá, Guarulhos, Itaquaquecetuba - 2017)**	**Concessão Comum Metrô - Linhas 5 Lilás e 17 Ouro (2017)**	**Concessão Comum EMTU - Transporte Coletivo Metropolitano (minuta, 2017)**	**Rodoanel Trecho Norte, Rodovia Florínia- Igarapava, Rodovia dos Calçados (2017)**
Matérias Arbitráveis	Qualquer disputa ou controvérsia entre as partes que não seja dirimida de formal consensual ou pela Comissão Técnica. Matérias elencadas: (i) Reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor de qualquer das partes em todas as situações previstas no contrato de concessão; (ii) Aplicação dos mecanismos bem mitigação de riscos previstos no contrato de concessão; (iii) Reconhecimento das hipóteses de implemento contratual de qualquer das partes ou anuentes; (iv) Cálculo e aplicação do reajuste; (v) Acionamento dos mecanismos de garantia; (vi) Valor e critérios para apuração da indenização no caso de extinção contratual. As partes poderão submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do contrato, delimitando seu objeto no compromisso arbitral.	Controvérsia não solucionada mediante negociação direta ou através de solução proposta por junta técnica, que verse sobre direitos disponíveis	Divergências relativamente às seguintes matérias: (i) solicitação efetuada pelo Poder Concedente de emprego de nova tecnologia ou nova técnica nos serviços prestados; (ii) exploração das receitas acessórias; (iii) mora do Poder Concedente ou discordância quanto às decisões adotadas pelo Poder Concedente ao final dos procedimentos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou de inserção de investimentos adicionais; (iv) questões relacionadas à revisão ordinária; e (v) cálculo e aplicação dos reajustes. As partes poderão submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do contrato, delimitando seu objeto no compromisso arbitral.	Divergências relativamente às seguintes matérias: (i) solicitação efetuada pelo Poder Concedente de emprego de nova tecnologia ou nova técnica nos serviços prestados; (ii) exploração das receitas acessórias; (iii) mora do Poder Concedente ou discordância quanto às decisões adotadas pelo Poder Concedente ao final dos procedimentos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou de inserção de investimentos adicionais; (iv) questões relacionadas à revisão ordinária; e (v) cálculo e aplicação dos reajustes. As partes poderão submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do contrato, delimitando seu objeto no compromisso arbitral.	Divergências relativamente às seguintes matérias: (i) solicitação efetuada pelo Poder Concedente de emprego de nova tecnologia ou nova técnica nos serviços prestados; (ii) exploração das receitas acessórias; (iii) conflitos envolvendo a transição do sistema rodoviário; (iv) cálculo de indenizações eventualmente devidas à concessionária. As partes poderão submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do contrato, delimitando seu objeto no compromisso arbitral.
Câmara Arbitral / Ad Hoc	Câmara Arbitral a ser indicada pelo Poder Concedente em 30 dias a partir da apresentação da controvérsia, dentre as instituições de notório reconhecimento e preferencialmente com regulamento adaptado às arbitragens estatais. Caso o Poder Concedente não indique a câmara no prazo, caberá ao concessionário fazê-lo, no mesmo prazo.	Câmara Arbitral a ser indicada pelo Poder Concedente em 30 dias a partir da apresentação da controvérsia, constituída e atuante no Brasil, e preferencialmente com regulamento adaptado às arbitragens estatais. Caso o Poder Concedente não indique a câmara no prazo, caberá ao concessionário fazê-lo, no mesmo prazo.	Câmara Arbitral a ser indicada pelo Poder Concedente em 30 dias a partir da apresentação da controvérsia, dentre as instituições de notório reconhecimento e preferencialmente com regulamento adaptado às arbitragens estatais. Caso o Poder Concedente não indique a câmara no prazo, caberá ao concessionário fazê-lo, no mesmo prazo.	Câmara Arbitral a ser indicada pelo Poder Concedente em 30 dias a partir da apresentação da controvérsia, dentre as instituições de notório reconhecimento e preferencialmente com regulamento adaptado às arbitragens estatais (previsão de credenciamento). Caso o Poder Concedente não indique a câmara no prazo, caberá ao concessionário fazê-lo, no mesmo prazo.	CAM - CCBC ou outra câmara arbitral escolhida em comum acordo pelas partes
Sede da Arbitragem	São Paulo/SP	São Paulo/SP	São Paulo/SP	São Paulo/SP	São Paulo/SP
Direito Aplicável	Leis de direito material brasileiras	Leis de direito material brasileiras	Leis de direito material brasileiras	Leis de direito material brasileiras	Leis de direito material do Brasil
Ônus das custas e despesas	Adiantamento pela Parte que suscitar o procedimento/ Parte vencida arca com todos os custos	Igualmente divididos entre as Partes em comum acordo, a não ser que o acordo estabeleça de forma diversa. Havendo condenação, a parte vencida (aquela que receber menos de 50% do valor em disputa) arcará com os custos	Adiantamento pela Parte que suscitar o procedimento/ Parte vencida arca com todos os custos	Adiantamento pela Parte que suscitar o procedimento/ Parte vencida arca com todos os custos	Adiantamento pela Parte que suscitar o procedimento/ Parte vencida arca com todos os custos
Idioma	Português	Português	Português/ Parcialmente bilíngue	Português/ Parcialmente bilíngue	Português/ Parcialmente bilíngue
Número de árbitros	3 árbitros (profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada experiência na questão a ser discutida).	3 árbitros (profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e com comprovada experiência na questão que será discutida).	3 árbitros (profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada experiência na questão a ser discutida).	3 árbitros (profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada experiência na questão a ser discutida).	3 árbitros (profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada experiência na questão a ser discutida).

1.3.3 Técnicas de solução de controvérsias combinadas ou secundárias

Não se pode deixar de comentar que muitas vezes, sobretudo na arbitragem, as técnicas de solução de conflitos podem ser combinadas, resultando em um modelo de solução de litígios chamado por Ury, Brett e Goldberg de escala de resolução de litígios, em que mecanismos autônomos são combinados, como degraus, num modelo de verdadeiras escalas.[290]

No mesmo sentido aponta Diego Faleck:

> Tais mecanismos, sugerem os autores, devem ser organizados em sequência, considerando-se os custos de utilização. Mecanismos que gerem menor custo devem ser priorizados. Se a utilização de um mecanismo falhar, as partes poderão utilizar outro em seguida, e assim por diante, até que encontrem um procedimento que seja adequado e capaz de permitir eu s partes tenham a sua disputa resolvida. [...] O importante aqui é destacar que os diferentes mecanismos processuais, com suas características e funcionalidades distintas podem ser combinados, organizados, sequenciados, e até fundidos em figuras híbridas, que deem vida a novos mecanismos processuais ou arranjos procedimentais complexos.[291]

No âmbito da Administração Pública, são comuns os casos em que ocorre *peritagem*, *dispute board*, seguida de arbitragem ou mesmo cláusulas escalonadas *med-arb*, sobretudo nos contratos de obras públicas.

Nesse caso, há a combinação de diferentes técnicas e uma verdadeira engenharia de resolução dos conflitos, que se mostra muito interessante para a Administração Pública.

1.3.4 Incidentes de resolução de demandas repetitivas instaurados pelo Estado de São Paulo

O incidente de resolução de demandas repetitivas, embora não afeto diretamente ao sistema multiportas de resolução de conflitos, está diretamente ligado ao contencioso de massa e se trata de importante instrumento visando à possível redução drástica de demandas com o mesmo objeto.

---

[290] URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. *Resolução de conflitos*: concepção de sistemas para reduzir custos de conflitos. Tradução: Soares Franco. Lisboa: Actual Editora, 2009. p. 46-47.

[291] FALECK, Diego. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 19.

Não se atendo especificamente ao instituto, mas visando a instruir o presente trabalho, até o presente momento, o Estado de São Paulo somente instaurou um incidente de resolução de demandas repetitivas, em processo que tratava da gratificação de localidade para policiais militares. Nesse caso, não foi atribuído o efeito suspensivo ao incidente, que ao final perdeu seu objeto.[292]

Ressalta-se a importância do instituto, que pode ser mais bem aproveitado pelo Estado de São Paulo em casos de demandas repetitivas.

1.3.5 Acordos em processos executivos e precatórios realizados pelo Estado de São Paulo

Embora não seja objeto específico do presente trabalho, eis que versa sobre acordo realizado em fase execução, o Estado de São Paulo vem ampliando a quantidade de acordos realizados em precatórios.

Conforme informação da Assessoria de Precatórios da PGE-SP, no ano de 2018, em que foi instituído o programa:

> Cerca de 700 acordos foram celebrados, no valor total de R$ 3,8 bi, o que representava à época cerca de 15% do total devido. Neste ano aumentou a quantidade (temos tido de 200 a 300 mensais), mas em valores unitários menores, tendo em vista praticamente todas as grandes ações já foram objeto de acordo, remanescendo somente casos de servidores e casos controvertidos, em que a controvérsia é impeditiva da composição. [...] trata-se de acordos por adesão, em que o credor concede um desconto em troca da antecipação na fila, o que é mui peculiar. Mas, concomitantemente, temos feito composições de litígios para viabilizar esse acordo de antecipação de pagamento.[293]

Pode-se afirmar que se trata programa exitoso, atendendo assim à Emenda Constitucional n. 90/2017, que permitiu o acordo para pagamento à vista, mediante desconto. Para tanto, o Estado de São Paulo instituiu o Decreto n. 63.153, de 16 de janeiro

---

[292] Acórdão: "Fixaram a tese jurídica: 'Da incorporação de 50% do valor do Adicional de local de exercício (ALE) ao valor do salário-base do servidor, posto que os outros 50% foram absorvidos pelo Regime Especial de Trabalho Policial (RETP), com fundamento na Lei Complementar nº 1.197, de 12 de abril de 2013, v.u. Aplicação ao caso concreto: Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido, em conformidade com o voto do Relator Moreira de Carvalho." (TJSP − Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 2151535-83.2016.8.26.0000/Comarca de São Paulo, Turma Especial – Público, rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 30.06.2017).

[293] Informação do Dr. Waldimir Ribeiro, chefe da assessoria de precatórios da PGE/SP.

de 2018, que dispõe, nos termos do artigo 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF, sobre a aplicação dos recursos destinados ao pagamento de precatórios no regime da Emenda Constitucional n. 99/2017, e sobre os termos e condições para acordos com os credores[294], com o objetivo de regulamentar a celebração da avença.

[294] Decreto n. 63.153/2018: "Art. 1º. Dos recursos previstos no § 2º do artigo 101 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que nos termos do seu *caput* foram depositados em conta própria para o pagamento de precatórios judiciários, o Estado de São Paulo opta, com base no previsto no artigo 102 daquele mesmo Ato, que 50% (cinquenta por cento) serão destinados ao pagamento mediante acordos diretos com os credores, com redução do valor do crédito atualizado, como previsto no referido artigo. Art. 2º. Fica autorizada a celebração de acordos diretos com os credores de precatórios do Estado de São Paulo, nos termos e para os fins do artigo 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, observando-se os termos e as condições estabelecidos no presente decreto. Art. 3º. Observadas as disposições do presente decreto, os acordos a que se refere o artigo 2º poderão ser firmados pela Procuradoria Geral do Estado, a requerimento dos credores dos precatórios, condicionados os efeitos dos acordos que vierem a ser celebrados à posterior validação destes pelo juízo da origem, juízo conciliatório e/ou órgão judiciário encarregado do processamento dos pagamentos, como dispuser cada tribunal em relação aos precatórios por ele expedidos. Art. 4º. Poderá propor acordo o titular de precatório de valor certo, líquido e exigível, em relação ao qual não exista impugnação, nem pendência de recurso ou defesa, e que decorra de processo judicial tramitado regularmente, no qual em relação ao crédito ofertado igualmente não exista impugnação, nem pendência de recurso ou defesa, em quaisquer de suas fases. Parágrafo único - Para os fins previstos no *caput* deste artigo, considerar-se-á credor do precatório: 1. o conjunto dos credores, quando o precatório tiver sido expedido por valor global, sem a determinação do quinhão de cada um, caso em que, só em conjunto poderão propor acordo, tanto diretamente, quanto por intermédio de procurador com poderes específicos para a celebração de acordo nos termos do presente decreto; 2. o credor individual, quando o precatório tiver sido expedido em favor de mais de um credor, com a determinação do quinhão de cada um, caso em que, cada credor será considerado detentor de seu quinhão, e poderá propor acordo, tanto diretamente, quanto por intermédio de procurador com poderes específicos para celebração de acordo nos termos do presente decreto; 3. os sucessores a qualquer título, com observância dos termos e condições dos itens 1 e 2 deste parágrafo único, desde que comprovada a ocorrência de substituição de parte, na execução de origem do precatório, e que em relação a tal substituição não exista impugnação, nem pendência de recurso ou defesa. Art. 5º. O acordo poderá ser celebrado mediante proposta de desconto de 40% (quarenta por cento) sobre a totalidade do crédito do proponente, em valor atualizado, conforme calculado pelo Sistema Único de Controle de Precatórios da Procuradoria Geral do Estado, pelos critérios por esta utilizados na atualização do valor e determinação das deduções legais a título de contribuições e impostos, ficando vedada a proposição de acordo sobre apenas parte do valor devido ao credor. Parágrafo único - A impugnação do valor calculado pela Procuradoria Geral do Estado, salvo nas hipóteses de erro material e/ou inexatidão de cálculo, inabilitará o credor para a celebração de acordo, e implicará na remessa da discussão acerca do montante devido ao juízo do processo de origem do precatório, para apreciação e decisão quanto às razões jurídicas do credor. Art. 6º. Os acordos celebrados serão comunicados ao tribunal que expediu o precatório, para sua validação pelo órgão judiciário competente e posterior pagamento pelo tribunal, a ser efetuado na medida dos recursos disponíveis e limitados a estes. Parágrafo único - Caso os recursos disponíveis em conta do tribunal não sejam suficientes para atender à totalidade dos proponentes, serão estes atendidos na ordem de preferência dos seus créditos ou, em caso de empate, ao que primeiro tiver apresentado proposta, aferida a precedência pelos dados de protocolo do requerimento. Art. 7º. Caberá ao órgão competente do tribunal proceder ao pagamento do credor, retendo os impostos e contribuições devidos e efetuando o recolhimento dos encargos decorrentes, na forma da lei, com a consequente extinção da execução de origem do precatório, em relação ao credor pago. Art. 8º. As propostas de acordo serão apresentadas à Procuradoria Geral do Estado, que terá 90 (noventa) dias para examiná-las e se manifestar a respeito, para o posterior encaminhamento das deferidas ao órgão competente do tribunal, podendo tal prazo ser prorrogado se necessárias diligências para a instrução da manifestação a ser dada a respeito. Art. 9º. O procedimento para admissão, exame e processamento das propostas de acordo, serão disciplinadas por resolução do Procurador Geral do Estado. Art. 10. As despesas financeiras decorrentes da aplicação deste decreto e da implementação dos procedimentos necessários à celebração dos acordos correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário."

Destaca-se o fato de o acordo se dar por meio de adesão, ou seja, não há a princípio margem de negociação. Contudo, conforme informação prestada pela referida Assessoria, a composição ocorre na fase anterior, ou seja, antes da expedição do precatório.

1.3.6 Procedimento administrativo de reparação e indenização do Estado de São Paulo

Como vimos, a possibilidade de resolução de conflitos deve partir de opções, a serem escolhidas entre as partes, que melhor se adequem à solução do litígio. Por conta disso, defende-se a possibilidade do uso de um verdadeiro sistema de múltiplas portas à disposição dos litigantes. Para tanto, no intuito de celebração de possíveis acordos, algum grau de processualização deve haver, garantindo minimamente às partes princípios como contraditório e ampla defesa.

A despeito disso, quanto à possibilidade de se manejar pedidos administrativos de ressarcimento, impõe a Lei n. 10.177/98, que regula o processo administrativo genérico no âmbito do Estado de São Paulo, o respeito ao referido procedimento.

Cotejando a referida lei com a previsão do artigo 26 da LINDB, a doutrina vem se inclinando no sentido de que, na elaboração de acordos administrativos, deve haver um certo grau de processualização.

Nesse sentido, apontam Juliana Palma e Sérgio Guerra:

> O art. 26 da LINDB terminou por estabelecer processo especial para a celebração do compromisso nele previsto, estruturado nas seguintes fases: (i) iniciativa; (ii) instrução; e (iii) celebração do compromisso. A iniciativa para propositura do compromisso pode vir tanto da autoridade administrativa quanto do interessado. Como se trata de um processo negocial, é imprescindível que a demonstração de interesse em celebrar o acordo seja traduzida a termo quando verbalizada, considerando que os atos processuais devem assumir a forma escrita. O processo consensual pode tanto ser um processo autônomo quanto um apenso ao principal, como os processos de autorização ou sancionadores. A fase de instrução é marcada pelas seguintes fases: negociação, realização de consulta pública, se for o caso, e oitiva do órgão jurídico. Ato seguinte, a negociação envolverá sempre a autoridade competente e o futuro compromissário, a quem a Lei atribuiu a posição de interessado. Essa terminologia não é aleatória: trata-se da mesma empregada pela Lei Federal de Processo Administrativo para indicar as partes do processo administrativo federal, solução esta que pode ser verificada também

> com relação às demais leis de processo administrativo. Aqui há um reforço à aplicação subsidiária das leis de processo administrativo à celebração do compromisso da LINDB [...].[295]

Neste ponto, convém relembrar que a Lei n. 10.177/98, que regula o processo administrativo no âmbito do Estado de São Paulo, segue os mesmos moldes da lei federal de processo administrativo, atingindo não somente os órgãos da Administração direta e indireta, tanto para o regime de direito público como privado, aplicando-se inclusive subsidiariamente a procedimentos específicos.

Note-se, portanto, que havendo uma norma específica para a celebração de acordos administrativos, devem-se respeitar os princípios da lei genérica, dentre eles, tal como na CF, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos.

Embora sua aplicação seja muito utilizada em procedimentos investigativos, a lei traz em seu bojo um procedimento específico para o ressarcimento por danos causados por agente público agindo nessa qualidade, evitando-se assim, em tese, ações indenizatórias contra a Fazenda do Estado de São Paulo.[296]

---

[295] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, edição especial, Rio de Janeiro, FGV, p. 154, nov. 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653. Acesso em: 26 nov. 2019.

[296] Lei n. 10.177/98: "Art. 65. [...] I - o requerimento será protocolado na Procuradoria Geral do Estado, até 5 (cinco) anos contados do ato ou fato que houver dado causa ao dano; II - o protocolo do requerimento suspende, nos termos da legislação pertinente, a prescrição da ação de responsabilidade contra o Estado, pelo período que durar sua tramitação; III - o requerimento conterá os requisitos do Artigo 54, devendo trazer indicação precisa do montante atualizado da indenização pretendida, e declaração de que o interessado concorda com as condição contidas neste artigo e no subsequente; IV - o procedimento, dirigido por Procurador do Estado, observará as regras do Artigo 55; V - a decisão do requerimento caberá ao Procurador Geral do Estado ou ao dirigente da entidade descentralizada, que recorrerão de ofício ao Governador, nas hipóteses previstas em regulamento; VI - acolhido em definitivo o pedido, total ou parcialmente, será feita, em 15 (quinze) dias, a inscrição, em registro cronológico, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado; VII - a ausência de manifestação expressa do interessado, em 10 (dez) dias, contados da intimação, implicará em concordância com o valor inscrito; caso não concorde com esse valor, o interessado poderá, no mesmo prazo, apresentar desistência, cancelando-se a inscrição e arquivando-se os autos; VIII - os débitos inscritos até 1° de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte, à conta de dotação orçamentária específica; IX - o depósito, em conta aberta em favor do interessado, do valor inscrito, atualizado monetariamente até o mês do pagamento, importará em quitação do débito; X - o interessado, mediante prévia notificação à Administração, poderá considerar indeferido seu requerimento caso o pagamento não se realize na forma e no prazo previstos nos incisos VIII e IX. § 1º. Quando o interessado utilizar-se da faculdade prevista nos incisos VII, parte final, e X, perderá qualquer efeito o ato que tiver acolhido o pedido, não se podendo invocá-lo como reconhecimento da responsabilidade administrativa. § 2º. Devidamente autorizado pelo Governador, o Procurador Geral do Estado poderá delegar, no âmbito da Administração centralizada, a competência prevista no inciso V, hipótese em que o delegante tornar-se-á a instância máxima de recurso. Art. 66. Nas indenizações pagas nos termos do artigo anterior, não incidirão juros, honorários advocatícios ou qualquer outro acréscimo.

Essa lei foi regulamentada pelo Decreto n. 44.422/99, visando fundamentalmente à solução extrajudicial de litígios, de modo a evitar para o Estado o ônus da condenação judicial. Em síntese, alguns pontos chamam a atenção, primeiro impondo aos interessados a declaração de inexistência de ação judicial ou a desistência de ação em curso fundada no mesmo fato e no mesmo direito, e eventual opção dos interessados pela via judicial implicar desde logo a extinção do processo administrativo.

A decisão a ser proferida no procedimento administrativo deverá ser compatível com a jurisprudência consagrada, adotando critérios objetivos para determinação do valor do ressarcimento.[297]

O decreto determina que o processo será dirigido por procurador do estado, denominado procurador instrutor, que terá competência decisória.[298]

Art. 67. Na hipótese de condenação definitiva do Estado ao ressarcimento de danos, deverá o fato ser comunicado ao Procurador Geral do Estado, no prazo de 15 (quinze) dias, pelo órgão encarregado de oficiar no feito, sob pena de responsabilidade. Art. 68. Recebida a comunicação, o Procurador Geral do Estado, no prazo de 10 (dez) dias, determinará a instauração de procedimento, cuja tramitação obedecerá o disposto na Seção III para apuração de eventual responsabilidade civil de agente público, por culpa ou dolo. Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado, de ofício, determinará a instauração do procedimento previsto neste artigo, quando na forma do Artigo 65, a Fazenda houver ressarcido extrajudicialmente o particular. Art. 69. Concluindo-se pela responsabilidade civil do agente, será ele intimado para, em 30 (trinta) dias, recolher aos cofres públicos o valor do prejuízo suportado pela Fazenda, atualizado monetariamente. Art. 70. Vencido, sem o pagamento, o prazo estipulado no artigo anterior, será proposta, de imediato, a respectiva ação judicial para cobrança do débito. Art. 71. Aplica-se o disposto nesta Seção às entidades descentralizadas, observada a respectiva estrutura administrativa."

[297] Há uma certa liberalidade em relação a processo já em curso pela administração eis que, conforme o Decreto n. 44.422/99: "Art. 1º. [...] § 4º. A tramitação e decisão do processo não serão vinculadas ao apurado ou decidido em sindicância realizada pelo órgão envolvido nos respectivos fatos, a qual será considerada como simples elemento de informação". Trata-se de hipótese comum, em que *v.g.* a Polícia Militar por vezes apura um particular culpado pelo acidente em viatura e o particular ingressa com a ação de ressarcimento de seu veículo. Nesse caso ele também poderá formular o pedido administrativo.

[298] Decreto n. 44.422/99: "Art. 4º. [...] I - o Procurador Instrutor terá poderes apenas para as decisões importando no reconhecimento ou indeferimento de indenização inferior ou igual a R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); II - o Procurador Instrutor recorrerá de oficio ao Procurador Geral do Estado sempre que uma decisão sua importar no reconhecimento de indenização superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo também fazê-lo em outros casos de relevante interesse público, a seu critério; III - nos processos decididos pelo Procurador Instrutor caberá recurso voluntário ao Procurador Geral do Estado, na forma do artigo 39 e seguintes da Lei n.º 10.177, de 30 de dezembro de 1998; IV - competirão originariamente ao Procurador Geral do Estado as decisões importando no reconhecimento ou indeferimento de indenização superior a R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); V - o Procurador Geral do Estado recorrerá de ofício ao Governador do Estado sempre que uma decisão sua importar no reconhecimento de indenização superior a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), podendo também fazê-lo em outros casos de relevante interesse público, a seu critério; VI - nos processos decididos originariamente pelo Procurador Geral do Estado caberá recurso voluntário". Prevê a Lei de Processo Administrativo estadual: "Art. 65 [...] VI - acolhido em definitivo o pedido, total ou parcialmente, será feita, em 15 (quinze) dias, a inscrição, em registro cronológico, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado;". Assim, a lei prevê a existência de uma verdadeira lista de pagamento autônoma e administrativa independente do pagamento por OPV ou precatório: "VII - nas decisões que determinem a inclusão do interessado no quadro de pensionistas do Estado, será considerado, para fins de definição da competência decisória e do cabimento de recurso de oficio, o total da indenização reconhecida, incluindo pensões vencidas e vincendas; VIII - no caso do inciso

Por fim, chama a atenção a previsão de pagamento da condenação administrativa em ordem cronológica própria, cabendo à PGE-SP efetuar a inscrição do débito, comunicando-o à Secretaria de Economia e Planejamento, devendo ser pago pela Secretaria da Fazenda na ordem cronológica de sua inscrição.[299]

Não houve questionamento acerca da necessidade de o pagamento respeitar o princípio do precatório. Veja-se que se trata de situação diferente da prevista constitucionalmente, ou na Lei de Arbitragem, em que se tem uma condenação judicial ou uma sentença arbitral comparada a sentença judicial. Ao impor o pagamento do débito decorrente da execução da sentença judicial ou arbitral no mesmo regime jurídico de precatórios previsto no artigo 100 da CF, permite-se ao administrador público a possibilidade de uma previsão e implementação de um mecanismo contábil e financeiro de equilíbrio das contas públicas, ou seja, de equilibro financeiro, visando à disponibilidade de recursos, na medida que sejam necessários.

No caso do pagamento administrativo, já existe essa previsão e não há resistência à pretensão executória, ou seja, uma vez condenado no processo administrativo, o Estado anui com o pagamento, e mais, com expressa previsão legal.

Dessa forma, a lei impõe desde logo a previsão orçamentária e dotação própria, porque a realização de gastos pela Administração Pública deve estar prevista no orçamento, por meio da devida dotação, ou pela abertura de créditos suplementares adicionais, que devem ser autorizados pelo Poder Legislativo, nos termos do artigo 58 c/c o artigo 68 da Lei n. 4.320/64.

---

anterior, o recurso de oficio ao Governador será obrigatório apenas quando a indenização total superar R$ 100.000,00 (cem mil reais). Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado poderá avocar a decisão de qualquer processo, independentemente do valor da indenização."

[299] Decreto n. 44.422/99: "Art. 6º. No âmbito da Administração descentralizada, o processo administrativo de reparação de danos será decidido pelo dirigente superior da entidade, observando-se, no que couber, o disposto neste decreto, inclusive quanto aos limites e condições para delegação e recursos de ofício, devendo as funções de Instrutor e de curador dos interesses da Fazenda ser exercidas por integrantes do respectivo órgão jurídico. Parágrafo único - Das decisões originárias do dirigente superior da entidade descentralizada caberá apenas pedido de reconsideração a mesma autoridade, sendo a competência do Governador do Estado restrita ao conhecimento dos recursos de ofício. [...] Art. 8º. Nos termos do artigo 19 da Lei n.º 10.177, de 30 de dezembro de 1998, fica delegada ao Secretário do Governo e Gestão Estratégica a competência do Governador do Estado para conhecer dos recursos voluntários e de ofício nos processos administrativos de reparação de danos de que trata este decreto."

Corolário dos princípios orçamentários, a realização de gastos ou despesas que excedam a existência de crédito é proibida, ou mesmo a abertura de um crédito suplementar ou especial sem a devida autorização legislativa e a indicação da origem dos recursos correspondentes, nos termos da vedação contida nos incisos II e V do artigo 167 da CF. Por conta disso, a própria lei de processo administrativo já previu desde logo a necessidade de tal previsão no orçamento.

CAPÍTULO II – FAZENDA PÚBLICA E ACORDO ADMINISTRATIVO

Na segunda parte da tese, analisa-se a posição da Fazenda Pública e sua participação nos acordos administrativos, a fim de determinar os modelos de solução de controvérsias e de acordos para resolução de conflitos.

2.1 Convenções celebradas pela Fazenda Pública

Uma exegese acerca das particularidades da convenção de modelo de múltiplas portas para a solução de controvérsias se faz necessária, sobretudo ante a existência de elementos específicos do acordo quando a Fazenda Pública é parte. Não se quer com isso concluir que a Fazenda Pública, quando convenciona, deve ser tratada de forma distinta ou possuir uma situação de superioridade em relação ao particular, sob pena de macular desde logo o acordo, bem como violar o princípio da igualdade entre as partes.

Por outro lado, não se nega que a Fazenda simplesmente pode, como normalmente faz em relação à escolha da jurisdição para solução de seus conflitos, impor determinado método já preconcebido de solução *alternativa*, como estabelece, por exemplo, a Lei de Mediação, ao permitir a chamada *mediação por adesão*, num verdadeiro "pegar ou largar" jurídico. Trata-se decerto algo, menos de um acordo para solução alternativa da controvérsia. A Fazenda Pública pode se valer desse método, porém não deveria fazê-lo, por não se tratar especificamente de uma *mediação de conflitos*.

Neste capítulo, pretende-se analisar o acordo ao qual as partes se submetem, seja quanto aos efeitos, seja quanto aos limites, bem como os instrumentos jurídicos já prescritos pela legislação brasileira, tais como os TACs, os acordos de leniência, as cláusulas compromissória e de mediação, bem como examinar os controles interno e externo exercidos pelas cortes de contas e pelo Ministério Público.

2.1.1 Acordos administrativos segundo a LINDB

Podemos dizer que o direito administrativo brasileiro vem passando por grandes transformações, a partir do prisma da consensualidade, o que vem, de certo, abalando os antigos dogmas da legalidade estrita e da supremacia do interesse público sobre o particular.

Um novo marco legal surgiu a partir da Lei n. 13.655/2018, que trata da alteração da LINDB presente no Código Civil (CC) de 2003, mas já existente no CC de 1916 como norma de introdução (LICC), e nitidamente reconhecida como uma sobrenorma de todo o direito pátrio. O advento de um novo código gerou de per si a novel mudança, seguindo a ordem natural do novo códex.

Pois bem, no que tange ao direito administrativo, a antiga LICC, assim como a LINDB, deixavam a desejar, eis que somente tangenciavam tal ramo do direito, tratando-o na vala comum do direito privado.

A reforma feita pala Lei n. 13.655/2018 foi um verdadeiro marco legal, pois ela traz conceitos que, embora já difundidos na comunidade jurídica[300] e presentes como princípios da administração pública no artigo 37 da CF, passaram a ser sistematizados, no que tange aos *acordos administrativos*, numa legislação própria, clara e permissiva, uma verdadeira *cláusula geral de acordos*, visando sobretudo à segurança jurídica de tais instrumentos.[301]

---

[300] Nesse sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 20.

[301] "Art. 1º. O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato,

Conforme disposição legal, para eliminar irregularidades, incertezas jurídicas 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, 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. O compromisso: buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; deverá prever com clareza as obrigações das partes, o

---

ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo único. (VETADO). Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. Art. 25. (VETADO). 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. § 2º (VETADO). 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. Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. § 1º (VETADO). § 2º (VETADO). § 3º (VETADO). Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. Vigência § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. § 2º (VETADO). Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao art. 29 acrescido à Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pelo art. 1° desta Lei, que entrará em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial."

prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. Passemos a analisar tais características do acordo, a partir do prisma desse novo marco legal.

Conforme já demonstrado, o fenômeno da consensualidade administrativa, embora não seja fenômeno novo, vem ganhando forte apoio na doutrina administrativa moderna. Ele surgiu no direito ambiental, como acordo para substituição de sanções[302], e, a partir de uma série de normas, como da CVM e ANTT, foi ganhando terreno no âmbito da doutrina nacional, sendo reconhecido como um instituto moderno da boa administração pública.

Conforme demonstra Sergio Guerra e Juliana Palma, não se trata, contudo, de fenômeno novo, mas algo que já vinha ocorrendo desde os anos 1980, firmando-se na doutrina pátria na atualidade:

> A consensualidade no aspecto de controle da regulação, tratada pela doutrina de Direito Administrativo como uma nova fase do direito público, já se encontra inserida no subsistema de Direito Ambiental desde o início da década de 1980. Nesta área os acordos substitutivos são permitidos há quase quatro décadas, muito antes da reforma do modelo institucional da Administração Pública na década de 1990. Desde a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981), os órgãos ambientais podem se valer de medidas compensatórias em substituição aos clássicos tipos de sanções administrativas. Esse instituto em matéria de regulação ambiental veio concebido como um instrumento de política ambiental, denominado de "penalidade compensatória". Na prática, contudo, mesmo regulamentado durante as décadas de 1980, 1990 e 2000, raras foram as oportunidades em que os órgãos ambientais aceitaram substituir a penalidade compensatória por acordo de compromisso. Recentemente, o tema voltou com força em matéria de regulação ambiental com o detalhamento minucioso do procedimento e da forma do "Programa de Conversão da Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Qualidade do Meio Ambiente (artigos 139 e seguintes do Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 9.179, de 23 de outubro de 2017)".[303]

Cumpre ressaltar que a visão tradicional do direito administrativo brasileiro sempre foi calcada na supremacia do interesse público sobre o particular e dela decorreriam os

---

[302] André Castro Carvalho demonstra a necessidade da regulamentação para resolver questões dúbias que acabam com a insegurança jurídica. Dessa forma, é necessário o "preto no branco", o que a lei nova veio a tentar esclarecer (CARVALHO, André Castro. Pele em jogo: a LINDB e as assimetrias ocultas no cotidiano do administrador público brasileiro. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*: anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 2, p. 443).

[303] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de, Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública, cit., p. 139, nota 6.

chamados *poderes extroversos*, que à Administração eram dados, sem que o particular os tivesse.

Dentre os poderes extroversos[304], podemos citar a capacidade de a Administração unilateralmente criar obrigações e deveres aos particulares. Na seara dos poderes da Administração, há vários exemplos, como o poder hierárquico e disciplinar sobre seus servidores, o poder de polícia e o poder de editar atos normativos.

De certo que, entre todos esses, o poder de polícia é o que mais se aproxima do conceito de poder extroverso, e aquele que mais atinge a vida dos particulares. Na seara contratual, as cláusulas exorbitantes são aquelas que demonstram o maior poder de desequilibrar uma relação, em comparação com os contratantes privados.

O surgimento da administração consensual parte da ideia de que em determinados momentos o acordo pode ser melhor do que o exercício do poder extroverso. Por conta disso, surgiu no cenário das punições em matéria ambiental, no qual uma compensação ambiental pode ser um *melhor negócio* para ambas as partes do que o recolhimento de uma multa a fundo perdido[305]. Dessa forma, os acordos devem ser vistos como "um instituto de maximização do interesse público na atividade de controle exercida pela Administração Pública"[306], e já vêm sendo reconhecidos pela jurisprudência do STF.[307]

---

[304] Ao definir a imperatividade do ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello retoma a concepção de poder extroverso: "Imperatividade é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorre do que Renato Alessi chama de 'poder extroverso' e permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, interferem na esfera jurídica de outras pessoas constituindo-as unilateralmente em obrigações." (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 423).

[305] Segundo Juliana Palma: "Assim como o paradigma da imperatividade dirige a ação administrativa nos diversos órgãos e entes administrativos, conferindo o pressuposto de análise da teoria do Direito Administrativo, também o controle judicial encontra-se adstrito ao modelo de atuação administrativa por meio de atos imperativos e unilaterais para a satisfação de finalidades públicas. Como analisado ao longo desse texto, a imperatividade corresponde a apenas um modo de exercício da função administrativa para satisfação das finalidades públicas. A consensualidade aponta para outros meios de cumprimento das competências administrativas, em que o acordo de vontades entre Administração e particulares assume posição central frente à imposição verticalizada de decisões pelo Poder Público. E, de fato, cada vez mais são recorrentes as previsões de acordos administrativos na esfera administrativa." (PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e o seu controle judicial. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. (org.). *Justiça Federal*: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 181).

[306] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de, Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública, cit., p. 139.

[307] Embora existisse jurisprudência (STF – RE n. 253.885/MG, 1ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.06.2002, *DJ*, de 21.06.2002), a falta de norma específica sobre o tema gerava uma certa desconfiança no seu emprego, porém, graças ao artigo 26 da LINDB, o instituto dos acordos genéricos veio a se tornar mais seguro.

No âmbito do poder sancionatório, os acordos apareceram como uma grande alternativa para as partes que, num primeiro momento, os celebraram por meio dos termos de ajustamento de conduta (TACs).[308]

O artigo 26 da LINDB, entretanto, prevê uma processualização para celebração de acordo, com começo meio e fim. Para tanto, defendem autores como Sérgio Guerra e Juliana Palma que a referência seja a lei de processo administrativo federal[309]. No Estado de São Paulo, por existir uma legislação de processo administrativo, seria ela o paradigma para fins de processualização, podendo inclusive haver decreto regulamentador para as diversas matérias. A Lei estadual n. 10.177/98, já editada e regulamentada, serve como paradigma para o procedimento de indenização administrativa, cujo tema é regulamentado em decreto próprio, como já visto anteriormente no presente trabalho.

No caso do Estado de São Paulo, seguido o trâmite do procedimento da lei estadual, concluída a negociação e firmada a minuta de acordo, que deve ser acompanhada pelo órgão de advocacia pública, que tem capacidade postulatória e de representação jurídica do ente, a autoridade administrativa competente apõe assinatura, juntamente com a outra parte, finalizando o procedimento. Para ganhar eficácia perante terceiros, deve ser publicado no diário oficial.

Por fim, devemos destacar que a Lei n. 13.655/2018, que trouxe alteração na LINDB, com a inclusão de um verdadeiro manual de segurança jurídica para o administrador, teve como principal escopo trazer segurança jurídica para Administração

---

[308] "No caminho para uma Administração mais consensual, observa-se uma mudança no modelo regulatório setorial brasileiro em que as distintas agências reguladoras passaram a regulamentar a possibilidade de acordos substitutivos/suspensivos em procedimentos administrativos sancionatórios como alternativa à tradicional regulação até então existente. Disparado o procedimento administrativo sancionador e garantidos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, há duas possibilidades: caso se verifique que as infrações são verídicas, poder-se-á impor a sanção de polícia, motivada e proporcional à gravidade da falta, compelindo o infrator à prática de atos corretivos ou dissuadindo-o de persistir no cometimento da infração administrativa; ou, então, pode-se deixar de aplicar a sanção, pela celebração de acordos substitutivos/suspensivos, por meio de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), segundo o que melhor atenda ao interesse público. Afinal, não é objetivo da Administração impossibilitar a produção, circulação e comercialização de riquezas, mas somente condicioná-las ao interesse público." (SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 206, p. 170, abr./jun. 2015).

[309] "Destaca-se a necessidade de(i) iniciativa; (ii) instrução; e (iii) celebração do compromisso." (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de, Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública, cit., p. 154).

Pública, administrador e administrados celebrarem acordos e compromissos, diminuindo em muito as chances de questionamentos, sobretudo dos órgãos de controle.

Até então, o termo (compromisso) de ajustamento de conduta (TAC), tratado em item apartado, era o grande formato adotado pela Administração para celebrar acordos, ao deparar com uma lide em que interessava tal formato de resolução consensual. Note-se que era muito comum, por vezes, que a autoridade pública, embora possuísse interesse em celebrar acordo, delegava ao Ministério Público o início da investigação ou da ação para celebrar acordo, para não enfrentar eventual questionamento *do Parquet.* Assim, pode-se dizer ter sido por meio dessas condutas, posturas e políticas públicas, sobretudo frente a direitos a princípio indisponíveis, mas passíveis de disposição, valendo-se dos termos da Lei de Mediação, que a Fazenda Pública estabelecia acordos.

Com o advento do artigo 26, surgiu no direito brasileiro uma nova forma de contratualização[310] das relações jurídicas entre administrador e outras partes, que podem ser particulares, outros órgãos, associações, contratantes ou, outros entes, bastando para isso, primordialmente, o respeito a um procedimento, ser proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, não gerar desonerações fiscais e, como todo contrato, ter um prazo e sanção para descumprimento.

A Lei n. 13.655/2018 tornou, portanto, a LINDB um verdadeiro marco legal dos acordos administrativos.

2.1.2 Acordo para estipulação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias e a Fazenda Pública: negócio jurídico entre o direito processual e o administrativo

Os acordos administrativos previstos na cláusula genérica do artigo 26 da LINDB e os princípios que devem reger tais acordos são aplicáveis tanto à avença que opta por um meio alternativo, àquela que cria um procedimento customizado (DSD) ou ao próprio acordo resolutivo do mérito do conflito. Pode-se, portanto, pensar na aplicação de tal

[310] Quanto à natureza jurídica do acordo: LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa*. 2018. 265 p. Dissertação (Mestrado em Direito) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2018.

modelo ao acordo prévio que trata da escolha do mecanismo de solução de controvérsias, que não deixa de ser um acordo administrativo.

Ressalta-se que o acordo genérico previsto na lei e que tem aplicação no âmbito da negociação e DSD, será visto Capítulo III, que tratará da modelagem de DSD envolvendo a Fazenda Pública.

Retomando, havendo escolha por parte da Administração Pública de mecanismo alternativo de solução de controvérsia por cláusula a ser inserida em contrato, não se pode negar que esse acordo seja um negócio jurídico pré-processual típico, eis que possui previsão legal, atendendo assim à tipicidade, pois tanto a Lei de Mediação como a Lei de Arbitragem preveem a cláusula a ser estipulada pelas partes. De fato, a grande diferença entre as cláusulas de mediação e de arbitragem é que nestas se exclui a atuação do Judiciário. Nesses casos, a lei já estipula alguns elementos tidos como essenciais da cláusula de mediação ou compromissória, e regulamentos, como o decreto paulista de arbitragem, trazem mais elementos predeterminados. Não deixa, contudo, de haver espaço para negociação. São, portanto, pré-acordos para a escolha de mecanismos alternativos de solução de controvérsias a serem em tese usados num possível futuro conflito.

Independentemente disso, tais cláusulas são negócios jurídicos e, portanto, criam, extinguem e modificam direitos dos acordantes. Portanto, como negócios jurídicos, ainda que especificamente negócios jurídicos pré-processuais, estão sujeitos ao preenchimento dos requisitos de existência, validade e eficácia.[311]

[311] No mesmo sentido, Sérgio Guerra e Juliana Palma: "Quanto às cláusulas dos acordos administrativos, a doutrina buscou definir a natureza jurídica desses acordos com a finalidade de estabelecer o regime de aplicação subsidiária. Já que as leis e os regulamentos que dispunham sobre acordos em espécie não eram suficientes para operacionalizá-los, a alternativa seria fazer uso de regime jurídico preexistente. Apesar das várias parece-nos adequado compreender os acordos administrativos como negócios jurídicos, permitindo a aplicação subsidiária de preceitos do Código Civil, em especial do art. 104, de seguinte redação: Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. Reconhecendo a insegurança jurídica no tratamento dos acordos administrativos, apesar da profusão de normas regulamentares dispondo sobre acordos especiais, a LINDB buscou conferir o mínimo regulamentar ao compromisso nela previsto na tentativa de conferir clareza e previsibilidade sobre o regime jurídico aplicável. Em seu art. 26, §1º, são previstos requisitos de validade, vedações e cláusulas obrigatórias aos compromissos, tornando não apenas mais certa a dinâmica de celebração desses acordos e de sua margem de negociação, mas principalmente permitindo uma modelagem de maior qualidade, como se demonstrará. Ao menos para os fins do compromisso da LINDB, toda a discussão doutrinária passa a ser obsoleta." (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de, Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública, cit., p. 159-160).

Pois bem, embora a natureza jurídica desse acordo seja evitar o manejo de ação judicial, quanto ao conteúdo, necessariamente devem tratar de direitos disponíveis pela Administração, ou ainda, nos termos da Lei de Mediação, de direitos, ainda que indisponíveis, passíveis de transação[312]. Ainda apontam Sérgio Guerra e Juliana Palma:

> O conjunto de obrigações convencionados em cláusulas informa a *solução* do compromisso. Todo e qualquer compromisso precisa ter um propósito – razão pela qual nos parece oportuno aproximarmos os acordos a planos – diretamente voltados a eliminar a situação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. O relacionamento com o caso concreto é *imprescindível*. De acordo com a LINDB, as obrigações devem ser necessariamente aplicadas para resolução do problema de fundo. Na consensualidade, a lógica dos modelos dá lugar à criatividade no desenho de soluções jurídicas mais aderentes às particularidades do caso concreto. [...] O art. 26, § 1º, inc. I, assim caracteriza a solução jurídica que os compromissos devem apresentar: "Buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;". A solução jurídica do compromisso deve ser proporcional e equânime ao objeto do processo administrativo em torno do qual se criam as situações endereçadas pela LINDB (irregularidade, incerteza jurídica ou situação jurídica contenciosa). O compromisso não deve trazer um conjunto de obrigações que seja marcadamente mais onerosa que a decisão administrativa final estimada que servirá de parâmetro de negociação. Entendeu-se que um "compromisso pesado" desestimularia a escolha pela via consensual. Por outro lado, tampouco as obrigações podem ser manifestamente mais leves que a decisão administrativa final estimada, o que caracterizaria um comportamento leniente do Poder Público, especialmente nos casos de irregularidade. A solução jurídica precisa ser construída com base em obrigações proporcionais e equânimes à decisão administrativa final, que considere todos os elementos dessa decisão como contexto, comportamento do compromissário, estágio de avanço do processo, impasses burocráticos etc. [...] O compromisso também deve ser "eficiente e compatível com os interesses gerais", o que pressupõe uma análise de efetividade além da de juridicidade. Primeiramente, depreende-se que toda e qualquer obrigação contida no compromisso *deve ser endereçada ao caso concreto*. O compromisso perde a sua validade quando deixa de se voltar às circunstâncias práticas que determinaram a sua celebração, considerando a relação finalística que a LINDB apresenta. Desse modo, a solução jurídica deve não apenas servir à satisfação do plano do compromisso, mas trabalhar do modo mais eficiente para a efetiva eliminação da irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa.[313]

Trata-se, portanto, de um verdadeiro negócio jurídico, no qual os requisitos de *existência* (tal qual o ingresso do fenômeno no mundo jurídico com a regularidade de seus elementos de intrínsecos e extrínsecos), bem como de *validade* (com a análise do objeto

---

[312] Para Sérgio Guerra e Juliana Palma: "Quanto ao objeto, grandes esforços foram depreendidos para determinar o conteúdo jurídico de "direitos patrimoniais disponíveis" na tentativa de delimitar a abrangência da consensualidade: acordos administrativos seriam juridicamente viáveis se tiverem por objeto direitos patrimoniais disponíveis. A aproximação às regras da arbitragem na Administração Pública não resultou em fronteiras mais claras à consensualidade pela inerente dificuldade de definição do conceito." (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de, Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública, cit., p. 159).

[313] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de, Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública, cit., p. 160-163.

lícito, possível e determinado ou determinável, agente público competente apto a declarar a vontade estatal de forma motivada, bem como forma prescrita em lei), para afinal irradiar efeitos de forma *eficaz*, devem estar presentes.

Além disso, no que tange à vontade da Administração, expressa, nos termos da Lei de Arbitragem, pelo agente capaz de celebrar acordos e transações administrativas, ressalta-se a presença da finalidade negocial, ou seja, tal como nos demais negócios jurídicos privados, aqui também está presente um fim especial de realizar a arbitragem.

Chamam a atenção, no entanto, os elementos da *consensualidade* e da *discricionariedade* que, de fato, têm tratamento distinto, no âmbito do direito público, em comparação com o direito privado.

Seguindo a lição de Sabino Cassese[314], deve-se pensar em um novo direito administrativo, questionando-se acerca do equilíbrio entre o público e o privado, que vai além do direito da autoridade. A resposta é que não somente porque o velho e o novo podem conviver e porque pode haver equilíbrio entre os dois, mas também porque os elementos do novo apresentam diversas ambiguidades, que podem fazer mudar de direção e retornar ao antigo, há uma transição entre o velho e o novo. É da mistura de todas tradições e modernidades que o direito administrativo tira sua força e vitalidade.

Quanto à consensualidade na Administração[315], por certo é necessário o rompimento com os antigos paradigmas da legalidade estrita e com a impossibilidade de a Administração Pública realizar acordos administrativos. Parte-se da vetusta ideia de que a Administração Pública somente pode fazer aquilo que lhe é permitido por lei, para um conceito mais contemporâneo, no qual a lei traz regras mais flexíveis e o resultado é

[314] CASSESE, Sabino, Tendenze e problemi del diritto ammnistrativo, cit., p. 901-912.

[315] Nesse sentido, Vitor Schirato e Juliana Palma: "Tomada de decisões, exercício da função administrativa e resolução de conflitos travados na esfera pública, embora passíveis de atos administrativos unilaterais, podem ser objeto de incidência da consensualidade. Dessa forma, correspondem respectivamente aos eixos consensuais mencionados a implementação de políticas públicas, as parcerias público-privadas em sentido amplo e os acordos substitutivos, cujos instrumentos serão adiante especificados. Em suma, a consensualidade integra-se a um plano maior de transformações do Direito Administrativo, sendo ela própria um elemento de mutação do Direito Administrativo burocrático, hierarquizado e formalista, verdadeiro canal de desautorização do Direito Administrativo." (SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dez./jan./fev. 2011. p. 3-4. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=485. Acesso em: 20 nov. 2019).

aberto: pensa-se na finalidade a ser atingida e não em um resultado a ser arbitrariamente atingido.

Por óbvio que a compreensão de uma postura consensual da Administração passará pela interpretação do conceito de supremacia do interesse público[316]. O contraponto a uma postura consensual decerto implica uma maior valoração do dever de motivar que as autoridades administrativas terão, quando fizerem a opção pelos mecanismos alternativos de solução de controvérsias[317]. Em sendo o caso da construção de procedimento ou de negociação, ou seja, sendo algo novo, é salutar a existência de norma prévia regulamentadora e, em não havendo, que se valha das regras ou de leis que regem os processos administrativos na esfera determinada.

Outro aspecto dessa inflexão para uma matriz consensual[318], em detrimento da antiga fórmula pela qual prevalece a superioridade da Administração Pública, diz respeito à releitura do princípio da discricionariedade administrativa e sua valorização. O administrador público, mesmo em situações discricionárias, pode, por meio do consenso, construir a solução juntamente com o administrado. Essa é uma nova visão, frente àquela em que o administrador poderia, dentre diversas opções, simplesmente escolher uma, naquilo que se cunhou como discricionariedade juridicamente vinculada.[319]

---

[316] Na consensualidade administrativa, deve-se fazer uma releitura dessa concepção de supremacia de interesse público, que nem sempre é clara. Pode haver diversos interesses públicos em choque: direito de manifestação de estudantes *vs.* direito de posse de escolas; direito de moradia *vs.* direito ao meio ambiente. No sentido da reanálise do conceito de supremacia pública e da desconstrução desse conceito: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009.

[317] Quanto ao consenso administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto discorre sobre o histórico da adoção da teoria da consensualidade na ação administrativa e a queda do mito da supremacia do interesse público: "Para ação administrativa em especial, o consenso pode ser adotado não apenas pela via contratual, como tradicionalmente se tem feito, mas pela via do acordo não contratual, ainda que incipiente usado no Brasil, pois quase que restrito às duas modalidades mais familiares, a dos convênios e a dos consórcios. Contratos e acordos, ambos modalidade da figura jurídica do pacto, diferem entre si por várias características, mas aqui interessa sublinhar, a que se apoia na natureza das prestações colimadas, pois é nesta que se pode apreciar a diferença entre comutatividade e integração. Com efeito enquanto as prestações contratuais são recíprocas, voltadas cada uma delas ao atendimento de interesses distintos dos contratantes, as prestações dos acordos são integrativas, voltadas ao atendimento de interesses comuns." (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 145, jan./mar. 2003. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108. Acesso em: 19 set. 2017).

[318] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89-113.

[319] PEREZ, Marcos Augusto. O negócio jurídico administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 263-273.

Com isso, ressalta-se que o negócio jurídico arbitral envolvendo a Administração Pública passa por elementos que via de regra não estão presentes no negócio jurídico processual celebrado entre partes privadas.

2.1.2.1 A Fazenda Pública e a vontade administrativa

2.1.2.1.1 A fase interna para estipulação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias e a Fazenda Pública

Uma questão relevante diz respeito a como o administrador público exerce a escolha de um meio alternativo de solução de controvérsias, ou seja, pretende-se compreender o "caminho do ato administrativo"[320] definidor da opção pelos mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARCs). O grande ponto a ser discutido quanto à fase interna é se ela necessariamente deve ocorrer de forma disciplinada ou é livre quanto à forma: há necessidade de normatização da fase interna para que todos conheçam o caminho percorrido pelo administrador?

Do ponto de vista da segurança jurídica, em tese a existência de norma regulamentadora da fase interna em que Administração Pública decide pelo uso de meios alternativos de solução de controvérsia traria tanto para sociedade, capaz de observar como age o administrador, quanto para o próprio agente, que não correria o risco de extravasar seus poderes, um maior grau de segurança jurídica e transparência.

Com efeito, do ponto de vista social, a norma, por ter caráter geral e abstrato, traz conteúdos implícitos de igualdade, eis que atinge a todos da mesma maneira, bem como demonstra os motivos pelos quais, naquelas hipóteses, é possível acordo, mostrando o interesse social do artigo 6 da LINDB. Nesse sentido, atenderia, portanto, princípios da transparência, segurança jurídica e legalidade.[321]

---

[320] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, A superação do ato administrativo autista, *in Os caminhos do ato administrativo*, cit., p. 89-113.

[321] "Quando tocamos no princípio da legalidade, expusemos nosso entendimento no sentido de que a atuação administrativa independia de uma autorização legal expressa que conferisse a ela uma base estatutária (em lei formal). A Administração Pública poderia buscar seus objetivos na Constituição e, com base nesta, promover ação adjudicatória ou regulamentar. Não buscamos a fonte maior de legitimidade da autonomia contratual da Administração no consenso, nem no Código Civil, mas na necessidade de consecução das suas atribuições constitucionais (e legais) e na eficiência. Não nos parece, portanto, que o consenso ou o caráter ablativo de uma atuação estatal sejam características que modifiquem a natureza da autonomia administrativa – ou seja, tais características não levam a que a atividade administrativa não consensual (geralmente ablativa) seja apreendida pela juridicidade de uma forma singular ou especial em relação às

Não há vantagem na mera expedição de normas para se estipular a escolha do administrador quanto ao mecanismo de solução de determinado conflito, se ela norma não der liberdade para a tomada de uma decisão mais adequada. Normas extremante rígidas ou que sofreram influência de grupos de pressão podem ser tão maléficas quanto o excesso de liberdade do gestor.

Fazendo a escolha simplesmente segundo as normas, sem uma discussão profunda do significado delas, e sujeita a influências que não da interpretação de conceitos jurídicos feita pela autoridade, até mesmo de agentes interessados na norma (p. ex. influenciando a escolha da arbitragem para determinado tipo de contato, escolha de câmaras etc.), tem-se a mesma insegurança gerada pela absoluta falta de normas.[322]

---

demais atividades administrativas. O consenso tornará possíveis ações não realizáveis pela via autoritária (como obrigar alguém a praticar atos submetidos à reserva de lei formal, sem que esta exista, mas que estejam contemplados em um acordo), ou realizáveis de forma menos eficiente (como a desapropriação amigável, *vis-à-vis* a realizada via procedimento judicial). A autonomia, portanto, será mais ampla do que a existente quando a Administração Pública age de forma unilateral, mas seu fundamento último não se altera." (MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 126).

[322] "Argumento distinto é aquele proposto por Sérvulo Correia, que exige 'tão somente' disciplina normativa (não necessariamente por meio de lei formal) que habilite a Administração a atuar de forma unilateral em casos concretos, vinculando terceiros. O autor embasa seu entendimento no princípio da segurança jurídica (que seria derivado, em sua opinião, do Estado de Direito), no sentido da necessidade de previsibilidade da atuação estatal, para que as pessoas possam planejar-se, bem como na necessidade do controle da Administração em relação ao interesse público. Para ele, a prévia disciplina das obrigações auxilia no controle da observância de princípios como o da isonomia, do interesse público e da proporcionalidade (por mais que, a nosso ver, não seja imprescindível para a garantia da observância de tais princípios), assim como é relevante para a previsibilidade das atuações estatais. Em suma, para o jurista português, a prévia normatização se liga ao dever de transparência da atividade administrativa ou, como parece melhor, *accountability*. Por tais razões – em virtude dos princípios jurídicos citados –, a preordenação normativa também deve colher, segundo Sérvulo Correia, a atividade administrativa ampliativa de direitos. A ideia é interessante porque afasta a premissa de que toda e qualquer normatização pela Administração Pública consistiria propriamente numa autolimitação discricionária da sua própria liberdade (assim como Otto Mayer entendia que ocorria com as leis em relação ao Estado e, portanto, como ele compreendia o Estado de Direito). Para o jurista português, algumas normatizações prévias seriam imprescindíveis – ao menos para a prática de ato não consensual, ablativo ou não, ou então de um ato consensual cujo objeto fosse típico de um ato não consensual. Por mais que seja tentador escorar-se na ideia de que toda a atividade administrativa por meio de atos administrativos (ou contratos que tenham objetos típicos de atos) precisaria ser preordenada normativamente, ainda que por meio de normas infralegais, acreditamos que tal ideia encobre o real problema, que diz respeito ao grau de previsibilidade que a atividade administrativa deve ter. Dizer que deve haver normas anteriores que disciplinem a conduta administrativa unilateral quer dizer muito pouco, por si só, se não sabemos o nível de certeza e minúcia que a disciplina deve incorporar – e, por certo, por mais que não exista uma regra enunciativa de um comportamento específico, sempre haverá outras tantas regras e princípios (um conjunto normativo) que a Administração Pública deverá observar e nos quais poderá se escorar para agir. E isto pode ocorrer tanto quando a norma for prevista em lei formal como quando a norma se encontrar em ato administrativo normativo ou mesmo na Constituição – na Constituição brasileira há inúmeras regras jurídicas razoavelmente claras, que poderiam amparar uma conduta administrativa adjudicativa independente de qualquer outra norma sem maiores controvérsias." (MIRAGAYA, Rodrigo Bracet, *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos, cit., p. 127).

Assim, uma norma genérica, que de antemão tira os poderes do gestor de fazer a escolha, pode ser tão ruim quanto um procedimento administrativo para escolha do método malconduzido.

A outra forma capaz de se demonstrar, por meio de uma fase interna, a vontade administrativa, é aquela que defende uma processualização, para que a vontade interna se expresse não somente por normas, em dois ou três níveis diferentes, mas por meio de um processo decisório da Administração na escolha de um meio alternativo, realizado através der um verdadeiro procedimento, dando aos diferentes atores o direito de manifestação, bem como permitindo que toda a sociedade conheça como se deu o processo de escolha.

Por conta disso, se mediante a processualização há um inegável ganho social, por outro lado não se nega que, diante da necessidade de eficácia e agilidade, o excesso de procedimentos pode engessar ainda mais a máquina pública.

Dessa forma, para determinadas matéria jurídicas[323], a Administração Pública pode realizar procedimentos internos e, ao final, expedir normas garantindo, sobretudo aos

[323] "Ademais, por mais que a previsibilidade da atuação estatal seja um valor relevante, na atualidade dominada pela velocidade das mudanças, ela se torna quase como um amor platônico. Uma conduta pode ser regulada em um, dois, três ou mais níveis normativos, cada um mais específico que o outro e, ainda assim, o nível de certeza pode aumentar apenas marginalmente, considerando que cada regra a mais que regule a atuação da Administração será objeto de interpretações por diferentes atores (interessados privados, Administração, Judiciário, além das diferenças de interpretações no próprio âmbito destas entidades). Assim, no mundo contemporâneo, a certeza (e, consequentemente, a previsibilidade) não se cria imediatamente com uma norma, na medida em que a norma por si só não diz o que o direito é – a certeza vai sendo construída internamente nas instituições, bem como a partir da inter-relação entre elas. Bendito o sistema jurídico que conte com mecanismos institucionais eficientes que tornem esta construção possível e ágil. Para equilibrar a impossibilidade de uma certeza e de uma previsibilidade para a atuação estatal, o princípio da legalidade e do Estado de Direito se move em direção à cultura da justificação, notadamente da justificação por meio de um processo que incorpore elementos democráticos, direitos fundamentais, e elementos empíricos. Paralelamente, são desenvolvidos mecanismos jurídicos para a proteção de situações individuais em face da imprevisibilidade, como são exemplos os acordos firmados entre empresas e a Administração tributária a respeito de uma metodologia de cálculo do lucro obtido em operações dentro de um mesmo grupo econômico; o prazo decadencial de anulação de atos benéficos; ou mesmo pedidos de licenças e autorizações prévias, que antecipam juízos estatais sobre a regularidade de uma dada atividade. Isso não significa que a previsibilidade por meio de normas de conduta não deva ser buscada quando viável, e onde for mais relevante, mas deve-se estar ciente das suas limitações. Parece-nos que outros dois argumentos são mais fortes do que a previsibilidade a exigir, eventualmente, a preordenação normativa: a democracia e a necessidade de controle hierárquico sobre a atividade administrativa. A normatização prévia da atividade administrativa, além dos méritos mencionados, amplia potencialmente a participação da sociedade civil na construção das políticas públicas. Quando a Administração Pública pratica diversos atos específicos sem uma prévia base normativa (ainda que sejam eles harmônicos entre si, proporcionais, e voltados a uma finalidade de interesse público), ela fragmenta o debate sobre a política pública em implementação. Referido debate passa a ter como objeto relações específicas, geralmente bipolares; a ser travado no âmbito de processos administrativos ou judiciais contenciosos. Os argumentos em debate consistirão, basicamente, em direitos e garantias individuais." (MIRAGAYA, Rodrigo Bracet, *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos, cit., p. 134-136).

advogados públicos, dotados de capacidade técnica, postulatória e exercentes de nítida função de representação[324] do Estado, capacidade de realizarem acordos e escolherem os métodos de alternativos de solução de controvérsias por si mesmos, decorrente de processos internos previamente realizados que mostrem as vantagens e fundamentem adequadamente os motivos pelo quais, em determinadas hipóteses, é possível o acordo e como eles devem ser celebrados. Desta forma demonstra Bruno Miragaya:

> Já quando a Administração Pública põe em discussão a estrutura jurídica de uma política pública em desenvolvimento, amplia-se a arena de debate e as discussões passam a se centrar menos em visões individualistas de direitos e mais nas repercussões coletivas da política (suas consequências sobre os direitos de todos), e em direitos difusos como a boa administração. Isso dependerá da processualização da atividade administrativa normativa – diferentemente das virtudes citadas nos parágrafos anteriores (como o controle de princípios tal qual a isonomia), que se apresentariam mesmo em imposições normativas verticais (*top-down*).[325]

Por tudo isso, sobretudo versando sobre o processo de escolha na adoção de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, o que ganha especial relevo, por se tratar de uma política pública de resolução de conflitos, a processualização passa a ter uma relevância muito maior do que a mera expedição de normas (o que não significa que sejam dispensáveis, mas, pelo contrário, são necessárias para fins de segurança jurídica e transparência), mas sobretudo porque ela aparece como uma forma de participação da sociedade na construção dessa política.

2.1.2.1.2 A vontade e motivação administrativa

Embora tema de direito administrativo, é fundamental compreender como se realiza a chamada *vontade administrativa*, ou seja, se a vontade da Administração se confunde com um verdadeiro plano de governo ou se é somente a do agente administrativo ou gestor.

O *caminho do ato administrativo*[326] decerto parte da escolha do programa de governo, até a outra extremidade, quando um gestor público faz determinada escolha para a resolução de conflitos. Em relação à forma pela qual os conflitos entre a Fazenda Pública

---

[324] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral: introdução: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, t. 1.

[325] MIRAGAYA, Rodrigo Bracet, *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos, cit., p. 136.

[326] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, A superação do ato administrativo autista, *in Os caminhos do ato administrativo*, cit., p. 2

e o cidadão vêm sendo resolvidos, pouco mudou, conforme se vem demonstrando no presente trabalho: quase a totalidade dos conflitos acaba sendo resolvida no Poder Judiciário por meio da lide, pouco importando se o tema já conta com jurisprudência formada nos tribunais.

De outro lado, quando comumente se discute a vontade do administrador, costuma-se encarar a vontade da lei como idêntica à do administrador, o que é uma forma simplista de vislumbrar o fenômeno, numa clara escolha pelo processo democrático do plano de governo. Uma vez escolhido o gestor e um plano, por meio de elaboração de leis, estas exprimiriam a vontade do povo e, portanto, a lei, em última análise, exprimiria a vontade do povo, cabendo ao gestor a aplicação dela.

Porém, mostrou-se que mesmo na aplicação da lei há espaços para subjetivismos e interpretações. Note-se que por vezes o gestor e o legislador, que concorrem no plano legislativo (seja por medidas provisórias, leis ou mesmo decretos), simplesmente não elaboram as leis e normas, havendo um verdadeiro vácuo normativo na execução do plano de governo.

Tentou-se, portanto, demonstrar que por meio da processualização da *decisão administrativa*, substitutiva da mera elaboração de normas, há um ganho social, pois sublima-se a vontade da Administração para uma solução construída mediante o contraditório em administrador e administrado[327]. Hoje, por meio de uma norma geral para acordos, decorrente do artigo 26 da LINDB, associada à legislação que regula o processo administrativo, há muito espaço para processualização das decisões, para a elaboração de acordos administrativos resolutivos de controvérsias.

[327] "Sob tal ótica, o processo desempenharia função semelhante àquela que o princípio da legalidade estrita desempenhava há poucas décadas, que, da mesma forma, reduzia a importância da vontade do agente público, por enfatizar que a manifestação estatal seria fruto da mera aplicação da lei. Com a erosão da adstrição à lei formal, em função do aumento da sua abstração, o processo acabaria por pautar as decisões administrativas, suprindo a lacuna de legitimidade deixada pela lei. Contudo, as pretensões de objetivação da vontade estatal (substituindo totalmente a vontade do agente público, seja pela 'vontade da lei', seja pela *ratio* processual) não apenas superestimam a capacidade do direito na conformação do comportamento da Administração Pública, como não consideram por completo o panorama jurídico-institucional brasileiro." (MIRAGAYA, Rodrigo Bracet, *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos, cit., p. 35-36).

Ademais, não se nega que a vontade do administrador público tem grande influência nas escolhas feitas pela própria Administração. Negar tal fato é negar a própria forma de administração brasileira. Construir a ideia de que a população escolhe de fato um gestor ou legislador pelo seu plano de governo ou pelo plano de determinada sigla partidária é negar a tradição brasileira. Sabe-se, pelo contrário, que a realidade é a escolha pessoal, em busca da popularidade, pouco importando o partido ou plano. Assim, no final das contas, os políticos eleitos passam a contar com um *verdadeiro cheque em branco da população*.

Assim, ao construir o *staff* administrativo, nos escalões subalternos, muitas vezes os espaços, que deveriam ser técnicos, são ocupados por pessoas vinculadas a partidos, pouco importando sua capacidade técnica, conhecimento ou competência.

Independentemente de tais críticas, no modelo tradicional de ato administrativo, a autoridade competente verifica a existência de uma norma que o autorize à prática de determinado ato (no caso, a escolha de um método alternativo de solução de controvérsia) e, havendo a lei, e sendo ele a autoridade competente, faze a seguir o juízo de conveniência e oportunidade e, sendo o caso, pratica o ato.

A prática é quase unilateral e a possibilidade de controle desse juízo de conveniência e oportunidade é muito pequena. Há um grande campo para decisões mal tomadas e com baixo índice de participação social, sendo no máximo feita uma análise da conformação do ato praticado, frente à vontade concreta da lei. Nesse caso, o administrador age quase de forma automática, eis que não passa de um mero aplicador formal da lei.[328]

Defendemos que a melhor forma de construção da uma real vontade administrativa se dá por meio de processualização, ou seja, que exista um verdadeiro contraditório entre os múltiplos interessados na construção da solução e não se faça a externalização dessa vontade por mero ato administrativo.

---

[328] SOUZA, Rodrigo Pagani de. A legalização da teoria dos atos administrativos: apontamentos sobre os seus impactos na jurisprudência do STF. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 383-400; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 219-236.

Aqui notadamente há um grande ganho, primeiro por se conhecer a vontade inicial do administrado, que pode não ser a mesma no final do processo, após conhecer as ponderações dos demais atores; segundo porque, ao final, conhecendo o panorama completo, pode-se definir a melhor solução.

No caso dos conflitos envolvendo a Fazenda Pública de São Paulo, a escolha dos meios alternativos poderia se dar por meio da convocação dos grandes litigantes que enfrentam o Estado. Primeiro, chamando as entidades de classe de servidores, OAB e grandes bancas especializadas no tema. A partir dessa chamada, demonstrando o interesse do Estado em estipular formas alternativas de solucionar conflitos, como, por exemplo, no caso de determinada gratificação de servidores, poder-se-ia passar para uma segunda fase, demonstrando para as partes vantagens na conciliação ou mediação, a possibilidade de recebimento de valores mediante desconto à vista, em detrimento de precatório, e apostilando direitos com maior velocidade. Haveria também a participação dos interessados, podendo demonstrar o desejo ou não desse tipo de solução ou de que forma ela se daria.[329]

Assim, existem diversas formas que podem ser adotadas para permitir esse maior grau de participação social na construção de soluções jurídicas mais adequadas (dentre elas, as audiências públicas, a criação de conselhos com entidades interessadas etc.), no

[329] "Ademais, a realidade institucional da Administração Pública brasileira ainda se aparta do ideal afirmado no parágrafo anterior. Trata-se de uma Administração (ainda) estruturada, em boa parte, sobre o modelo hierarquizado, sob a forma de uma pirâmide, cujo ápice é ocupado pelo chefe do Executivo – político eleito e, portanto, com *political accountability*. E, muito em razão da falta de mecanismos de coordenação entre os diferentes órgãos setoriais que não conseguem responder sozinhos, adequadamente, a problemas intersetoriais, um grande volume de políticas públicas é efetivamente desenhado pelo chefe da Administração Pública, mesmo após consultas informais internas e externas (consultas informais que, como parece claro, não são suficientes para garantir a representação de todos os interesses envolvidos e a total transparência do processo decisório). Os mecanismos de participação social somente foram parcialmente institucionalizados no âmbito da Administração central – e, ainda assim, sob a forma de consulta pública, sem garantia de igualdade de representação de interesses. A jurisprudência não tem reconhecido um dever generalizado, do Estado, de abertura à participação efetiva nos processos decisórios. [...] Considerando tal contexto, seria prematura a eliminação da relevância da vontade do agente público, substituindo-a (ou objetivando-a) seja pela vontade da lei, seja pelo consenso no âmbito de um processo administrativo. Na verdade, a lei – ou, como parece melhor, o direito – e as preferências dos agentes públicos se entrelaçam com outros elementos (como dados empíricos e interesses sociais variados) num dado processo para dar origem à vontade estatal-administrativa, que se legitima não somente pela lei, não somente pela democracia representativa ou deliberativa, mas também pelo resultado (pela sua eficiência e pela boa administração). Variam as formas institucionais pelas quais se entrelaçam e a intensidade com a qual cada elemento se projeta sobre a vontade estatal. O direito tem papel fundamental na montagem dessa estrutura institucional, o que demanda a sua abertura para outras ciências sociais." (MIRAGAYA, Rodrigo Bracet, *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos, cit., p. 40-43).

que se refere à expressão da vontade do administrador na escolha dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Ao lado da vontade se encontra a motivação, ou seja, presentes os requisitos objetivos para a celebração do acordo, ou mesmo, no caso concreto, demonstrando ser vantajoso para Administração Pública, o acordo deve ser celebrado.

As consultorias jurídicas, órgãos de consulta da advocacia pública, ganham especial relevo, eis que são responsáveis pela análise jurídica do acordo a ser celebrado. Não se nega, contudo, que a Administração possa celebrar acordos sem a oitiva de tais órgãos, porém eventual omissão, ao não realizar a consulta jurídica, e que leve prejuízo ao erário, pode implicar responsabilização da autoridade.

2.1.2.2 Adequação

Como vimos, o critério da adequação à tipicidade do conflito apresentado é elemento essencial para a definição do tipo de ADR a ser utilizado. Embora a jurisdição estatal seja o mecanismo comum de solução de controvérsias pela Administração, a proposta deste estudo visando à possibilidade do uso da conciliação, mediação e arbitragem põe em discussão o clássico mecanismo adotado.

O administrador público deve analisar qual o método que melhor se encaixa ao conflito apresentado. Deve compreender o fenômeno de uma forma ampla, eis que a jurisdição estatal (mecanismo heterocompositivo), dentre as diversas opções que são a ele dadas em um sistema de justiça de múltiplas portas, é apenas mais um mecanismo de solução de controvérsias, ao lado das chamadas formas básicas ou primárias de solução de controvérsias, como a conciliação prevista no CPC, de uso possível pela Fazenda Pública (mecanismo autocompositivo), que pode ser endoprocessual ou exoprocessual, a mediação, também prevista no CPC, também endoprocessual, chamada de judicial[330], ou exoprocessual denominada de extrajudicial[331], e a arbitragem, decorrente da reforma da Lei n. 13.140/2015.

[330] Lei n. 13.140/2015: artigos 24 a 29.
[331] Lei n. 13.140/2015: artigos 21 a 23.

Como visto, grande parte dos litígios envolvendo a Administração Pública versam sobre direitos disponíveis que, em tese, seriam aptos a conciliação, mediação e arbitragem.

Embora não existam muitas diferenças quanto ao resultado obtido na conciliação e na mediação, grande parte das matérias do contencioso do Estado de São Paulo seria apta à conciliação, eis que envolvem eminentemente matérias ligadas a gratificações de servidores públicos, cuja tese da defesa estatal é sucessivamente derrotada nos tribunais.

Especificamente quanto à mediação, até mesmo direitos indisponíveis, mas transigíveis, típicos de políticas públicas, seriam aptos a essa forma de solução de controvérsias.

A par disso, seguindo o modelo paulista, a arbitragem vem sendo reservada ao chamado contencioso estratégico, envolvendo grandes somas de valores, projetos com financiamento internacional que necessitam de soluções rápidas e seguras que atraiam o investidor estrangeiro, transmitindo segurança e excluindo de certa forma o Poder Judiciário local do procedimento.

Tratando-se de arbitragem pelo Poder Público, surge ao administrador um especial dever de motivação de sua opção. Nesse sentido, comenta Marcelo Bonizzi:

> Isso significa que o Estado, embora tenha a liberdade de optar pela arbitragem, precisa motivar adequadamente sua escolha, expondo os motivos pelos quais esse método seria mais adequado à solução de determinado litígio do que a via judicial, justamente para atender a esse interesse público primordial já mencionado. [...] Em certa medida, deve haver um "procedimento de escolha" da arbitragem como meio adequado para resolver determinado litígio, de preferência previsto em lei específica.[332]

Dessa forma ganha relevo o aspecto da *adequação*[333] dos meios alternativos de solução de controvérsias ao litígio concreto, ou seja, qual é fórmula mais vantajosa para certo tipo de litígio.

---

[332] BONIZZI, Marcelo José Magalhães, Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado, cit., p. 159.

[333] Paulo Henrique Raiol Ostia analisa o critério da adequação não somente no estudo das *alternative dispute resolution* (ADR), mas também no *dispute system resolution* (DSD), no qual as partes podem customizar o modelo a ser adotado para a resolução de conflitos. Nesse sentido, afirma: "Quanto aos pontos de adequação ou critérios que guiam a aplicação do princípio, o sistema deve ser adequado i) quanto aos seus sujeitos, ii) quanto ao objeto do conflito, iii) quanto à sua finalidade. Estes são os planos subjetivo, objetivo e teleológico do princípio da adequação, que apresentam entre si relação de complementaridade." (OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de resolução de conflito*: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos. Dissertação (Mestrado) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 98).

Segundo Marcelo Bonizzi, especificamente no que tange à arbitragem, pode-se apontar alguns fatores a serem analisados, como o custo empregado na resolução da controvérsia, em relação ao próprio valor do litígio[334]; ii) o tempo dispendido na solução por meio da arbitragem, em cotejo com o tempo dispendido no processo judicial[335]; iii) a estratégia negocial, como o uso da obrigatório da arbitragem na obtenção de crédito internacional[336]; e iv) o grau de especialidade dos árbitros, em comparação com os juízes, a capacidade o Poder Judiciário em lidar com esse tipo de conflito.[337-338]

Dessa forma, quer-se crer que não apenas na arbitragem, mas também na conciliação e mediação envolvendo a Fazenda Pública, para as diversas espécies de litígios existem formas "adequadas" de solução, ou seja, cada litígio que a Fazenda Pública se envolve, de certo encontra uma forma mais adequada de solução.

---

[334] "O primeiro fator a ser analisado é o custo financeiro da arbitragem, que costuma ser muito alto, especialmente quando estão envolvidas entidades internacionais como a CCI (Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris), o que, já de início, permite descartar o fator 'custo-benefício' como uma das vantagens que a arbitragem poderia apresentar frente ao processo judicial." (BONIZZI, Marcelo José Magalhães, Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado, cit., p. 161).

[335] "A arbitragem é muito mais ágil que o processo judicial, mas o fator tempo não é exatamente um problema para o Estado, embora esse fator possa vir a ser importante em determinadas situações, como, por exemplo, quando da rápida solução do litígio depender a continuidade de obra pública importante. Nesse caso, basta que o Estado motive seu ato nesse fator (celeridade) para justificar a escolha pela arbitragem, pois é notório que o processo judicial demora muito para chegar ao final." (BONIZZI, Marcelo José Magalhães, Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado, cit., p. 161).

[336] "Também a facilidade de obtenção de crédito perante organismos internacionais, que exigem a adoção da arbitragem como condição para a concessão do financiamento, parece ser um fator que, por si só, justifica a escolha da arbitragem, mas apenas na medida em que o custo desse financiamento for vantajoso (ou estratégico) para a realização de obras públicas, a ponto de suprir, com folgas, o custo da própria arbitragem." (BONIZZI, Marcelo José Magalhães, Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado, cit., p. 162).

[337] "Mas, na verdade, o 'principal fator' que pode levar o Estado a escolher a arbitragem parece estar na 'complexidade' do tema em discussão, ou seja, quanto mais técnico e complexo for o tema, mais vantagens a arbitragem poderá proporcionar ao Estado. Isso decorre de uma constatação muito simples, facilmente perceptível, de que os juízes em geral precisam contar com perícias para resolver questões técnicas, as quais normalmente são muito onerosas e nem sempre satisfatórias quanto aos esclarecimentos prestados, enquanto que a arbitragem abre a possibilidade de contar com árbitros que sejam especializados no assunto em discussão." (BONIZZI, Marcelo José Magalhães, Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado, cit., p. 162).

[338] Veja-se que o Decreto n. 8.465/2015 vai no mesmo sentido, quanto ao requisito da adequação e discricionariedade, eis que prevê o artigo 9º, parágrafo 1º, que, no caso de celebração de compromissos arbitrais na situação de que trata o *caput*, a Administração Pública deverá avaliar previamente as vantagens e desvantagens da arbitragem no caso concreto, quanto ao prazo para a solução do litígio, ao custo do procedimento e à natureza da questão litigiosa. Além disso, o decreto trata do requisito de adequação no parágrafo 2º, eis que será dada preferência à arbitragem na necessidade de especialidade técnica (I - nos casos de litígios que envolvam análise técnica de caráter não jurídico) ou do requisito tempo (II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à adequada prestação do serviço ou à operação do porto; ou b) inibir investimentos considerados prioritários). E trata do uso da arbitragem independente de aditivo contratual no parágrafo 3º, eis que o compromisso arbitral poderá ser firmado independentemente de prévia celebração de termo aditivo para incluir cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de que trata o decreto.

2.1.2.3 Advocacia pública e autoridade competente: manifestação da vontade estatal

A realização da vontade concreta administrativa se dá na prática através da autoridade administrativa competente para a celebração do ato. Aqui ganha relevo a função do gestor, tanto na Lei de Mediação[339], quanto na Lei de Arbitragem[340] envolvendo a Administração Pública.

Ganha um especial relevo a necessidade da manifestação da vontade estatal por meio da autoridade, mas com o auxílio direto dos órgãos de advocacia pública. Note-se que essa participação da autoridade não é fenômeno exclusivo dessas duas leis, estando claro no artigo 26 da LINDB a importância dada a essa manifestação da vontade.[341]

---

[339] "Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. § 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria. § 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa. § 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia. § 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa. § 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa. § 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão."

[340] "§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º 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."

[341] Conforme Sérgio Guerra e Juliana Palma: "O compromisso pode ser celebrado por qualquer autoridade administrativa. Importante frisar que a Lei preferiu se referir à autoridade administrativa em detrimento da estrutura da Administração Pública, possivelmente para evitar debates sobre a capacidade jurídica de órgão, destituído de natureza administrativa, celebrar acordos. A dúvida sobre a capacidade convencional dos órgãos se colocou no tema dos contratos de gestão (como verdadeiros acordos de autonomia) do art. 37, § 8º, da Constituição Federal. Para evitar a celeuma, preferiu-se indicar como agente competente a autoridade administrativa. A LINDB não qualifica quem é essa autoridade administrativa. Aqui, o importante é verificar a alocação de competências conforme as normas que informam o funcionamento do órgão ou ente em que o acordo seja celebrado. Podemos compreender pelo menos cinco cenários: 1. Autoridade competente por especialidade. Caso haja previsão legal ou regulamentar de um órgão especializado na negociação e celebração de acordos, este será a autoridade competente, a despeito de eventual processo ser conduzido por outro agente que tenha a competência para emitir o ato administrativo em concreto; 2. Autoridade competente por hierarquia. No caso específico da avocação, a autoridade administrativa será aquela que tiver avocado a competência de órgão hierarquicamente inferior temporariamente, por motivos relevantes justificados e em caráter excepcional (art. 15, Lei nº 9.784/99); 3. Autoridade competente por delegação. A rigor, inexiste vedação à delegação da competência para transacionar, salvo se a celebração de acordos for de competência exclusiva do órgão ou autoridade (art. 13, Lei nº 9.784/99). Todavia, recomenda-se que a delegação seja medida excepcional e devidamente justificada nos termos do art. 12 da

Porém, é justamente na patologia que o tema ganha destaque, ou seja, quando o acordo é celebrado por autoridade incompetente, sem o auxílio dos órgãos de advocacia pública ou com usurpação da função desses órgãos.

No primeiro caso, quando a autoridade para a prática do acordo administrativo se mostra incompetente[342], se está diante de uma hipótese de violação do direito material, ou seja, trata-se de um problema de conformação do ato com requisito especial de forma, e nos parece que, nesse caso, não seja ele passível de convalidação. Nesse caso, portanto, a lei exige uma autoridade com uma especial capacidade legal para celebrar acordos. Discute-se, no entanto, se tal requisito poderia ser cometido a outra autoridade por meio de *delegação*[343], ou ainda se seria possível eventual *convalidação* quando, notando-se que o ato foi praticado por autoridade incompetente, poderia seria retificado por autoridade superior que detenha tal competência[344]. Trata-se de matéria controvertida, havendo correntes nos dois sentidos.

Lei Federal de Processo Administrativo, entendendo-se a delegação conveniente por motivos técnicos, sociais, econômicos, jurídicos ou territoriais." (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de, Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública, cit., p. 149-150).

[342] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Do contrato administrativo à administração contratual, cit., p. 74-82; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*: teoria do contrato administrativo e seu regime jurídico específico. São Paulo: Quartier Latin, 2012. cap. 4, p. 171-232.

[343] "4. Autoridade competente no ato complexo. Por vezes, o acordo administrativo tem natureza complexa, pois requer a manifestação expressa de mais de uma autoridade. É o caso, por exemplo, de um órgão de negociação de acordo distinto daquele com capacidade de celebração (como uma diretoria colegiada). Neste caso, a autoridade administrativa corresponde àquele com capacidade de exprimir a vontade e pactuar, mas as etapas preliminares devem necessariamente ser observadas sob pena de invalidação do acordo. 5. Autoridade competente geral. As quatro hipóteses antecedentes são situações excepcionais. De um modo geral, a autoridade administrativa para celebrar o compromisso do art. 26 da LINDB corresponde àquela com competência para emitir o ato administrativo no caso concreto. Esta autoridade poderá ser individual ou colegiada, a exemplo dos órgãos decisórios colegiados. Qualquer prerrogativa pública pode ser objeto de pactuação, como a prerrogativa sancionatória, fiscalizatória, adjudicatória etc. Não há objeto interditado no compromisso. A LINDB sepultou qualquer ordem de discussão sobre a tal 'indisponibilidade do interesse público' e o decorrente entendimento esposado por parte (minoritária) da doutrina no sentido de que os assuntos públicos são indisponíveis, negociáveis e transacionáveis. Isso porque o âmbito de aplicação do compromisso da LINDB é delimitado pela funcionalidade do instrumento, qual seja, 'para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito'. A LINDB condiciona a celebração do compromisso ao seu endereçamento a uma das situações jurídicas concretas na aplicação do Direito Público que lista: (i) irregularidade, (ii) incerteza jurídica ou (iii) situação contenciosa. Assim, a LINDB poderá envolver qualquer assunto público, desde que se destine a endereçar um dos problemas de legitimação do pacto. Essas situações podem ser agrupadas em duas dinâmicas consensuais: a dos acordos substitutivos e a dos acordos integrativos." p. 150. (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de, Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública, cit., p. 150).

[344] Nesse sentido, a doutrina discute se a vontade do Estado era manifesta quanto à prática do ato. Embora extremante controvertida, a possibilidade de tal convalidação é defendida na doutrina, em especial por: Carlos Ary Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ary, *Ato administrativo inválido*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 51) e Weida Zancaner (ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 68-73).

Pois bem, nos parece ainda que a prática de tais acordos não pode prescindir da participação dos órgãos de advocacia pública, eis que responsáveis pela orientação jurídica da Administração Pública.

Essa não participação poderia gerar a responsabilização direta do administrador, caso o ato venha a ser prejudicial à Administração e gere prejuízo ao erário. Nesse caso, não se pode concluir que a participação seja requisito de própria validade do ato, mas, uma vez praticado sem a devida consulta e constatados danos, deve ser averiguada a responsabilidade pela conduta. Há casos, contudo, que a própria lei exige desde logo a participação dos órgãos de advocacia pública, quando não há realmente como suprimir tal participação, sob pena do ato administrativo praticado ser nulo, ante o não atendimento de um requisito de forma.

2.1.2.4 A eficiência administrativa

Na elaboração de acordos, a atividade administrativa deve ser pautada pela eficiência[345], sob pena de tornar-se um ato burocrático, que decerto levará a um gasto

[345] "No plano da teoria econômica e de gestão, a busca de eficiência – e num plano mais amplo, de *efetividade* − pelas organizações públicas se consubstancia, em última instância, num imperativo de ordem *estratégica*, ou seja, num determinante de sua *legitimidade social*. Assim, no necessário plano *normativo* (ético) da *economia política do bem-estar,* pode-se vincular a ideia de eficiência, em íntima correlação material com a de economicidade, à obtenção do melhor resultado socioeconômico possível da *alocação* do conjunto escasso de recursos transferidos da sociedade para os entes estatais responsáveis pelo atendimento das múltiplas e urgentes necessidades de ordem pública ou geral. Tal posição, portanto, reconhece a importância da *racionalidade econômica* no complexo processo de tomada de decisão de investimentos/gastos públicos, no entanto, não lhe confere o *status fundacional* consagrado no conjunto de ideias e iniciativas político-administrativas conhecido, no mundo anglo-saxão, como *the new public management*. 2. A eficiência, erigida em princípio jurídico-constitucional, desvela o anseio social que fundamenta a exigência de um agir administrativo consentâneo com o enorme conjunto de legítimas, profundas e estruturais demandas coletivas e/ou difusas presentes em nossa perversa realidade socioeconômica, impondo-se, como direito subjetivo público fundamental, a existência de uma gestão pública competente, honesta, racionalmente fundamentada, transparente e participativa, propiciando-se, enfim, a concretização de uma Pública Administração efetivamente democrática. 3. O princípio constitucional da eficiência não pode, é fundamental que isso fique bem claro, suscitar entendimento errôneo no sentido de que, em seu nome, a legalidade seja, *pura e simplesmente*, sacrificada ou relegada a um plano inferior. Com efeito, estes dois princípios constitucionais da Administração devem *harmonizar-se, entre si e com os demais princípios correlatos*, permitindo ao gestor público atuar com eficiência, dentro da legalidade. 4. O enfoque material de ordem estritamente gerencial-econômica, neste cenário, não pode ser um valor absoluto, em função da necessária ponderação de valores imposta pelo Texto Constitucional, a fim de tornar efetiva a sua força normativa, e propiciar, assim, a necessária harmonização das Ordens econômica, financeira, tributária/orçamentária e social. 5. É fundamental, por fim, afirmar-se que, no duplo e complementar exame da *eficiência* e da *economicidade* dos atos públicos de gestão, não se admite mais considerar o *mérito* do ato administrativo como empecilho à atuação do Controle Externo, em especial, nas situações em que se possa, diante do universo fático, determinar, racional e fundamentadamente, qual a alternativa que melhor atende o interesse público. Tal constatação, destaque-se,

desnecessário de tempo e energia, tornando a busca pela solução judiciária até melhor do que a solução consensual administrativa.

Pode-se perceber que o atual texto de LINDB impõe que nas esferas administrativa, controladora e judicial não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos, sem considerar as consequências práticas da decisão. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Diversos autores buscam definir o princípio da eficiência administrativa, dentre eles Hely Lopes Meirelles:

> O que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. 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, ou seja "o dever da eficiência corresponde ao dever da boa administração".[346]

Partindo-se da lógica inversa, o administrador público, ao simplesmente não buscar pacificar suas relações com os cidadãos em uma multiplicidade de conflitos envolvendo o Estado e o administrado, atinge o grau de eficiência desejado? Ao não buscar uma solução adequada, estaria ele sendo ímprobo ou meramente ineficiente?

Aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o dever de eficiência deve ser buscado pelo gestor público, eis que:

> O princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público.[347]

---

reforça a tese de que a Constituição Federal autoriza e impõe a avaliação pelos Tribunais de Contas do conjunto amplo de questões que se referem ao chamado *mérito administrativo*." (BUGARIN, Paulo. Soares. O princípio constitucional da eficiência: um enfoque doutrinário multidisciplinar. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 87, p. 48-49 jan./mar. 2001).

[346] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 37.

[347] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 102.

Dessa forma, embora não podendo ferir o princípio da legalidade, cabe ao gestor buscar a melhor forma de resolver os litígios. Assim, havendo legislação que preveja o uso dos mecanismos básicos de solução de controvérsia, a conciliação e a mediação previstas no CPC e a arbitragem prevista na Lei n. 9.307/95, surge o dever de utilização de tais formas, quando se mostrarem vantajosas, não apenas para a Administração, mas para toda a sociedade.[348]

Nesse sentido também a posição de Diogo Moreira Neto:

> É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse de dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público.[349]

Por tudo isso, mostra-se que um dos princípios pelos quais o acordo deve ser guiado é o da eficiência, devendo inclusive haver a demonstração justificada nos atos motivacionais para que seja conhecido o caminho percorrido pelo gestor, ficando, portanto, explícito o ganho social e administrativo com a prática de atos céleres, práticos e com alto grau de resultados.

2.1.2.5 Análise econômica do uso de ADR pela Fazenda Pública

Um dos problemas que envolve tanto o direito quanto a economia diz respeito a analisar quando o uso de mecanismos alternativos de solução de controvérsias "vale a pena", e mais, definir se o "vale a pena" é um critério meramente econômico ou social.[350]

---

[348] "A eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios impostos à administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de direito." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 14. ed., cit., 2002, cit., p. 102).

[349] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Novos institutos consensuais da ação administrativa, cit., p. 154.

[350] Para George Stigler: "Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito [...] é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas." (STIGLER, George J. Law or economics? *The Journal of Law & Economics*, v. 35, No. 2, Oct. 1992. Nossa tradução).

Além disso, via de regra, as escolas de formação de pensamento ligadas ao movimento de meios alternativos de resolução de conflitos estão ligadas às escolas de pensamento social – *law and society*, afastando-se portando da análise econômica do direito – *law and economics*.[351]

Por conta disso, o administrador público ou advogado público, ao analisar a eventual opção pelo uso de mecanismos alternativos, se vê numa posição de avaliação de uma situação de custo e benefício, buscando assim um nível de bem-estar. Muitas vezes, contudo, falta informação para avaliar corretamente se há um ganho econômico para a Administração com a utilização de MASCs ou se abreviar o processo judicial seria somente um ganho para sociedade, aqui considerado o ganho não apenas econômico, mas também social.

Essa noção de bem-estar social é difícil de ser avaliada economicamente, em vista de não haver dados seguros dos custos dos processos judiciais e como a demora na

[351] "A AED tem sido alvo de considerável antagonismo por parte de muitos juristas. O jurista norte-americano Morton Horwitz escreveu, em 1980, na Hofstra Law Review, a seguinte observação: 'I have the strong feeling that the economic analysis of law has peaked out as the latest fad in legal scholarship'. Nove anos mais tarde, outro famoso jurista, Owen Fiss, escrevia na Cornell Law Review este comentário: '[…] Law and economics [...] seems to have peaked'. Contrariando estas sombrias previsões, a AED desenvolveu-se de forma rápida, tornando-se uma disciplina por mérito próprio. Segundo Richard Posner, 'Economic analysis of law has outlasted legal realism, legal process, and every other field of the legal scholarship. It is probably the major breakthrough of the last two hundred years in legal scholarship'. Posner, por ser ter formação de economista e atuar como juiz do Sétimo Circuito da Corte de Apelações dos Estados Unidos, certamente possui influência na capacidade de aplicar os conceitos de AED ao julgar determinado litígio, conforme é colocado muito bem pelo autor na obra 'Para além do Direito'. A Análise Econômica do Direito tem por base os métodos da teoria microeconômica. Os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Estes custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informação disponível no momento da avaliação. Esta análise de custo-benefício é consequencialista porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão, e não as causas que levaram à necessidade de tomar uma decisão. Os agentes econômicos preocupam-se com o futuro e não com o passado (uma vez que este não pode ser modificado). A AED é a aplicação de uma perspectiva de 'eficiência' às normas legais. A suposição que permeia é que a jurisprudência deveria avaliar as normas e os preceitos legais de acordo com um critério que determinasse se eles facilitam ou atrapalham o uso eficiente dos recursos. Quando avaliamos as normas e os preceitos legais de acordo com o grau que eles facilitam o uso de recursos escassos, estamos avaliando consequências que terão efeitos sobre toda sociedade. Nesse sentido, a AED pertence ao que é conhecido como ética consequencialista." (PORTO, Antônio José Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello (col.). *Análise econômica do direito (AED)*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2013. p. 12. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em: 22 nov. 2019).

resolução dos conflitos pelo Judiciário afeta a vida das pessoas: ou seja, como precificar o custo do processo na vida do cidadão?[352]

A partir de conceitos utilitaristas, procurou-se definir o bem-estar como a soma das satisfações pessoais dos indivíduos em sociedade. Nota-se que há uma percepção geral de que a Fazenda Pública, da forma como presta seu serviço jurídico de solução de problemas, ou seja, determinando que todos "busquem" seus direitos em juízo, não colabora com o bem-estar social.

Além disso, normalmente se busca vincular a noção de bem-estar à financeira, ou seja, quanto maior o preço de um serviço, menor bem-estar associado. Dessa forma, o custo processual, seja pelo valor do processo, demora e resultado obtido, causa na população, ao litigar contra a Fazenda Pública, um baixo índice de bem-estar.[353]

Uma das principais questões, quando se trata da Fazenda Pública em juízo, diz respeito aos seguintes fatores: i) o processo judicial é gratuito para o Estado e dessa forma ele pode demandar à vontade e por quanto tempo quiser, embora ressaltando ter gastos com funcionalismo e procuradores; ii) a existência de privilégios processuais facilitam as regras do jogo; iii) a impossibilidade de ter bens executados; iv) o pagamento por meio de precatórios, empurrando a dívida para gestões futuras; v) alguns gestores não se importam com a insatisfação popular, ou bem-estar, causados por esse sistema.

---

[352] "A avaliação custo/benefício faz-se num determinado contexto de preferências que se traduz num nível de bem-estar dos agentes. O bem-estar individual é medido pela utilidade que o agente retira da sua decisão, bem como das decisões que poderia ter tomado e não tomou (os custos de oportunidade). O conceito econômico de utilidade é bastante abrangente, refletindo não só bens materiais ou de consumo, mas também o grau de altruísmo que um indivíduo tem para com terceiros, incluindo bens não materiais (ou não mercantis) como a alegria, o amor ou a desilusão. Não há uma medida exata da utilidade individual, mas sim um conjunto axiomático que estabelece uma ordem ou hierarquização nas escolhas. O bem-estar social mede-se pela agregação do bem-estar dos indivíduos. Também aqui não há uma medida única de agregação, sendo o utilitarismo (a soma simples e não ponderada da utilidade individual) apenas uma possibilidade, talvez a mais habitual e não menos isenta de polêmica. Outra medida possível de bem-estar social é aquela desenvolvida por John Rawls e que consiste na preponderância absoluta dos indivíduos com menor utilidade na função de bem-estar social. A escolha da medida de bem-estar social obedece essencialmente a dois critérios: eficiência e desigualdade de utilidades. Geralmente não é possível obter mais eficiência sem aumentar a assimetria distributiva. O critério utilitarista prefere a eficiência à igualdade distributiva (a rigor, é neutro em relação à distribuição); a sociedade está melhor se em agregado tem um nível superior de utilidade. O critério rawlsiano prefere a igualdade distributiva." (PORTO, Antônio José Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello (col.), *Análise econômica do direito (AED)*, cit., p. 13).

[353] Sobre a relação de direito econômica: SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "direito e economia"? *In*: TIMM, Luciano Benetti (ed.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

Tudo isso fez com que o uso de MACS não "valesse a pena" do ponto de vista econômico para a Fazenda Pública. Por conta dessa posição, valendo-se do jargão econômico, não haveria porque se fazer barganha[354], pois a Fazenda Pública está totalmente em vantagem. Dessa forma, a decisão de não fazer acordo não se baseia numa relação em que se buscam os interesses, mas sim numa relação baseada em poder, e de certa forma econômica, pois vale a pena a princípio não negociar, ainda que, a longo prazo, a conta fique cara para o Estado.

Percebeu-se, porém, quando a Fazenda Pública passou a realizar negócios privatísticos, que o Judiciário seria um empecilho na busca de parceiros comerciais, ou seja, haveria um aumento no *custo da transação*[355] e, por conta disso, o desenvolvimento dos meios alternativos envolvendo a Fazenda Pública no Brasil se deu sobretudo com a arbitragem, nas chamadas ondas renovatórias.[356]

O Estado percebeu que o Judiciário era um elemento que afastava os investidores e também houve pressão de organismos internacionais, com *guidelines* impondo o uso da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, para a obtenção de empréstimos financeiros.

---

[354] Numa negociação, as partes o fazem seguindo as leis, o que muitas vezes pode ser pior do que se as fizessem diretamente. No caso da Fazenda Pública, com leis tão favoráveis, sequer há motivos para negociar. Dessa forma, Coase elaborou seu teorema sobre negociação baseada em direito de propriedade clara, ou seja, no caso da Fazenda, com o calote dos precatórios e a impossibilidade de excussão, se torna claro que dificilmente ela perde bens, e nos custos de transação, ou seja, custo da operação. Se compararmos com o processo judicial gratuito e demais vantagens, demonstra-se economicamente a falta de vontade da Fazenda Pública em barganhar.

[355] "Os custos de transação são os custos envolvidos em uma barganha, seja ela de bens, serviços ou direitos. Uma transação pode ser desmembrada em três estágios. O primeiro é a localização de um parceiro que queira barganhar. O segundo é a conclusão da negociação entre os parceiros, que pode incluir a redação de um acordo. Depois disso, em terceiro lugar, é necessário fazer que a negociação seja cumprida, o que implica o monitoramento do desempenho das partes e a punição de violações ao acordo. Assim, sinteticamente, os elementos do custo de transação podem ser divididos em custos de busca, custos de negociação e custos de execução." (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 105).

[356] Sobre custo de transação, aponta Ricardo Yamamoto, referindo-se especificamente à arbitragem: "Na doutrina portuguesa, Fernando Araújo associa a noção de custos de transação a três causas principais: (i) custos de redação do clausulado; (ii) custos de disciplina contratual; e (iii) contingências imprevistas. Mais abrangente no conceito, Vasco Rodrigues, por sua vez, afirma que 'os custos de transação são aqueles que as partes de uma transação suportam, para lá do preço do que é transacionado', englobando os custos de obtenção da informação necessária à transação (pesquisa dos agentes no mercado, qualidade e preço dos produtos), os custos de negociação e celebração do contrato (custo de oportunidade do tempo necessário a essas tarefas, custo de consultores e advogados, custo de formalidades legais, etc.) e os custos de fazer respeitar o acordo celebrado (custos de fiscalização do comportamento da outra parte, custos de recurso aos tribunais, etc.)." (YAMAMOTO, Ricardo, *Arbitragem e administração pública*: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos, cit., p. 19).

Assim, nos contratos administrativos em que se optou pela cláusula compromissória, buscou-se no fundo uma verdadeira gestão de riscos, ou seja, prevendo o custo do Judiciário e os custos da demanda, antecipar a forma de decisão do conflito por meio de uma Justiça privada, minimamente previsível, célere e em que as partes pudessem escolher especialistas e conhecessem de antemão as regras do jogo.[357]

Por fim, na arbitragem também se tem uma redução de comportamentos oportunistas, ou seja, evita-se, ou pelo menos se diminui muito, a chance do litigante eventual, que busca no Judiciário decisões para atrapalhar a execução do contrato ou obter vantagens que não foram negociadas antecipadamente, ou simplesmente inadimplir suas obrigações firmadas na avença.[358]

Ocorre que não estão presentes as causas que levam a Fazenda Pública a optar pela arbitragem em todas as demais relações jurídicas do Estado. Note-se que grande parte das ações da Fazenda Pública do Estado de São Paulo diz respeito a servidores públicos, ou seja, direitos ligado a relações vinculares estabelecidas com seus funcionários, em sua maioria relativas a gratificações e questões salariais.

---

[357] "Em virtude da racionalidade limitada dos agentes e da consequente incompletude intrínseca aos contratos, sabe-se que nem todos os problemas que exsurgem do cumprimento das obrigações contratuais podem ser antecipados ou previstos pelas partes no momento em que formalizam o contrato e maximizam o seu bem-estar, razão pela qual é quase inevitável a existência de omissões ou lacunas em suas cláusulas. Por outro lado, o comportamento oportunista de uma parte que pretende levar vantagem em relação à sua contraparte também nem sempre pode ser antevisto, porém, na medida do possível, deve ser coibido através de mecanismos de governança contratual [...] Esta escolha (*tradeoff*, em jargão econômico) não é isenta de custos, pois se é certo que reduz as despesas *ex ante* envolvidas no negócio, também tende a aumentar os custos *ex post* de litigância futura, notadamente aqueles relacionados à produção de provas para a devida informação e convencimento dos juízes ou árbitros. Portanto, a troca somente valerá a pena em termos econômicos se a probabilidade de litigância esperada, aliada aos custos desta litigância, for menor do que o custo marginal oriundo do aumento de horas de negociação e redação das cláusulas contratuais. Há uma particularidade relacionada aos custos de transação no âmbito dos contratos administrativos, pois os mesmos são celebrados mediante contratos de adesão, cujos termos já se encontram pré-formatados desde a publicação do edital para simples adesão pelo vencedor do procedimento licitatório. Destarte, não há margem para a negociação de cláusulas pelo agente privado, o que leva necessariamente à redução dos custos *ex ante*, mas tende a sobrecarregar os custos *ex post* durante a fase de execução contratual, seja em discussões no âmbito administrativo, seja em futura litigância. É com tais ponderações em mente que as partes de uma transação − incluindo o gestor público − têm que decidir quanto a prever um futuro recurso ao Poder Judiciário, à arbitragem ou a outros meios adequados para a solução de seus conflitos, sopesando os respectivos custos e vantagens de cada método para a hipótese de surgirem imprevistos ou lacunas durante a execução contratual." (YAMAMOTO, Ricardo, *Arbitragem e administração pública*: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos, cit., p. 20-22).

[358] PUGLIESE, Antonio C. Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168. Acesso em: 15 nov. 2019.

Como visto, para tais questões, nas quais não se tem qualquer indisponibilidade ou subjetivismo, a conciliação seria um meio alternativo adequado para a solução de controvérsias.

Nesse caso, contudo, vigora a regra econômica, pela qual a Fazenda Pública vem entendendo que "não vale a pena" fazer o acordo ou negociar.

Sobre o tema, Ury, Brett e Goldberg:

> O enfoque nos interesses pode resolver o problema subjacente ao conflito de uma forma mais eficaz do que uma abordagem direcionada para os direitos ou poder [...] O enfoque nos direitos, como acontece na litigância, ou no poder, como no caso de uma greve, deixa, geralmente, pelo menos uma das partes com a sensação de derrota. Assim sendo, a conciliação dos interesses tende a produzir um nível mais elevado de satisfação com os resultados do que a determinação dos direitos ou do poder. Se as partes ficarem satisfeitas, o seu relacionamento melhora e as probabilidades de recorrência do conflito diminuem; [...] Em suma, comparativamente com a abordagem centrada nos direitos ou no poder, o enfoque em interesses tende a produzir resultados mais satisfatórios, melhores relações de trabalho, menos recorrência de conflitos e, eventualmente, custos mais reduzidos. Numa generalização grosseira, uma abordagem baseada em interesses é, portanto, menos dispendiosa do que procedimento que privilegie os direitos ou poder.[359]

Nesse sentido, o Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial[360] também demonstra que a morosidade e o enfrentamento de litigantes poderosos causam prejuízo ao acesso à justiça.

---

[359] URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen, *Resolução de conflitos*: concepção de sistemas para reduzir custos de conflitos, cit., p. 46-47.

[360] "Os gastos incidentais criam barreiras para todos os setores da população, mas especialmente limitam o acesso à justiça para as populações de baixa renda. Os gastos incidentais da litigância incluem honorários advocatícios e taxas notariais, morosidade do Judiciário e custas processuais. Primeiro, a simples exigência de um advogado para representar as partes obsta o acesso à justiça, ainda que em algumas instâncias não possa ser evitada. Além disso, a padronização de taxas e os elevados honorários advocatícios pode impedir um expressivo número de indivíduos de procurar assistência jurídica ou aconselhamento. Em alguns países, os honorários do advogado dependem do número de recursos ou medidas judiciais adotadas, se o advogado vai sozinho a Corte ou dependendo da complexidade da demanda. Pode existir, em algumas instâncias, serviços de assistência jurídica ou defensoria pública, o que aumenta os custos dos procedimentos em face ao atraso que o acesso a esses programas pode impor. Em Trinidad e Tobago, por exemplo, os serviços de assistência jurídica gratuita levam em torno de 3 meses para processar os pedidos. Os atrasos no sistema Judiciário podem obstar o acesso à justiça através de diversas formas. Por exemplo, embora a demanda por serviços judiciais tenha aumentado as Cortes não têm sido capazes de proporcionar esses serviços. Dessa forma, em alguns países os processos podem levar até 10 anos para serem solucionados, diminuindo o seu valor, impedindo a devida recomposição do dano ou a realização completa da justiça. A morosidade também aumenta os gastos com advogados, impedindo as partes de levar uma demanda válida e justa, após as Cortes de 1ª Instância. Devido a um grande número de recursos disponíveis nas Cortes da América Latina, a morosidade causa fadiga e prejuízos, enfim, injustiça a ambas as partes. O terceiro tipo de gastos incidentais são as custas processuais. É importante que as custas sejam razoáveis, justas e compatíveis com a renda, para que não obstem o acesso ao sistema. As pessoas que apresentam uma demanda legítima têm

Dessa forma, cabe à Fazenda Pública determinar quando que se deve negociar com base em interesses e quando se deve valer do método econômico. Para tal, apontam Ury, Brett e Goldberg:

> Distinguimos três tipos de procedimentos: negociação, conflitos de custo reduzido e conflitos de custo elevados. A negociação baseada em direitos é em regra menos dispendiosa do que um conflito de direitos, tal como um processo judicial ou arbitral. Também uma negociação baseada em poder, caracterizada por ameaças, é geralmente, menos dispendiosa do que um conflito, em que essas ameaças são concretizadas.[361]

Visando a uma proposta de resolução de conflitos, Ury, Brett e Goldberg propõem a evolução de um sistema deficiente de resolução de conflitos para um sistema eficaz, em que a maioria dos conflitos é resolvida por conciliação de interesses, alguns através da determinação dos direitos e uma minoria mediante a determinação de poder.

No modelo atual da Fazenda Pública, temos um modelo ineficaz, eis que, em termos comparativos, poucos conflitos são resolvidos mediante a conciliação de interesses, ao passo que muitos o são através da determinação dos direitos ou do poder. Os autores assim concluem: "O desafio consiste em conceber um sistema que promova a conciliação de interesses, mas que permita igualmente uma determinação pouco dispendiosa dos direitos ou do poder, nos casos em que o conflito não possa – ou não deva − ser solucionado com base nos interesses."[362]

---

esse o direito de acesso à justiça, e as custas processuais não devem impedi-las de postular seus direitos. Mas também não é o caso de defender a supressão das custas processuais. Ao contrário, elas são necessárias em diversos tipos de processos e podem produzir recursos ao Judiciário. Os programas de reforma devem considerar a isenção das custas processuais para a população de baixa renda. Recentemente, o Peru e o Equador adotaram um sistema de custas processuais com isenções para certos casos. Além das custas processuais oficiais, algumas pessoas e empresas defendem a necessidade de incentivos informais para motivar o quadro de servidores, e em alguns casos também os magistrados, a processar e julgar demandas que de outra forma ficariam pendentes por anos. Essas taxas de processamento não necessariamente geram um benefício ao sistema, mas ao contrário são direcionadas como um benefício pessoal a um juiz ou servidor, contribuindo com a corrupção e obstando efetivamente o acesso à justiça." (DAKOLIAS, Maria, *O setor judiciário na América Latina e no Caribe*: elementos para reforma, cit., p. 42-43).

[361] URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen, *Resolução de conflitos*: concepção de sistemas para reduzir custos de conflitos, cit., p. 51. Levando em conta o direito norte-americano, concluem os autores que "os vários tipos de conflitos acarretam custos diferentes. Se a arbitragem eliminar grande parte dos procedimentos típicos de um processo judicial (investigação aprofundada, debates e intermináveis alegações) poderá ser muito mais econômica do que um recurso aos tribunais" (Ibidem, p. 52).

[362] URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen, *Resolução de conflitos*: concepção de sistemas para reduzir custos de conflitos, cit., p. 53.

2.1.2.6 Efeitos das cláusulas de ADR nos acordos celebrados pela Fazenda Pública

Pode-se concluir que o uso dos meios alternativos possa ocorrer por meio da inserção de cláusulas em contratos, ou as partes simplesmente estabelecerem um compromisso para tal uso.

Ocorre, conforme estipulação legal, que há nítida diferença de efeitos nessa estipulação, quando se trata de mediação e quando de arbitragem. Note-se que ninguém é obrigado a permanecer na mediação, devendo, contudo, comparecer na primeira sessão, quando estabelecida por contrato, ainda que para demonstrar que não permanecerá se valendo de tal método para solucionar o litígio[363]. Além disso, pelo fato de não ser obrigatório, ser regido pela informalidade e buscar-se consenso, as partes podem ampliar e reduzir a qualquer momento os limites do objeto a ser submetido à arbitragem. Assim, há que se reconhecer que se presente um eventual princípio delimitador na cláusula de mediação, ele decerto é muito mais elástico do que na arbitragem.

Aqui, realmente ser revelam as grandes diferenças entre eventual cláusula de mediação e a cláusula compromissória. No primeiro caso, as partes optam pela mediação, mas a momento algum abrem mão da jurisdição estatal e, dessa forma, não se constitui num pressuposto processual negativo. Por sua vez, e conforme aponta Luiz Fernando Guerrero, na arbitragem a presença de uma cláusula ou acordo, pelo qual a Fazenda Pública opta por afastar-se do processo judicial, representaria uma *falta de interesse de agir*, realizando-se como verdadeiro pressuposto processual negativo:

> A questão nos MASCs (ADR em português) estaria centrada no interesse de agir, na falta de necessidade do provimento judicial ou arbitral, sem se passar pelos demais métodos de solução de controvérsia não jurisdicionais.
> Em suma, a premissa deve ser a de que, em uma classificação ou em outra, pressupostos processuais ou condições da ação, não se pode deixar de utilizar o trabalho despendido no processo por meras questões formais; deve-se buscar a efetividade na medida do possível, destacando-se que tal busca também não pode ser absoluta. A procura por qualquer MASC é a efetividade, mas principalmente pela celeridade e pela satisfação das partes. Obviamente, também há limites nesses métodos e busca-se, cada vez mais, impedir que questões apresentadas no

[363] "Art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé. § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. § 2º *Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação*."

> seu curso venham posteriormente dar ensejo a demandas anulatórias, atrasando a prestação da tutela jurisdicional. Não importam, no entanto, os nomes e as classificações, em sim que tais fenômenos devem ser explicados e adequados, bem como se permita a total efetivação quer de qualquer método de solução, ou de qualquer processo, e, nesse sentido, a discussão ora travada ganha relevância.[364]

Note-se que, nesse diapasão, a presença de acordos para o uso de ADR especificamente acaba por aparecer como pressuposto processual negativo, ou seja, verdadeira falta de interesse no processo litigioso.

No processo arbitral, por sua vez, o árbitro deve ser o primeiro juiz a analisar a validade e eficácia da convenção de arbitragem, afastando, portanto, a jurisdição estatal, num sistema de *opt-out*. O efeito negativo da convenção de arbitragem está alinhado a outros efeitos, no sentido de evitar a rediscussão da cláusula arbitral no Poder Judiciário, garantindo assim uma certa proteção do sistema. Por conta disso, um dos primeiros elementos que se extrai é o prazo exíguo de manejo da ação anulatória, uma vez que prevê a lei que será nula a sentença arbitral, se for proferida com base numa convenção de arbitragem nula. No caso da mediação, a princípio as partes somente se comprometeriam, por absoluto dever legal, a comparecer à primeira sessão de mediação. Superado tal evento e não obtido acordo, ou desejo de se manter em mediação institucional, as partes estariam libertas ao processo judicial. Ademais, não nos parece haver o dever de suspensão do processo, enquanto não correr a sessão de mediação.

Adicionalmente, os acordos celebrados para uso de ADR por parte do Poder Público também apresentam o *efeito delimitador*[365]. Assim, as partes acabam por estipular quais os limites do conflito, tanto do ponto de vista objetivo, quanto a subjetivo, que querem ver resolvidos pela ADR.

Como se demonstrou, tendo em vista que na mediação a parte pode a qualquer momento abandonar o rito, não se pode atribuir a tal característica a mesma eficácia da cláusula compromissória no processo arbitral.

---

[364] GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 108.

[365] Para Luiz Fernando Guerrero, a matéria seve ser analisada em três pontos: i) as partes; ii) o objeto da arbitragem; iii) direitos e deveres decorrentes da convenção de arbitragem (GUERRERO, Luis Fernando, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, cit., p. 138).

2.2 Termo de ajustamento de conduta e os acordos administrativos

Os antecedentes históricos do TAC, referido na legislação como compromisso de ajustamento de conduta, dão conta de sua inexistência na redação original da Lei da Ação Civil Pública de 1985, embora seja esse seu ambiente natural e ali encontrar sua maior possibilidade de exercício. Com o advento do ECA em 1990, esse instrumento surgiu no artigo 211, mas somente com o artigo 113 do CDC efetivamente o TAC foi introduzido, com a reforma do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei n. 7.347/85.

Previa-se então que os órgãos públicos legitimados ao manejo da ação civil pública, prevista no *caput* e artigo 5° poderiam tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial.

Conforme consta da redação, a lei houve por bem excluir da possibilidade de elaboração do TAC os órgãos privados, restando somente aos colegitimados de natureza pública, dentre eles o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público e autárquicas, tal compromisso. Surge, portanto, questionamentos no que tange às autarquias, empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista. Parece-nos, contudo, que somente aqueles prestadores de serviços públicos poderiam tomar o acordo, afastando desde logo as fundações privadas e as empresas públicas prestadoras de atividade econômica ou nitidamente privatísticas e sem interesse social.[366]

A razão dessa limitação dizia respeito à natureza jurídica do TAC, justamente uma espécie de acordo que envolvia muito mais do que meros direitos disponíveis, como numa transação civil qualquer. Decorrência natural dos direitos transindividuais, metaindividuais e individuais coletivos ali presentes, era natural a exclusão de associações e sindicatos,

[366] Nesse sentido, a posição de Hugo Nigro Mazzilli: "Parece-nos que, quando se tratar de órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda que da chamada administração indireta (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), nada obsta a que tomem compromissos de ajustamento quando ajam na qualidade de entes estatais (quando prestem serviço público). Contudo, para aqueles órgãos dos quais o Estado participe, quando concorram na atividade econômica em condições empresariais, não se lhes pode conceder essa prerrogativa de tomar compromissos de ajustamento de conduta, sob pena de estimular desigualdades afrontosas à ordem jurídica, como é o caso das sociedades de economia mista ou das empresas públicas, quando ajam em condições de empresas de mercado." (MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades: atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*, v. 41, p. 104, jan. 2006. Disponível em: http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019).

órgãos de conformação nitidamente privadas. Deu-se por tanto ao TAC um caráter publicista e, portanto, uma relevante importância no cenário nacional dos acordos, sobretudo quando envolvem a Administração Pública.

Extraindo-se um conceito a partir da definição legal, pode-se apontar o TAC como verdadeiro acordo, pelo qual as partes se comprometem, mediante a constituição de obrigações comissivas ou omissivas, em se adequar aos termos legais, dentre aqueles diversos temas tutelados pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). Dessa forma, constitui um verdadeiro título executivo extrajudicial, com cominações, caso a parte descumpra os termos do acordo.

Quanto à natureza jurídica aponta Hugo Nigro Mazilli:

> O compromisso de ajustamento de conduta não tem natureza contratual, pois os órgãos públicos que o tomam não têm poder de disposição. Assim, não podem ser considerados uma verdadeira e própria transação, porque a transação importa poder de disponibilidade, e os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva, posto tenham disponibilidade do conteúdo processual da lide (como de resto é comum aos legitimados de ofício, como substitutos processuais que são), não detêm disponibilidade sobre o próprio direito material controvertido. Nesse sentido, o art. 841 do Código Civil corretamente dispõe que "só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação". Assim, o compromisso de ajustamento de conduta é antes um ato administrativo negocial (negócio jurídico de Direito Público), que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular (o causador do dano, que concorda em adequar sua conduta às exigências da lei). Assim, não podem os órgãos públicos legitimados dispensar direitos ou obrigações, nem renunciar a direitos, mas devem limitar-se a tomar, do causador do dano, obrigação de fazer ou não fazer (ou seja, a obrigação de que este torne sua conduta adequada às exigências da lei). Podem tais compromissos conter obrigações pecuniárias, mas, dados os contornos que a lei lhes deu, não devem ser estas o objeto principal do compromisso, mas sim devem ter caráter de sanção em caso de descumprimento da obrigação de comportamento assumida.[367]

Aponta o autor ainda sua opinião quanto à impossibilidade de TAC em sede de ação de improbidade administrativa.[368]

---

[367] MAZZILLI, Hugo Nigro, Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades: atuação do Ministério Público, cit., p. 104.

[368] "Nessa linha, o art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) veda a transação em matéria de defesa do patrimônio público." (MAZZILLI, Hugo Nigro, Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades: atuação do Ministério Público, cit., p. 104, nota 20).

Note-se, contudo, que embora não admitindo a natureza contratual, parte da corrente vê nos TACs *verdadeiro acordo*, decorrente de um procedimento com vistas a um determinado fim, não binário, mas consensual. Por sua vez, aponta Juliana Palma:

> A atividade administrativa processual não finda sempre com a edição de um ato administrativo, embora na maior parte das vezes assim o seja. Com a ênfase no processo, a manifestação administrativa final pode se caracterizar como um contrato ou um acordo administrativo, por exemplo. O processo em si pode ser tomado como um campo decisório sobre qual tipo de providência a Administração deve acatar, sem necessariamente ter de optar por uma solução dentre alternativas binárias, como aplicar, ou não, sanção administrativa. Afirmada a juridicidade dos acordos administrativos, a Administração tem plena legitimidade para firmar acordos substitutivos, como os termos de compromisso e os termos de ajustamento de conduta. Para isso também assume considerável importância o processo administrativo, cuja instrução confere subsídios para fixação do conteúdo das cláusulas dos acordos administrativos.[369]

Sobre o tema, apontam André Saddy e Rodrigo Azevedo Greco as sucessivas classificações da natureza jurídica do TAC:[370]

> Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 157) conceitua os TACs como ato jurídico complexo, característico da Administração Pública consensual e praticado entre Administração e administrado ou mesmo com outro ente público – neste caso, quando esteja em situação assemelhada à do administrado –, com o objetivo de substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta primariamente exigível por outra conduta secundariamente negociável, com a finalidade de possibilitar um melhor atendimento de interesses públicos. Carlos

[369] PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública*: estudo do processo administrativo normativo. Tese (Doutorado) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 197.

[370] "Muito se debate sobre a natureza jurídica dos TACs. São diversos os posicionamentos sobre o tema quando analisado o § 6º do art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública). Alguns entendem que se trata do instituto da transação previsto nos arts. 840 a 850 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), com a finalidade de prevenir ou pôr fim ao litígio mediante concessões mútuas, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inc. III do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) – cabível exclusivamente quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado. Para que esse ato bilateral ocorra, deve existir reciprocidade do ônus e vantagens, além de existir litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes. Outros preferem afirmar que os TACs seriam uma transação, mas com características próprias, pois seu objeto é a de defesa de direitos indisponíveis; portanto, indispensável é a aplicação dos princípios de ordem pública inerentes a tal condição. Há, também, quem entenda que os TACs sejam uma figura jurídica própria e autônoma, não se confundindo com o instituto da transação. Afirma-se que a aplicação de tal instituto aos direitos coletivos afronta não só o texto do Código Civil, como também atribui, equivocadamente, faculdades ao legitimado autônomo para dispor sobre o direito de titulares coletivamente considerados (FIORILLO; RODRIGUES; NERY apud PROENÇA, 2001, p. 124-125). Por fim, tem-se o entendimento de que os TACs são compromissos de adequação de determinada conduta ao ordenamento jurídico. Essa, que parece ser a corrente majoritária, entende que os TACs nada mais são que promessas do suposto infrator de, sob pena de sofrer cominações, adequar seu comportamento à lei, tal como ocorreria se esta jamais tivesse sido violada. Paralelamente a esses entendimentos e apesar de a Lei de Ação Civil Pública servir de base legal para a criação de regulamentos sobre TAC, no âmbito das agências reguladoras, parece mais correto o entendimento de que os TACs sejam atos administrativos negociais, assim como entende Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 310)." (SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo, Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios, cit., p. 181-183).

> Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011, p. 133), por sua vez entendem que: "A literatura denomina como acordos substitutivos na esfera administrativa os atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa. Acordos substitutivos são alternativas a atos administrativos sancionadores".[371]

Pois bem, da mesma forma, os autores seguem a linha de que os TACs seriam verdadeiros instrumentos consensuais suspensivos de sanções ou substitutivos, conforme o próprio parágrafo 6º do artigo 5º da Lei n. 7.347/85. Com efeito, apontam três principais características desses acordos: (I) a consensualidade, inerente de qualquer acordo; (II) a alternatividade, necessária à substituição ou suspensão; e (III) a finalidade pública, decorrente do interesse público específico. A junção de vontades, reforçada no contexto da administração consensual, busca de cada parte envolvida a vantagem em firmar tal instrumento. A convergência de interesses, dessa forma, é crucial para o sucesso de qualquer tomada de decisão administrativa e eficiência quanto à conformação da atuação administrativa.[372]

Importa para o presente estudo analisar qual grau de processualização dos TACs pode ser positivo para utilizá-los de forma mais ampla e torná-los instrumentos mais eficazes como meios alternativos de solução de controvérsias.

Já existem modelos, como os das diversas agências reguladoras, ANS, ANEEL e ANTAQ, nos quais há um certo grau de regulamentação para a realizar o acordo, que têm-se mostrado eficazes. Nesse sentido, ressalta-se a natureza susbtitutiva/suspensiva do processo administrativo sancionador.[373]

---

[371] SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo, Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios, cit., p. 171.

[372] Depreende-se que os TACs são instrumentos consensuais substitutivos ou suspensivos de composição de conflitos entre a Administração e, nos casos de procedimento administrativo sancionador, os infratores, com o fim de almejar interesses públicos específicos (SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo, Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios, cit., p. 171).

[373] "Assevera-se, assim, que a natureza jurídica do TAC em procedimentos sancionatórios seria de um ato administrativo negocial, constitutivo, emanado com discricionariedade e, preferencialmente, substitutivo. Tendo em vista as agências reguladoras que efetivamente instituíram os TACs, e não as MRCs, em seu regime jurídico sancionador, cabe neste tópico verificar que natureza jurídica cada uma dessas entidades concedeu aos seus TACs. Seguindo a ordem cronológica previamente estabelecida, é pertinente iniciar a análise pela ANS. Segundo a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, em seu art. 4º, § 1º, a 'celebração do termo de compromisso de ajuste de conduta implica a suspensão do respectivo processo administrativo', além de estabelecer, em seu art. 5º, inc. II, que o termo de compromisso de ajuste de conduta conterá, necessariamente, a cláusula da suspensão do processo administrativo. Depois, em seu art. 6º, impõe a condicionante para a suspensão, no caso o descumprimento do termo que acarretará a revogação da suspensão do processo administrativo. Por fim, determina o art. 8º que, cumpridas as obrigações assumidas no TAC, será extinto o processo administrativo. Fica clara,

Em vista dessa experiência exitosa no âmbito das autarquias reguladoras da União, o Estado de São Paulo poderia se valer dos TACs não apenas quando chamado pelo Ministério Público, em casos de políticas públicas em que são defendidos direitos coletivos pelo *Parquet*, mas sobretudo naqueles em que o Estado de São Paulo age como regulamentador de atividade, ou mesmo em casos em que exerce o poder de polícia, valendo-se do acordo para substituir ou suspender penalidades, cumpridas determinadas obrigações.

Nesse sentido, tal qual a nova LINDB estabelece requisitos para a celebração de acordos ("deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento"), nos parece que os TACs também devem ser claros quanto ao estabelecimento de obrigações e prazos para cumprimento, sob pena de sanções, bem como a possibilidade de execução do título extrajudicial.

Assim como em qualquer acordo, ou mesmo contrato, independentemente da teoria que se adote quanto à natureza jurídica da estipulação, deve-se ter um prazo para cumprimento, sobretudo em questões relativas a obrigações de fazer ou não fazer, como compensações ambientais, ou instituição de determinadas políticas públicas.

Note-se não ser possível utilizar o TAC para fins de instituição de determinada política e simplesmente não dar um prazo para sua realização. Nesse caso, seria a mesma

---

portanto, a natureza suspensiva e não substitutiva nos TACs realizados no âmbito da ANS. No mesmo sentido a ANEEL: 'ANEEL, que também instituiu o TAC por meio da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, não fixou de forma tão clara a natureza substitutiva ou suspensiva deste acordo, mas, em seu art. 5º, dispõe que 'a assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório correspondente, quanto ao seu objeto', bem como 'Outra agência que também possui TAC com natureza substitutiva é a ANTAQ. A Resolução nº 3259 – ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, estabelece, em seu art. 84, § 3º, que 'a multa prevista pelo inadimplemento do TAC deverá ser de, no mínimo, o teto da sanção pecuniária prevista em norma específica'. Aqui, a natureza substitutiva não é tão clara, mas se existe multa para o descumprimento do TAC é porque a natureza tende a ser substitutiva e não suspensiva. O problema é que o art. 87, § 2º, assinala que "quando subsistirem infrações administrativas a serem julgadas ou executadas após o cumprimento integral do TAC, o processo administrativo sancionador seguirá seu trâmite regular. Por sua vez a 'ANAC, que, em seu art. 2º, estabeleceu que o TAC visa a adequar a conduta do agente econômico por ela regulado 'às exigências previstas nas normas aplicáveis; ou às melhores práticas para garantir a segurança operacional ou manter a adequação do serviço público prestado ao usuário de transporte aéreo' (ANAC, 2011)'. Por fim a ANATEL que, por meio da Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, a qual aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, dispôs a possibilidade, 'a seu critério e na órbita de suas competências legais, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar, com os infratores, compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais' (art. 5º) (ANATEL, 2012)." (SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo, Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios, cit., p. 184-185).

coisa que não instituir a política, tendo a certeza de que esse acordo somente foi bom para quem devia cumprir a obrigação. Em se tratando de políticas públicas ou obrigações que envolvam diversas esferas da Administração ou uma multiplicidade de atores, como nos contratos, parece estar incluída a cláusula *rebus sic standibus*[374]. Caso contrário, justamente por ter essa natureza de acordo, as partes poderiam fazer um segundo acordo (recompromisso) ou eventualmente mudar alguma condição.

Como todo acordo, alguns elementos podem ser inseridos no TAC, sendo um deles a exigência de garantia de uma das partes quanto ao cumprimento da obrigação, que pode ser real, ou fidejussória, bancária, ou o acréscimo de multa moratória por atraso no cumprimento. Ademais, em casos de TACs substitutivos ou suspensivos de penalidades, costuma-se exigir a confissão da parte adversa, para que eventual culpa não seja mais discutida em juízo, no caso de execução da avença.[375]

Ademais, como qualquer outro negócio jurídico, e até mesmo os demais títulos executivos extrajudiciais, os TACs são passíveis de desconstituição via ação própria na Justiça. Assim, em se tratando de título executivo dotado de cargas eficaciais executiva e constitutiva, a ação a ser manejada deve visar a (1) desfazer o negócio ou invalidá-lo e, dessa forma, (2) retirar a sua carga executiva.

---

[374] "As agências reguladoras devem eleger, consensualmente, com os agentes econômicos, a via mais adequada para atingir o interesse público que elas devem proteger. Ao longo da vigência do TAC, as agências têm o dever não apenas de fiscalizar o seu cumprimento, mas, sobretudo, de verificar se as obrigações assumidas pelos agentes regulados estão efetivamente atendendo ao interesse público que se visa proteger. Afinal, esta é a finalidade última do TAC. Nesse sentido, é importante lembrar que é perfeitamente possível que, ao longo da vigência de um TAC, uma ou mais obrigações assumidas possam se tornar inexequíveis. Levando-se em conta a aplicação das regras do Código Civil aos TACs, caso isso venha a ocorrer, a obrigação será resolvida (art. 248), razão pela qual não se poderá, evidentemente, cogitar da aplicação de qualquer sanção ao agente econômico nessa hipótese. Por sua vez, o interesse público visado não terá sido atingido." (SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo, Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios, cit., p. 197).

[375] "A partir da premissa de que o TAC é um ato administrativo negocial, constitutivo, emanado com discricionariedade e com efeitos substitutivo ou suspensivo, haja vista ser um instrumento cuja função precípua é incentivar a consensualidade, assim, tendo como objetivo uma maior eficácia e celeridade na preservação e restauração de bens protegidos, bem como a inibição/cessão de supostas violações às disposições legais, regulamentares e contratuais, sendo sabedor de que, para que esse ato bilateral ocorra, deve existir reciprocidade de ônus e vantagens, entende-se que a assinatura do TAC não deve implicar, por parte dos agentes econômicos, o reconhecimento de ilícitos de qualquer natureza, pois a matéria de fato é posta em segundo plano diante da atuação negocial da administração pública, com isso, objetivando outros fins – via mais consentânea com o interesse público – não relacionados à confissão da infração. (MOREIRA NETO, 2003, p. 157). Nesse sentido, cumpre destacar que essa tem sido a posição adotada pelas agências reguladoras." (SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo, Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios, cit., p. 196).

Assim, podemos invalidá-lo por meio da teoria geral dos negócios jurídicos, porém o documento pode ser aproveitado para outros fins, inclusive como meio de prova, ainda não ilidirá caso seja anulado, cabendo eventual ação do colegitimado, inclusive o Ministério Público, que estará liberto para o manejo da ação civil pública.

2.3 O controle do acordo administrativo

Em se tratando de matéria afeta ao direito público, os mecanismos de controle da Administração são plenamente aplicáveis aos acordos administrativos para a escolha de mecanismo alternativo de solução de controvérsia.

Assim, o controle interno da Administração Pública e a sujeição a diferentes órgãos e esferas de controle externo também devem estar presentes, sobretudo por se tratar de mecanismos consensuais e com maiores margens de questionamentos dos atos e procedimentos pelos quais a Administração Pública realiza o acordo.

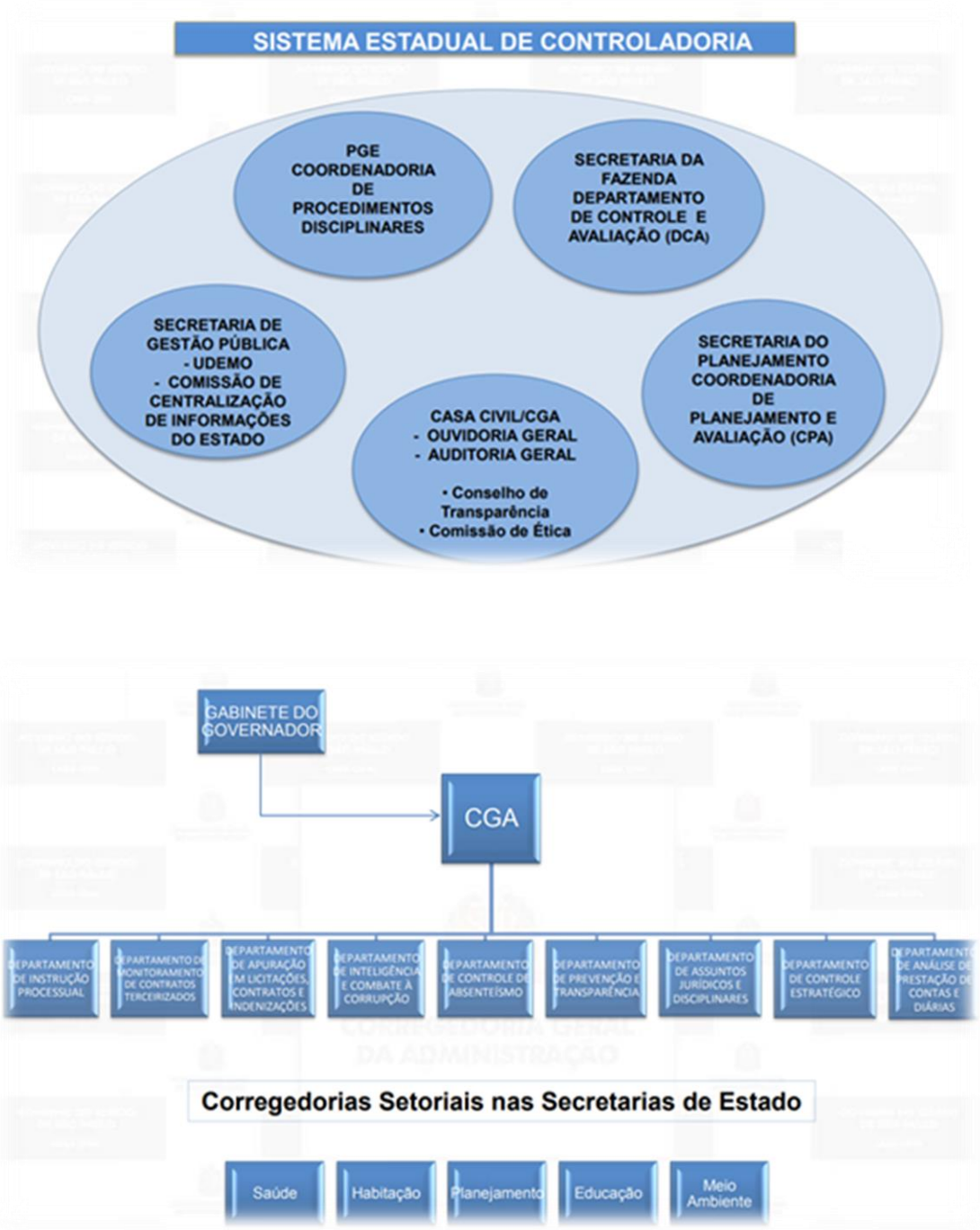
2.3.1 Controle interno

Via de regra, o principal mecanismo de controle interno decorre do poder de autotutela da Administração de rever seus atos. No âmbito do Estado de São Paulo, o sistema de controle de atos administrativos inclui a Controladoria Geral do Estado[376], a Corregedoria Geral da Administração, a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (PPD) e o controle interno de cada secretaria de estado que elabora eventual acordo. Destaca-se ainda que o Estado de São Paulo possui o Fórum de Combate à Corrupção no Estado de São Paulo (FOCCOSP), do qual participam diversos órgãos do próprio Estado e externos, no sentido de ampliar essa rede de controle.

A atuação desses órgãos é voltada para o controle de atividades ilícitas ligadas à corrupção, desvios em contratos ou questões disciplinares envolvendo servidores.

[376] Decreto estadual n. 57.500/2011.

Figura 8 – Sistema Estadual de Controladoria



Cabe aos demais órgãos estaduais, ao se constatar eventual irregularidade, transmitir à Pasta competente a informação, para fins de correição do ato, nos termos da Súmula n. 473 do STF (“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”). Isso porque a competência para revisão é do

superior hierárquico do órgão de origem, podendo dessa forma chegar até mesmo ao chefe do Executivo. Por sua, vez, às Corregedorias caberia a função disciplinar e à advocacia pública o manejo das competentes ações de reparação ou até mesmo de improbidade administrativa.[377]

A possibilidade de controle dos acordos administrativos praticados se dá no âmbito da própria secretaria de estado celebrante, e ainda pela PGE-SP que, como órgão da advocacia, possui condições de se manifestar sobre eventuais ilegalidades a serem praticadas.

Assim, ganha relevo no controle dos atos e acordos celebrados pela Administração Pública a função de consultoria jurídica a ser realizada, evitando que ilegalidades venham a ser cometidas.

2.3.2 Controle pelos órgãos externos

O controle externo da Administração Pública, no modelo constitucional brasileiro, é exercido pelo Poder Legislativo, por órgãos como os tribunais de contas, afetos ao próprio Legislativo, pelo Ministério Público e ainda por meio do *judicial review* feito pelo Poder Judiciário.

2.3.2.1 Controle pelo Ministério Público

Dentre as atribuições institucionais do Ministério Público, encontra-se a precípua função de controle externo das atividades o que se dá via de regra pelo manejo da ação

[377] "Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. O recorrente pretendeu ver reconhecida a legalidade de seu agir, com respaldo no verbete da Súmula 473 desta Suprema Corte, editada ainda no ano de 1969, sob a égide, portanto, da Constituição anterior. [...] A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi erigido à condição de garantia constitucional do cidadão, quer se encontre na posição de litigante, num processo judicial, quer seja um mero interessado, em um processo administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. Ou seja, a partir de então, qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Mostra-se, então, necessário, proceder-se à compatibilização entre o comando exarado pela aludida súmula e o direito ao exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, garantidos ao cidadão pela norma do art. 5º, inciso LV, de nossa vigente Constituição Federal." (STF – RG RE n. 594.296, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 21.09.2011, *DJe*, de 13.02.2012, Tema 138).

civil por atos de improbidade administrativa, ação civil pública para reparação de danos, para proteção dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio histórico, do patrimônio público e ainda para a proteção de interesses difusos e coletivos. Tendo em vista que o artigo 129, III, da CF traz como funções institucionais do Ministério Público a promoção o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, a instituição vem a cada dia ampliando seus mecanismos de controle, inclusive adotando órgãos de inteligência.

O problema aparece justamente quando o controle exercido pelo Ministério Público invade a seara do chamado *mérito administrativo*. No caso dos acordos, embora a reforma da LINDB tenha buscado dar segurança jurídica aos atos praticados pelos gestores, possivelmente o Ministério Público vai continuar questionando-os na Justiça. Não se pode negar que hoje o problema se encontra nos limites desse controle.[378]

Entende-se ainda que, em havendo a discussão acerca de acordos celebrados, ou mesmo de TACs firmados pelos órgãos públicos, tendo a outra parte, lesadora, como celebrante, todos signatários devem fazer parte de eventual ação em que se discute o acordo;

Conforme aponta Bruno Miragaya, pouco importa se o ato lesivo é contrato administrativo ou acordo (ou TAC), devendo eventual ação questionadora do ato ou contrato ser dirigida a todos aqueles que participaram da avença:

> Quanto à formação da relação processual para discutir uma relação jurídica administrativa, tampouco há distinção evidente entre atos administrativos e contratos. Se é pacífico na jurisprudência que, nos casos de contratos, há litisconsórcio passivo necessário dos contratantes nas ações que visam discutir a juridicidade da relação, nos casos de atos administrativos também há necessidade de serem chamados a integrar a relação processual aqueles cujos direitos podem ser diretamente afetados pela decisão jurisdicional. Entretanto, a distinção, feita pela jurisprudência, entre direito e expectativa de direito, para fins de avaliar a existência ou não de litisconsórcio passivo necessário, pode recomendar a utilização da forma de contrato, na medida em que os integrantes da relação jurídica contratual tornam-se imediatamente titulares de posições jurídicas – ou de 'direitos'. Assim, se a Administração Pública contratualiza com diversas pessoas uma dada interpretação de um regulamento a elas aplicável, a impugnação judicial desta interpretação por terceiros dependerá da chamada ao processo dos contratantes que seriam afetados. Por outro lado, se a Administração, internamente, constrói tal interpretação, ainda que com a participação dos interessados, e edita um ato regulamentar (por meio de portaria,

[378] Existem decisões jurídicas de toda ordem, ora garantindo maior possibilidade de controle judicial de atos discricionário, ora menor controle.

> por exemplo), um terceiro poderia impugná-lo sem chamar ao processo aqueles que seriam afetados pela desconstituição da portaria, caso entendesse que seriam meros titulares de 'expectativas de direito' (embora, se pretendesse a anulação de um ato específico praticado com fulcro na portaria, deveria também citar o destinatário ou codestinatário do ato).[379]

Caso o inquérito civil seja instaurado para coleta de provas de que houve irregularidades na elaboração do acordo ou do TAC, é natural que todos aqueles que fizeram o acordo devem ser chamados, na qualidade de litisconsórcio necessário.[380]

2.3.2.2 Controle pelo Tribunal de Contas

Os Tribunais de Contas são órgãos ligados ao Poder Legislativo, com a precípua missão de realizar o controle externo financeiro por parte desse poder. Não se nega às Casas Legislativas a capacidade de fiscalizar os demais Poderes, sobretudo o Executivo, mas esse controle, que se dá via de regra por meio da atividade diária do parlamentar, ou por meio de comissões parlamentares de inquérito, em muito se distancia da capacidade de controle de gastos exercido pelas cortes de contas, dotadas de amplo corpo técnico especializado em tomadas de contas. A previsão do exercício de controle por parte do Legislativo, feito diretamente, dar-se-ia por meio da sustação de atos do Executivo, mas é por meio das cortes de contas que o controle específico de acordos e contratos pode ser exercido:[381]

---

[379] MIRAGAYA, Rodrigo Bracet, *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos, cit., p. 275-277.

[380] "O processo judicial, ainda, tende a simplificar conflitos ao dividir os interesses em dois polos antagônicos, o que conduz a soluções binárias e, muitas vezes, insatisfatórias se analisado o seu impacto social num contexto mais amplo. Nestes casos, o recurso a mecanismos alternativos de composição, como a mediação administrativa ou judicial, ou ainda o acesso ao ombudsman, pode apresentar resultados mais satisfatórios quando estes mecanismos forem adequadamente estruturados (diga-se, dentre outras coisas, não repetirem a lógica binária do processo judicial). Também o poder de adjudicar, próprio do juiz, pode se revelar impróprio nos casos em que se discute uma relação criada após um processo de negociação, pois o Estado estaria, nesta hipótese, abrindo mão do exercício da autoridade num âmbito (administrativo) para exercê-lo em outro (judicial)." (MIRAGAYA, Rodrigo Bracet, *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos, cit., p. 277-278).

[381] "Segundo as normas constitucionais, o único mecanismo de controle direto e geral (sobre uma relação jurídica administrativa) de que dispõe tanto o Tribunal de Contas, como o Legislativo com a cooperação do órgão de contas, é a sustação do ato – diga-se, a suspensão da sua eficácia *ex nunc*. Para certos atos específicos – atos de admissão de pessoal e concessões de aposentadorias, reformas e pensões – há previsão de controle mais intenso, eis que, nos termos do artigo 71, III, eles apenas se aperfeiçoam com o registro pelo Tribunal de Contas: trata-se, nos termos da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal, de atos administrativos complexos, para cuja formação o Tribunal de Contas participa. Mas são hipóteses específicas, e não a regra geral de controle pelo Tribunal de Contas." (MIRAGAYA, Rodrigo Bracet, *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos, cit., p. 267).

Aponta Bruno Miragaya:

> Um segundo problema diz respeito à diferença de tratamento, feita pela Constituição, entre atos e contratos, para definir o órgão competente para promover a sustação: se o próprio Tribunal de Contas ou o Parlamento. Entendemos que as diferenças gerais entre uma e outra espécie não são grandes o suficiente para justificar um tratamento tão distinto, assim como as fronteiras demarcatórias entre elas não são fortes o suficiente para conferir segurança jurídica quanto ao procedimento a ser adotado. Que sentido faz, por exemplo, reservar ao Parlamento a decisão a respeito da sustação de um contrato de aquisição de serviço interno à Administração e deixar para o Tribunal de Contas a decisão de sustar um ato administrativo de autorização para aproveitamento de potencial hidrelétrico? A distinção entre atos e contratos, para tal fim, não nos parece ter qualquer racionalidade, que não a equivocada pretensão de conferir maior segurança aos contratos pelo simples fato de serem formalmente designados como tal. Se a intenção era a de conferir maior estabilidade às relações formadas pelo encontro de vontades da Administração Pública com terceiros, a maior complexidade para sustação também deveria se aplicar aos atos administrativos favoráveis (ou mistos), que dependem da iniciativa do terceiro. Enfim, deveria ter em conta não o resultado formal do processo de formação da relação jurídica, mas o próprio processo.[382]

A mesma discussão acerca a possibilidade de controle do mérito do acordo administrativo cortes de contas pode ser feita. Precipuamente, o controle a ser exercido é o financeiro, nos termos do artigo 74 da CF[383]. Problemas podem existir quando o controle financeiro e de mérito da Administração passam a ser muito próximos, como nos contratos de parceria público privada.

Em recente decisão referente à licitação da Linha 18 do Metrô de São Paulo, decidindo pela eventual ocorrência de conluio entre os licitantes, decorrente de representação realizada, o relator do processo no TCE[384] houve por bem entrar no mérito da própria construção da obra, função essa muito longe da mera análise financeira do projeto.

---

[382] MIRAGAYA, Rodrigo Bracet, *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos, cit., p. 272.

[383] CF: "Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União."

[384] TCESP: Processos TC−44.651/026/09 e TC–44.673/026/09.

Assim, aponta-se que o controle deve ser feito somente dentro dos limites financeiros e, em sendo o caso de proceder à sustação do ato, sem adentrar no mérito administrativo do acordo ou contrato.

2.4 Acordos de leniência e reparação ao erário

2.4.1 Apresentação e delimitação do tema: os problemas decorrentes dos cartéis e as intervenções nocivas à liberdade de concorrência

O fenômeno da formação de cartéis não é algo novo no cenário econômico mundial, tem sua origem na construção de grandes conglomerados econômicos no período posterior à segunda grande revolução industrial e decorrem da concentração de mercados de produção ou de serviços, em que empresas atuam como se fossem apenas uma: é o chamado *falso oligopólio*, em que se dá a aparência de que várias empresas atuam de forma independente, mas há a *sombra*, em que acordos são celebrados de forma não aparente, entre os diversos *players*, para controlar o mercado.

Os males desse tipo de atuação são conhecidos: impedem a concorrência do pequeno produtor, há controle do preço afetando os consumidores finais, imposição de políticas aos mercados nacionais, prejuízo à inovação tecnológica e efeitos sobre a concentração do mercado de trabalho, dentre outros.

O direito brasileiro, seguindo tendência mundial trouxe à baila, em 30 de novembro de 2011, a Lei n. 12.529, que trata da política nacional de defesa da concorrência, revogando a antiga Lei n. 8.884/94, modernizando a proteção do mercado.[385]

[385] No presente estudo, trataremos dos acordos de leniência, com foco na Lei n. 12.529/2011, tratando pontualmente da Lei n. 12.846/2013, que trata do acordo de leniência anticorrupção. Conforme aponta Victor Alexandre El Khoury M. Pereira, as principais diferenças entre ambas residem em: "No entanto, no campo da defesa da concorrência, as tais infrações pressupõem a existência de um cartel entre duas ou mais empresas. Por sua vez, quanto à LAC, para a prática da infração basta o concurso entre uma empresa e um agente público. Assim, 'a pessoa jurídica pactuante, indiciada ou ré, poderá indicar outras pessoas jurídicas. Ou poderá apontar outros agentes públicos (políticos, administrativos, judiciais), ou somente estes últimos'. Ainda com relação às diferenças, o acordo de leniência direcionado ao combate à corrupção trata de relações público-privadas, visa destruir esquemas de desvirtuamento no seio do Estado e recompor sua moralidade, enquanto o outro trata de relações exclusivamente privadas, tendo por escopo a desarticulação das atividades anticoncorrenciais e a restauração da moralidade do mercado. Outrossim, a leniência da Lei Antitruste pode alcançar todas as pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, bem como as naturais envolvidas no ilícito, sendo capaz de as livrar de toda e qualquer sanção, inclusive criminal. Já na

Diversos aspectos merecem ser aplaudidos no novo diploma legal, sobretudo a criação de uma política de preservação do mercado, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder.

Destaca-se como principal órgão o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), "entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal".[386]

Devem ser exaltados outros relevantes aspectos do novel diploma, como a imposição de infrações administrativas à prática de cartel, distintas daquela prevista na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica, e mais a inovadora possibilidade da celebração de *acordos de leniência*, nos termos do artigo 86 da Lei n. 12.529/2011, em um verdadeiro programa de colaboração entre empresas privadas e a Administração Pública.[387]

Lei Anticorrupção, a leniência não beneficia as pessoas físicas e, apesar de poder se estender às empresas de um mesmo grupo econômico, não se reverbera na esfera penal [...]." (PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 87, jan./jun. 2016).

[386] Artigo 4º da Lei n. 15.529/2011.

[387] Lei n. 12.529/2011: "Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1 . O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 2 . Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo. § 3 . O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 4 Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. § 5 . Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à

A principal característica do programa brasileiro de leniência diz respeito à permissão de que colaboradores pessoas físicas ou jurídicas confessem práticas de cartéis e anticoncorrenciais, e dessa forma obtenham vantagens em relação às penalidades administrativas[388] e penais[389]. Tal colaboração se dá por meio de um instrumento jurídico, do a*cordo de leniência*, que traz uma série de requisitos legais para sua celebração.

Conceituando o referido acordo, Modesto Carvalhosa[390] afirma tratar-se de pacto de leniência com natureza plurilateral que envolve os membros de cartéis e a Administração Pública, tratando-se de um verdadeiro prêmio que se dá ao delator. Não se pode negar que tem características de "meio de prova".

---

menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei. § 6 . Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas. § 7 . A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio. § 8 . Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada. § 9 Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.§ 10 Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.§ 11 A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.§ 12 Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento. Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo."

[388] Se a colaboração for efetiva e atingir o fim de obtenção de vantagem na proteção econômica do mercado e concorrência, haverá a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável às pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que tenham colaborado efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

[389] Lei n. 12.529/2011: "Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo."

[390] Segundo Modesto Carvalhosa, o acordo de leniência "consiste em pacto firmado entre o membro do cartel ou seus dirigentes e funcionários e o Estado – por intermédio do Ministério da Justiça – no qual fica consignado que, caso o proponente traga elementos de convicção suficientes ao desmantelamento do respectivo cartel, terá ele garantia de imunidade penal e administrativa. Trata-se de um prêmio abrangente para o membro delator do cartel investigado" (CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 372).

Pode-se concluir que se trata de ajuste de direito público, pois envolve a Administração e deve ser pautado sobretudo pelos princípios da administração pública insculpidos no artigo 37 da CF. Nesse sentido, embora se chame de acordo ou pacto, devem prevalecer as normas concernentes ao regime jurídico de direito público, calcado sobretudo na legalidade.

2.4.2 Breve análise das origens do modelo de acordo de leniência e o modelo adotado no direito brasileiro

O modelo brasileiro de celebração de "acordo de leniência" da lei anticoncorrencial sofreu profunda influência de diversos outros diplomas alienígenas, sobretudo o norte-americano, cuja análise breve compõe parte importante do estudo da matéria.

2.4.2.1 Modelo norte-americano

Afirma Maira Beauchamp Salomi que a origem histórica do acordo de leniência é o *Leniency Program* do direito americano, instituído pelo Departamento de Justiça norte-americano em 1978, o que:

> [...] permitiu que qualquer integrante de cartel celebrasse acordo com a autoridade antitruste; mas isto, desde que fosse o primeiro componente a delatar o conluio e antes mesmo de iniciada qualquer investigação, sendo pois, beneficiado com a concessão de "anistia" (*amnesty*) penal, isto é, não seria permitida qualquer acusação criminal contra ele em relação à conduta antitruste praticada e das sanções pecuniárias. O cumprimento das exigências legais para a celebração do acordo não garantia a anistia porquanto a concessão dos benefícios não era automática e estava sujeita a discricionariedade da Divisão Antitruste do Departamento de justiça norte-americano, órgão responsável especificamente pela apuração de conditas anticompetitivas.

Segundo a autora, tal fato gerou insegurança jurídica, levando o instituto à reformulação legal em 1993, quando surgiu o *Corporate Leniency Policy*, *Corporate, Amnesty Policy ou Corporate Immunity Policy*.[391]

Hoje o programa de leniência[392] é acessível tanto para pessoas físicas como para pessoas jurídicas (companhias) e tem como pressupostos a ausência de investigação prévia

[391] SALOMI, Maira Beauchamp. *O acordo de leniência e seus aspectos penais*. 2012. 293 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012. p. 138-139.
[392] Disponível em: https://www.justice.gov/atr/leniency-program. Acesso em: 20 nov. 2019.

por parte do Departamento de Justiça, a admissão dos delitos, a cooperação e que a empresa não seja o líder do esquema do cartel.[393]

Em consequência da alteração legislativa, houve um aumento dos acordos, de apenas um celebrado nos anos 1990, para mais de cinquenta em curso nos dias atuais, conforme relatório do Departamento de Justiça.[394]

2.4.2.2 Modelo europeu continental

O direito comunitário europeu vem tratando os acordos de leniência com muita severidade. Segundo o programa de leniência europeu, acessível em *site* próprio[395], a maior multa imposta a uma única empresa líder de cartel foi de 896 milhões de euros, e para o grupo formador do cartel, chegou-se à cifra de 1,3 bilhões de euros, ou seja, valor muito expressivo, de maneira a impedir tais práticas anticoncorrenciais.

Tal qual no modelo americano, existem *guidelines*, ou seja, um verdadeiro guia de programa de leniência, que foi, no ano de 2006, revisto e aprimorado, elevando inclusive o valor das multas que podem ser aplicadas. Assim como no direito americano, as empresas têm limites para apresentar os dados, ou seja, conforme a existência ou não de investigação, e dependendo do grau de colaboração, podem reduzir em muito as multas a serem aplicadas. Tais medidas vêm permitindo um aumento no número de adesões ao programa de leniência, tornando-se um verdadeiro sucesso no combate aos cartéis.

Conforme informação do programa

> Em essência, a política de clemência oferece às empresas envolvidas num cartel – 'a autodenúncia e entrega de evidências' − ou imunidade total de multas ou a redução depealidades que a Comissão teria de outra forma que lhes são impostas.

---

[393] "***Leniency Before an Investigation Has Begun***. *Leniency will be granted to a corporation reporting illegal activity before an investigation has begun, if the following six conditions are met: At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source; The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity; 3. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation to the Division throughout the investigation; 4. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials; 5. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and 6. The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity*." (Disponível em: https://www.justice.gov/atr/file/810281/download. Acesso em: 20 nov. 2019).

[394] Disponível em: https://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy. Acesso em: 20 nov. 2019.

[395] Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html. Acesso em: 20 nov. 2019.

> A adesão ao programa beneficia também a Comissão de Investigação, eis que permite não só para furar o manto de sigilo em cartéis cui operar, mas também para obter evidências por meio de um *insider* do cartel. A política de clemência também tem um efeito muito dissuasor sobre a formação do cartel e desestabiliza a operação de cartéis existentes, uma vez que implanata sementes desconfiança e suspeita entre os membros do cartel. E continua impondo os requisitos para celebração do acordo de leniencia: 'A fim de obter imunidade total sob a política de clemência, uma empresa que particiou de um cartel deve ser a primeira a informar a Comissão de um cartel sem ser detectado, fornecendo informações suficientes para permitir que a Comissão a lançar uma inspeção nas instalações das empresas alegadamente envolvida no cartel. Se a Comissão já está na posse de informações suficientes para lançar uma inspecção ou empreendeu um já, a empresa deve fornecer evidências de que permite à Comissão para testar a infracção cartel. Em todos os casos, a empresa deve cooperar plenamente com a Comissão também ao longo de seus procedimentos, fornecer-lhe as provas em seu poder e pôr termo à infracção imediatamente. A cooperação com a Comissão, que implica a existência eo conteúdo do pedido não podem ser divulgadas a qualquer outra empresa. A empresa não pode se beneficiar da imunidade se ela tomou medidas para coagir outras empresas a participar no cartel'.[396]

Da mesma forma que no direito americano, a empresa que delatou o esquema de cartel também deve ser a primeira a fornecer informações e não pode ser alvo de investigação prévia da Adminsitração Pública. As informações prestadas devem permitir o desmantelamento do cartel e ainda a empresa não pode se valer do acordo se coagiu os outros participantes do cartel. Por sua vez, se a empresa não preencher tais requisitos, ainda assim, a legislação permite uma redução nas penalidades de 20 a 30%.

2.4.2.3 Modelo brasileiro

Em um estudo comparado entre as legislações, temos como grande novidade da Lei n. 12.529/2011 a alteração da competência da autoridade celebrante do acordo de leniência.

O novel diploma destina essa importante função ao CADE, por meio de sua Superintendência-Geral, em substituição à antiga previsão da Lei n. 8.884/94, que conferia à União, por meio da Secretaria de Direitos Econômicos, a celebração do pacto. Dessa forma, concedeu-se um grau de autonomia maior para a autarquia de regime especial, criada com funções de regulação de mercado.

[396] Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html. Acesso em: 20 nov. 2019.

Ressalta-se ainda que houve uma ampliação do escopo do acordo, ao permitir que não somente o líder do cartel seja denunciante, mas todos aqueles que tomaram parte na manipulação concorrencial e, obviamente, tragam elementos probatórios na caracterização do cartel.[397]

Quanto aos efeitos penais, temos a suspensão do prazo prescricional e impedimento da denúncia por crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei n. 8.137/90 e na Lei de Licitações.

Além disso, os principais requisitos, elencados nos artigos 86 da Lei n. 12.529/2011 e 198 do Regimento Interno do CADE, têm como pressuposto a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação, e devem ser cumulativamente atendidos pelas empresas celebrantes:

> I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;
> II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;
> III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e
> IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.[398]

2.4.3 Modelagem do modelo brasileiro: o problema da multiplicidade de agentes de controle

Frutos do modelo brasileiro de *accountabilitty*, surgem diversos empecilhos que impõem um alto grau de insegurança jurídica nos acordos de leniência celebrados. Dentre eles, ressalta-se a multiplicidade de atores responsáveis pela gestão dos interesses públicos e sociais em disputa, quando se trata da celebração de acordos de leniência.

---

[397] Artigo 86 da Lei n. 12.529/2011.

[398] Conforme o parágrafo 2º do artigo 86 da Lei n. 12.529/2011, as pessoas físicas poderão celebrar acordos de leniência, desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º desse artigo.

Tome-se, por exemplo, o próprio manual do programa de leniência do CADE, que fornece a seguinte informação:

> É possível celebrar acordos de leniência antitruste diretamente com os Ministérios Públicos e ou/na esfera judicial? Não. Para a celebração de Acordos de Leniência Antitruste, a Lei nº 12.529/2011 determina que a autoridade competente é a Superintendência-Geral do CADE. Assim, ainda que haja o contato direto com o Ministério Público e/ou na esfera judicial para a negociação de Acordos de Leniência relativos em todo ou em parte a outros ilícitos, é necessária a negociação específica com o CADE do Acordo de Leniência Antitruste, que contará com a participação do Ministério Público com o interveniente anuente. A celebração de outros Acordos de Leniência com outras instituições (como, por exemplo, com o Ministério Público ou com a Controladoria Geral da União) não excluem a competência da Superintendência-Geral do CADE na celebração dos acordos de Leniência Antitruste nos termos da Lei 12.529/11).[399]

Daí se concluir que diversas instituições podem se opor, inclusive judicialmente, ao acordo de leniência do CADE ou, quando celebradas por elas, pode também haver a oposição dessa instituição.

Esse conflito institucional, calcado nas diversas competências constitucionais dos colegitimados no controle dos interesses públicos e patrimoniais da Administração e da cidadania, põe em risco a própria sobrevivência do instituto. Percebe-se, portanto, um aparente conflito entre os diversos papéis representados pela advocacia pública federal, pela Controladoria Geral da União (CGU), pelo Ministério Público Federal e pelo Tribunal de Contas da União.

Vale lembrar que o papel primordial da advocacia pública é o da defesa do erário e, no âmbito da União, tal mister cabe à Advocacia-Geral da União (AGU), instituição essencial à Justiça, criada pela CF de 1988 e instituída em 1993 por meio da Lei Complementar n. 73.

Nos termos do artigo 131 da CF, a instituição representa a União, suas autarquias e fundações públicas judicial e extrajudicialmente, sendo composta pelos órgãos de direção superior, de execução, de assistência direta e imediata ao advogado-geral da União e por órgãos vinculados.

---

[399] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programa de Leniência do CADE*. Brasília. 2017. p. 11. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019.

Além disso, no caso dos acordos de leniência, a AGU aparece em dois papéis: como instituição com *status* de Ministério e como órgão de advocacia pública do Conselho de Defesa Econômico, com uma missão específica e com relevante papel institucional, inclusive opinando e intervindo em acordos administrativos.[400]

Fazendo parte da estrutura da União, é esperada e obrigatória a sua atuação nos acordos de leniência. Ao lado dela, aparece a CGU, atual Ministério da Transparência, responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

A CGU também deve exercer, como órgão central, a supervisão técnica dos órgãos que compõem o sistema de controle interno e o sistema de correição das unidades de ouvidoria do Poder Executivo federal, prestando a orientação normativa necessária[401]. Suas atribuições se encontram na Lei n. 13.341/2016.[402]

---

[400] "Lei 12.529/2011: "Art. 15. Funcionará junto ao Cade Procuradoria Federal Especializada, competindo-lhe prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Cade; II - representar o Cade judicial e extrajudicialmente; III - promover a execução judicial das decisões e julgados do Cade; IV - proceder à apuração da liquidez dos créditos do Cade, inscrevendo-os em dívida ativa para fins de cobrança administrativa ou judicial; V - tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação de infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza; VI - promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Tribunal; VII - emitir, sempre que solicitado expressamente por Conselheiro ou pelo Superintendente-Geral, parecer nos processos de competência do Cade, sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo; VIII - zelar pelo cumprimento desta Lei; e IX - desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo regimento interno. Parágrafo único. Compete à Procuradoria Federal junto ao Cade, ao dar execução judicial às decisões da Superintendência-Geral e do Tribunal, manter o Presidente do Tribunal, os Conselheiros e o Superintendente-Geral informados sobre o andamento das ações e medidas judiciais. Art. 16. O Procurador-Chefe será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal, dentre cidadãos brasileiros com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório conhecimento jurídico e reputação ilibada. § 1 . O Procurador-Chefe terá mandato de 2 (dois) anos, permitida sua recondução para um único período. § 2 . O Procurador-Chefe poderá participar, sem direito a voto, das reuniões do Tribunal, prestando assistência e esclarecimentos, quando requisitado pelos Conselheiros, na forma do Regimento Interno do Tribunal. § 3 . Aplicam-se ao Procurador-Chefe as mesmas normas de impedimento aplicáveis aos Conselheiros do Tribunal, exceto quanto ao comparecimento às sessões. § 4 . Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Chefe, o Plenário indicará e o Presidente do Tribunal designará o substituto eventual dentre os integrantes da Procuradoria Federal Especializada."

[401] Disponível em: http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional. Acesso em: 20 nov. 2019.

[402] Lei n. 13.341/2016: "§ 14. Ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, no exercício de suas competências, cabe dar o devido andamento às representações ou denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde. § 15. Ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, por seu titular, sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumpre requisitar a

Notemos que haveria em tese a possibilidade desses dois órgãos do Executivo federal entrarem em conflito e, a partir daí, por conta de um certo grau de autonomia técnica institucional, concluírem por entendimentos jurídicos diversos quanto ao cabimento do acordo de leniência e o preenchimento dos requisitos legais.

Em se tratando de órgãos da Administração Pública e visando à ação conjunta de ambos, foi expedida uma proposta conciliatória, em prol da eficácia dos acordos de leniência e da segurança jurídica, a Portaria Interministerial n. 2.278, de 15 de dezembro de 2016, definindo procedimentos comuns para a AGU e a CGU.[403]

---

instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos, e avocar aqueles já em curso perante órgão ou entidade da administração pública federal, visando à correção do andamento, inclusive mediante a aplicação da penalidade administrativa cabível. § 16. Cumpre ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, na hipótese do § 15, instaurar sindicância ou processo administrativo ou, conforme o caso, representar a autoridade competente para apurar a omissão das autoridades responsáveis. § 17. O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU encaminhará à Advocacia-Geral da União os casos que configurarem improbidade administrativa e aqueles que recomendarem a indisponibilidade de bens, o ressarcimento ao erário e outras providências a cargo da Advocacia-Geral da União e provocará, sempre que necessária, a atuação do Tribunal de Contas da União, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos órgãos do sistema de controle interno do Poder Executivo federal e, quando houver indícios de responsabilidade penal, do Departamento de Polícia Federal e do Ministério Público, inclusive quanto a representações ou denúncias que se afigurarem manifestamente caluniosas. § 18. Os procedimentos e processos administrativos de instauração e avocação facultados ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU incluem aqueles de que tratam o Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e o Capítulo V da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e outros a serem desenvolvidos ou já em curso em órgão ou entidade da administração pública federal, desde que relacionados a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público. § 19. Os titulares dos órgãos do sistema de controle interno do Poder Executivo federal devem cientificar o Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU acerca de irregularidades que, registradas em seus relatórios, tratem de atos ou fatos atribuíveis a agentes da administração pública federal e das quais haja resultado ou possa resultar prejuízo ao erário de valor superior ao limite fixado pelo Tribunal de Contas da União para efeito da tomada de contas especial elaborada de forma simplificada."

[403] "A Advocacia Geral da União criou um verdadeiro 'caminho do acordo de leniência (após a portaria)' a fim de informar a população da atuação conjunta dessas duas entidades. O caminho a ser seguido é o seguinte: 1. A proposta é encaminhada à Secretaria-Executiva do Ministério da Transparência (CGU), com declaração expressa da empresa de que houve orientação sobre direitos, garantias e deveres legais. 2. A CGU comunica à Advocacia-Geral da União, que indicará advogados públicos para a composição da Comissão de Negociação. 3. Um Memorando de Entendimentos será enviado à empresa para formalizar a proposta e definir os parâmetros do acordo. 4. Assinado o Memorando, a Comissão de Negociação inicia a análise das informações prestadas pela pessoa jurídica. 5. O relatório conclusivo acerca das negociações será encaminhado ao secretário-executivo da CGU e ao secretário-geral de Consultoria da AGU. 6. A palavra final sobre a celebração do acordo de leniência caberá aos ministros da CGU e da AGU. Vejamos que a AGU aponta as seguintes inovações nessa atuação conjunta: O que a portaria muda em relação à atual forma de fazer acordos de leniência? Pela portaria, haverá a participação da AGU e da CGU em todas as fases, o que facilitará a tramitação do acordo. A celebração de acordos de leniência pode prejudicar as investigações da Lava Jato? Pelo contrário. A partir da celebração de acordos de leniência, a empresa contribui com as investigações, informando o modo e os autores das práticas ilícitas. O TCU e o MPF terão algum papel nos acordos? Sim, apesar de a portaria não incluir as instituições, pois se refere à tramitação no âmbito do Poder Executivo. Todos os órgãos de controle e aqueles que detém, pelo Estado, legitimidade para ingressar com ações de improbidade administrativa são atores importantíssimos nos acordos de leniência. O que impedirá a empresa que celebrar o acordo de ser alvo de ações de outros órgãos, como o MPF? O que se busca é fazer um acordo de leniência de Estado, ou seja, envolvendo todos os órgãos. A

Ocorre que, ainda que se possa pensar em uma normatização para fins de atuação conjunta da advocacia pública e da CGU, ambos órgãos do Poder Executivo, discute-se se seria possível atuação conjunta com o Ministério Público Federal[404] e o Tribunal de Contas da União, eis que dotados de autonomia constitucionalmente prevista.[405]

Atentando-se em especial ao papel do Ministério Público Federal, nota-se que a doutrina vem admitindo com certa tranquilidade o manejo de acordos de leniência de forma autônoma, sujeitando-os a homologação judicial[406]. Trata-se de entendimento diverso daquele já exposto, quanto ao manual de procedimentos do CADE. Dessa forma, surge um conflito quanto à possibilidade de conciliar a autonomia institucional do

---

intenção é buscar o entendimento entre os órgãos. Por que pode ser vantajoso, para a administração pública e para a sociedade, celebrar tais acordos com as empresas envolvidas em irregularidades em vez de simplesmente puni-las exemplarmente? A partir da celebração dos acordos de leniência, a empresa deverá ressarcir os danos, pagar multa, indicar os responsáveis pela prática ilícita, bem como adotar mecanismos de compliance para inibir ilícitos futuros. A empresa tem que contribuir com as investigações trazendo elementos novos, acelerando a persecução. Isso sem contar que, muitas vezes, a celebração do acordo pode acarretar a manutenção de empregos. Quantas e quais empresas já estão negociando acordos? O Ministério da Transparência (CGU), no âmbito da Operação Lava Jato, instaurou procedimentos administrativos de responsabilização (PARs) contra 29 empresas. Destas, três foram declaradas inidôneas (Mendes Júnior, Skanska e Iesa Óleo & Gás) e três processos foram arquivados por falta de provas (NM Engenharia, Egesa e Niplan). Com relação aos acordos de leniência, 12 estão em negociação." (PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M., Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), cit., p. 93).

[404] "Não obstante o posicionamento do Ministro-Chefe da AGU, muitos Procuradores da República, Auditores e Procuradores de Contas permaneceram reticentes quanto às repercussões, principalmente no âmbito judicial, dos acordos de leniência firmados isoladamente pela CGU. Em vista disso, o Ministério Público Federal se manifestou por meio de nota oficial: 'O MPF reconhece a competência da CGU para realizar acordos de leniência e pretende caminhar em harmonia com os demais órgãos e poderes da União, conforme ressaltado em recente reunião com o Tribunal de Contas. Contudo, entende o MPF que, a depender do modo de celebração desse tipo de acordo, ele pode ser prejudicial ao interesse público. O Ministério Público Federal entende que acordos de leniência, assim como os acordos de colaboração, só podem ser celebrados quando estiverem presentes três requisitos cumulativos: reconhecimento de culpa; ressarcimento, ainda que parcial do dano; e indicação de fatos e provas novos. Sendo necessária a comunicação de fatos novos e a entrega de novas provas sobre crimes, e estando a investigação dos fatos criminosos sendo desenvolvida, em parte, sob sigilo, é possível que a CGU tome, como novos, fatos e provas apresentados pela empresa que já estejam informados e comprovados na investigação. A análise de conveniência dos acordos passa pela análise da relevância dos fatos e provas informados diante dos atos praticados pela empresa e em relação aos quais ela pede leniência, bem como diante do que já está comprovado na investigação, englobando fatos públicos e sob sigilo. O MPF não se opõe a um acordo de leniência que cumpra os requisitos legais. Contudo, diante das circunstâncias do caso, parece inviável que a CGU analise se os requisitos estão sendo atendidos [...]'." (PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M., Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), cit., p. 93).

[405] CF: "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. [...] Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento".

[406] RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 862, p. 22-33, ago. 2007.

Ministério Público Federal, prevista constitucionalmente, com a competência do CADE, prevista na Lei n. 12.529/2011.

Pelo menos três correntes são possíveis: a primeira, a celebração de acordos de leniência autônomos, preservando as competências constitucionais, mas pondo em risco, sobretudo, o quesito *novidade da delação*, ou seja, informação hábil a desvendar o esquema de cartel. Tal proposta põe em risco também a segurança jurídica, eis que surgem *dois acordos distintos*, podendo haver a sobreposição de informações.

Uma segunda corrente propõe a participação conjunta de membros do Ministério Público Federal em acordos de leniência propostos pelo CADE e vice-versa. Nesse sentido, a atuação conjunta de eventuais colegitimados permitiria um maior grau de segurança jurídica, evitando questionamentos jurídicos quanto aos acordos celebrados. Por outro lado, põe-se em dúvida a capacidade de articulação dessas instituições e mais, a autonomia funcional prevista para os membros do Ministério Público Federal permitiria até mesmo que um membro que não participou do acordo, e venha a discordar da atuação, passe a impugnar o acordo celebrado por outro membro.

Uma terceira corrente conciliatória diz respeito à repartição de competências, reservando a competência criminal ao Ministério Público Federal e a competência administrativa ao CADE.[407]

Tal posição também impõe um grau de insegurança jurídica, eis que não impede questionamentos na jurisdição estatal e eventuais conflitos entre os dois acordos celebrados. Ademais, não há qualquer previsão legal nesse sentido e, se houvesse, decerto seria questionada quanto à sua constitucionalidade.

[407] Conforme aponta Victor Pereira, tratando de acordos de leniência na esfera da Lei Anticorrupção: "Ora, ainda que o Advogado Geral da União sustente, com base no teor do art. 18 da Lei Anticorrupção, que a leniência não provoca qualquer reflexo na esfera penal, há de se observar que eventuais problemas em relação ao avanço e sucesso das investigações criminais causam a insuficiência de provas, que tem, sim, repercussão nociva no que atine ao oferecimento de uma denúncia, por exemplo. Ademais, o art. 16, parágrafo 2º, da mesma lei, corrobora com as preocupações das vozes contrárias à AGU. Porquanto a proibição da sanção descrita no art. 19, inciso IV, carrega em seu conteúdo a descabida possibilidade do Poder Executivo interferir nas atribuições jurisdicionais do Poder Judiciário, o que representa afronta ao princípio da separação e independência dos Poderes (cláusula pétrea)." (PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M., Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), cit., p. 94).

Aparentemente, da forma como a legislação trata o tema, restam diversas formas de questionamento da validade dos acordos de leniência celebrados. De certo, o tema passa obrigatoriamente pela separação de poderes e quais os limites reservados constitucionalmente para cada poder, e até onde cada instituição pode agir.

Pode-se concluir que esse grau de insegurança jurídica, decorrente das incertezas impostas pela legislação e, por que não, pela Constituição, podem comprometer importante trabalho que vem sendo feito no combate aos cartéis e ao livre desenvolvimento do mercado.

Uma alternativa dentro do sistema jurídico brasileiro seria a previsão constitucional desse instituto, trazendo os balizamentos e limites de participação de cada instituição. Dessa forma, estariam de certa forma asseguradas a forma e as competências, evitando-se assim questionamentos e conferindo um maior grau de segurança jurídica ao instituto.

2.5 Acordos de improbidade administrativa e a posição do Estado de São Paulo

Embora o tema não seja específico do presente trabalho, eis que eventual acordo em ação de improbidade administrativa ocorreria após o ajuizamento da ação, algumas considerações devem ser feitas, eis que o Estado de São Paulo, por meio de sua Procuradoria Administrativa, que produz conteúdo vinculante para toda a Administração, já fixou posição contrária à possibilidade, mesmo com o advento da Lei de Mediação trazendo no seu bojo uma cláusula geral para acordos e do artigo 26 da LINDB. Dessa forma, o tema ganha relevância num cenário ainda em construção, para solução de controvérsias e testes de seus limites. Ademais, a própria Lei de Mediação prevê que, nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa, ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do ministro relator.[408]

[408] "Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União e parágrafo 4º."

A Lei de Improbidade Administrativa é textual ao proibir acordos, eis que em seu artigo 17[409], parágrafo 1º, veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade.

A posição geral seria a da impossibilidade de acordos administrativos em ação de improbidade. Nesse sentido, a PGE-SP também seguiu tal entendimento, conforme o Parecer PA n. 21/19. Os antecedentes da consulta formulada dão conta de ofício enviado pelo procurador geral de justiça visando a um posicionamento oficial do Estado de São Paulo, isso porque, além do novo diploma legal que em tese permitiria o acordo extrajudicial, ou seja, fora do âmbito do processo, necessitaria inclusive da participação dos órgãos de advocacia pública, conforme disposto no artigo 36, *caput*.

Além disso, conforme consta do relatório do parecer, órgãos de imprensa divulgaram que, no caso em testilha, a Odebrecht já pretendia fazer acordo, pondo em risco a posição de outros supostos corréus.[410]

Os antecedentes históricos da Lei de Improbidade e sua forte influência do direito penal, por isso só já demonstrariam a impossibilidade de transacionar. Tais argumentos hoje não se sustentam, eis que, embora não se negando a aplicação dos princípios do direito penal à Lei de Improbidade, ela tem tripla origem: *penal*, pois é sancionatória, *civil*, pois tem caráter reparatório e *administrativa*, pois impõe penalidades e proibições de direito administrativo, e mais, é dirigida à proteção e tem como sujeitos administradores, bem como aqueles que, em associação a esses, causaram prejuízos, danos e violaram princípios administrativos.

Ademais, com o surgimento da transação penal na Lei dos Juizados Especiais, surge mais um motivo para se transacionar na Lei de Improbidade. O fato dessa lei ser anterior à Lei dos Juizados Especiais Penais, à Lei de Delação Premiada, à Lei de Acordo de Leniência e à Lei de Mediação não impediria a aplicação dos acordos.

---

[409] Tratando da ação principal: "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". Ação cautela de sequestro: "Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público."

[410] Disponível em: https://painel.blogfolha.uol.com.br/2018/11/07/veto-a-acordo-da-odebrecht-em-sao-paulo-poe-em-risco-negociacao-com-outras-empresas/. Acesso em: 15 out. 2019.

Outro argumento utilizado pela PGE-SP para se posicionar contrária à celebração do acordo em improbidade administrativa foi:

> A alusão no § 4º "Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa" não implica reconhecer a viabilidade de que tal composição alcance a própria ação de improbidade e todas as matérias inseridas em seu escopo, que podem incluir desde a reparação integral dos danos até a aplicação das sanções previstas na LIA. Parece-nos que o dispositivo refere-se tão somente ao conteúdo em relação ao que poderia haver em algum tipo de disposição, o que ocorreria, por exemplo, com o pagamento da integralidade do dano por aquele que causou. Tal circunstância, porém, não permitiria uma liberação quanto a aplicação de sanções previstas na Lei de Improbidade, e, na nossa opinião, não configuraria propriamente um acordo ou transação mas reconhecimento de um fato.

A partir daí a parecerista entendeu que o fato do parágrafo 4º estar inserido na Lei de Mediação implicaria que o assunto deveria ser interpretado à luz daquela lei, e dessa forma conclui que a apuração e aplicação de sanções por improbidade administrativa não se insere, considerado o conjunto do ordenamento jurídico, no escopo de Lei de Mediação.[411]

Por fim a autora do parecer da PGE-SP entendeu salutar que se instaurasse o debate legislativo acerca da possibilidade e eventuais condições e limites para transação no âmbito da improbidade administrativa[412]. Dessa forma, a posição oficial do Estado de São Paulo foi pela necessidade de elaboração lei específica para fins de acordo em improbidade administrativa.[413]

Ocorre que, com o advento da nova Lei de Mediação, começa a ganhar vozes posição no sentido da existência de *cláusula geral de acordo*, permitindo a avença inclusive em improbidade administrativa. Em que pesem tais argumentos, entende-se que é possível o acordo administrativo para evitar ou encerrar ações de improbidade administrativa.

Por primeiro, já foi demonstrado que acordos em processos penais já são uma realidade e vêm ocorrendo desde a Lei dos Juizados Especiais Penais, seja como suspensão condicional do processo, o chamado *nolo contendere*, seja com a suspensão condicional da

[411] Parecer da lavra da Dra Luciana Saldanha Gasparini, fls 2.
[412] Parecer da lavra da Dra Luciana Saldanha Gasparini, fls. 3.
[413] Para a autora, prevalece o princípio da especialidade no conflito aparente de normas e mais, uma lei impediria a ampliação de tal instrumento, evitando assim casuísmos em sua aplicação.

pena, o já existente *sursis*. Por sua vez, a Lei de Acordos de Leniência é muito clara ao permitir tais acordos em condutas que podem ser consideradas muito lesivas. Aliás, são comuns as conditas praticadas pelas empresas em cartel e o prejuízo ao erário em associação aos agentes. São, portanto, leis que caminham de forma conjunta;

A Lei de Mediação traz, conforme já defendemos, não só um permissivo genérico para elaboração de acordos administrativos, mas também um permissivo específico, constante do referido artigo 36, parágrafo 4º.

Note-se que a lei é tão específica que trata justamente dos requisitos para a celebração do acordo.

Ainda que não fosse, conforme demonstramos, a cláusula geral de acordos do artigo 26 da LINDB permitiria a celebração de acordo em ação de improbidade. Um primeiro argumento seria o da revogação, por parte da Lei de Mediação, do artigo 17, parágrafo 1º, da Lei de Improbidade, que proíbe acordos que tenham essa temática.

Dessa forma, o campo para o acordo já estaria aberto, sendo plenamente possível a celebração. Para tanto, deveria haver uma processualização do rito procedimental para celebrar o acordo, o que é possível mediante o uso da Lei estadual de Processo Administrativo e ater-se tanto aos parâmetros da Lei de Mediação quanto da LINDB.

Respeitados tais limites, e havendo tese consolidada nos acordos substitutivos/suspensivos das sanções administrativas, como visto em relação às agências reguladoras, sobretudo da União, perfeitamente possível o estabelecimento de um rito e limites para a celebração da avença.

Não se nega que seria salutar a existência de um decreto regulamentador, tal qual nos acordos de prevenção de dano já tratados, porém a inexistência de tal decreto não impede a realização dos acordos já liberados pelas outras normas citadas.

CAPÍTULO III − NEGOCIAÇÃO E DESENHO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. *DISPUTE SYSTEM DESIGN* E O PAPEL DA FAZENDA PÚBLICA

Tendo em vista que na elaboração de acordos, seja para a estipulação do meio de solução de controvérsia, seja para a solução do próprio mérito, são incluídas cláusulas genéricas do conjunto normativo composto pelo CPC, pela Lei de Mediação, pela Lei de Arbitragem, e pelo artigo 26 da LINDB, passo importante passa a ser o estudo da fase de negociação, bem como a possibilidade de a Fazenda Pública construir um modelo de disputa baseado no caso concreto.

Tal tema ganha relevância no sentido de se obter parâmetros para melhor aplicar a técnica da negociação e da *DSD*, matéria trazida do direito estrangeiro e adaptada à realidade brasileira.

3.1 Negociação e Fazenda Pública: abrindo mão da superioridade

Os dados apresentados no presente trabalho demonstram como a judicialização da relação Fazenda Pública e cidadão vem aumentando a cada dia. Busca-se, por meio do uso de mecanismos alternativos que essa processualização diminua. Já demonstramos que a conciliação, a mediação e a arbitragem podem ser mecanismos de solução adequados para determinados litígios, afastando assim a decisão do Judiciário.

Para tanto, o estabelecimento de acordo administrativos passa a ser uma importante ferramenta, seja para determinação do meio alternativo a ser utilizado, seja para a resolução do próprio conflito.

Uma etapa importante antes do estabelecimento do acordo administrativo diz respeito à negociação. Nas palavras de Fisher, Ury e Patton:

> Um número cada vez maior de ocasiões requer a negociação; o conflito é uma indústria em crescimento. Todos querem participar das decisões que lhes afetam; um número cada vez menor de pessoas aceita decisões ditadas por outrem. As

> pessoas diferem e usam a negociação para lidar com diferenças. Seja nos negócios, no governo ou na família, as pessoas chegam à maioria das decisões através da negociação. Mesmo quando recorrem aos tribunais, quase sempre negociam um acordo antes do julgamento.[414]

Dessa forma, a negociação se apresenta como uma técnica para obter o resultado desejado, numa relação bilateral, em que estão presentes interesses comuns e opostos ao mesmo tempo, mas na qual as partes buscam um acordo.[415]

Justamente pela presença desse antagonismo, apresentam-se duas formas de negociar: pela *afabilidade* ou pela *aspereza*:

> O negociador afável quer evitar conflitos pessoais e, desse modo, faz concessões prontamente para chegar a um acordo. Ele quer a solução amigável; no entanto, acaba frequentemente explorado e sentindo-se amargurado. O negociador áspero encara qualquer situação como uma disputa de vontades na qual o lado que assume as posições mais extremadas e resiste por mais tempo obtém melhores resultados. Ele quer vencer, no entanto, frequentemente acaba por produzir uma reação igualmente áspera, que exaure a ele e a seus recursos e prejudica as relações com o outro lado.[416]

Essa ânsia por negociação fez com que especialistas procurassem estudar a técnica, a fim de aprimorá-la, ganhando relevo a escola de negociação da Harvard, que não é nem áspera e nem afável, mas antes áspera e afável. Essa escola busca uma negociação baseada em princípios, sendo rigorosa quanto ao método e afável quanto às pessoas.[417]

Alguns desses princípios são: separar as pessoas dos problemas; não negociar a posição, mas sim o interesse defendido; concentrar no problema; criar opções de ganhos múltiplos; insistir em critérios objetivos; e, por fim, excluir a emoção ao negociar.

---

[414] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 15.

[415] BRAGA NETO, Adolfo, Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos, *in Mediação e gerenciamento do processo*: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação, cit.; CAHALI, Francisco José, *Curso de arbitragem*: Resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação, cit.

[416] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 16.

[417] Sobre o tema: MNOOKIN, Robert H. *Bargaining with the devil*: when to negotiate, when to fight. New York: Simon & Schuster, 2010; MNOOKIN, Robert H.; PEPPET, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Beyond winning*: negotiating to create value in deals and disputes. 2. ed. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2000.

Nesse sentido, a técnica de negociação coaduna com a proposta consensual da Administração Pública, na qual se buscam soluções negociadas, no conceito ganha-ganha, ao invés do vetusto modelo binário do ganha-perde imposto pelas soluções judiciais.

Dessa forma, não se quer com isso propalar a ideia de que a Administração Pública deva ser um negociante afável que, para agradar o cidadão, passe a conceder tudo aquilo que lhe é pedido, mas sim que, dentro de critérios objetivos, componha soluções junto com o cidadão, compreendendo os conflitos e buscando alternativas que atendam a ambos os lados.

Também não se defende que o único critério para a negociação seja puramente econômico, eis que muitas vezes na estipulação de políticas públicas, o gasto é algo necessário, *v.g.* no fornecimento de novos fármacos à população, o que não significa, no entanto, que o gasto deva ser mal feito, *v.g.* fármacos de marca ou aqueles que não impliquem um real ganho à saúde pública.

Vale ainda contextualizar a negociação como uma técnica a ser aplicada em ambientes autocompositivos, como a conciliação e a negociação, sem, contudo, confundi-la com tais institutos. Tanto na conciliação como na mediação[418], está presente a figura de um facilitador, que busca levar as partes a um consenso.

Independentemente da presença ou da figura do conciliador ou do mediador, as técnicas de negociação podem ser utilizadas, eis que as próprias partes podem chegar a um consenso, sem a presença de um terceiro facilitador[419].Como técnica, a negociação é uma poderosa ferramenta a ser utilizada nos mais diversos campos, inclusive pela Fazenda Pública, que se vê em ambientes negociais de forma cada vez mais constante.

Por fim, a defesa da Fazenda Pública não deve ser feita exclusivamente em juízo, podendo ser feita em uma etapa anterior, prévia e negociada, evitando assim que tanto o

[418] Embora a lei busque a diferenciação dos institutos por meio da figura do conciliador e do mediador, em relação à preexistência de relação subjetiva entre as partes, em tese na mediação há o elemento subjetivo entre as partes, o que não ocorre na conciliação.

[419] BRAGA NETO, Adolfo, Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos, *in Mediação e gerenciamento do processo*: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação, cit.; CAHALI, Francisco José, *Curso de arbitragem*: Resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação, cit.

conflito quanto sua substância sejam levados a juízo, e se tenha uma decisão que venha a ser desfavorável para ambas as partes: ao Estado, que muitas vezes não prestará um serviço ou manterá uma péssima relação com seus servidores ou cidadãos, e, para as outra parte, que muitas vezes só obterá o bem da vida de uma condenação após vinte ou trinta anos, ou ainda não terá a prestação de determinado serviço ou política pública.

Pata tanto, Fazenda Pública deverá se despir dos dogmas de superioridade para, num ambiente negocial, compreender de forma objetiva o conflito, e mais, buscar uma solução negociada, compreendendo inclusive o mal que um processo judicial leva àqueles que necessitam serviços públicos, desfrutar políticas públicas, receber valores atrasados etc. e que de certa forma dependam do Estado.

3.1.1 Elementos da negociação e técnica

A escola de negociação de Harvard procurou criar um método negocial objetivo focado em resultados, e não em subjetivismos, buscando, sobretudo, a formulação de acordos sensatos, ou seja, havendo a possibilidade da formulação de um acordo, ele deve ser sensato e eficaz, aprimorando assim o relacionamento entre as partes, ao invés de criar um eventual prejuízo relacional.[420]

Para tanto, buscou teorizar a técnica negocial, sobretudo criando um mecanismo de diálogo entre as partes, em que há uma persuasão racional, afastando as pessoas dos problemas, evitando-se discutir as posições das partes, mas sim o interesse colocado e, mais, sem negociar essas posições (barganha posicional).[421]

Um primeiro elemento da negociação diz respeito à separação do problema em relação às pessoas. Normalmente, em uma negociação busca-se a solução do problema "substantivo", ou seja, aquele pelo qual as partes são levadas ao conflito.

---

[420] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 24.

[421] "A barganha posicional põe o relacionamento e a substância em conflito. Estruturar uma negociação como uma disputa de vontades em torno de posições agrava o processo de emaranhamento." (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 39).

Ocorre que muitas vezes o próprio negociador também tem conflito subjetivo com a outra parte, ou seja, a "maioria das negociações ocorre no contexto de um relacionamento contínuo em que é importante conduzir cada negociação de maneira a que ajude, e não prejudique as relações futuras e as futuras negociações".[422]

No que tange a Fazenda Pública, pode-se observar que aqueles que manejam ações ou possuem demandas contra o Estado possuem um relacionamento contínuo com o Estado, num maior ou menor grau. Se o conflito é estabelecido com servidor público, o relacionamento durará praticamente por toda a vida funcional dele, passando por sua aposentadoria e até mesmo para a posterioridade, eis que haverá uma relação com os pensionistas. Da mesma forma, em relação a fornecedores de longo prazo, a exemplo de contratos de concessão por trinta anos.

O primeiro ponto diz respeito a separar a emoção, eis que o representante da Fazenda Pública, também ele um servidor e muitas vezes possuindo interesse no resultado do acordo, deve separar a relação da substância e lidar diretamente com o problema levado à negociação. Dessa forma é possível lidar com a questão posta na negociação de forma objetiva, focando o problema substantivo e ainda assim mantendo uma relação boa de trabalho.

Outro importante aspecto da teoria da negociação da Harvard diz respeito á concentração nos interesses e não na posição. Para chegar num acordo, numa solução sensata, as partes devem conciliar os interesses e não a posição.

Muitas vezes um servidor público, ao ajuizar uma ação, busca ver de um determinado direito reconhecido, para passar a receber tais valores a partir de então, deixando os valores atrasados para um segundo plano.

Outras vezes, pacientes ajuízam ação judicial buscando determinado fármaco, que embora seja solicitado de marca específica, poderiam ser fornecidos de forma genérica. E ainda pacientes desejam somente o atendimento médico, pois já não aguentam mais esperar meses por ele.

---

[422] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 38.

Compreender o interesse da outra parte pode levar a Fazenda Pública a uma solução justa e conciliatória. O problema diz respeito a uma negativa geral e à falta de caminhos para a comunicação. Dessa forma:

> O problema básico de uma negociação não está nas posições conflitantes, mas sim no conflito entre as necessidades, desejos e temores de cada lado. [...] Tais desejos e preocupações constituem interesses. Os interesses motivam pessoas; são eles os motores silenciosos por trás da algazarra das posições. Sua posição é algo que você decidiu. Seus interesses são aquilo que fez com que você se decidisse dessa forma.[423]

Para que a Fazenda Pública possa partir para uma solução negociada, é necessário compreender o interesse da parte adversa e mudar sua clássica visão de negativa geral, resolvendo os conflitos com perdas e danos, ou seja, de forma puramente patrimonial, o que leva em média mais de vinte anos para a conclusão, com o pagamento de precatórios.

Uma evolução do assunto, que diz respeito diretamente ao objeto do presente trabalho, é a instituição de programa de justiça restaurativa no âmbito disciplinar, por meio da Resolução Conjunta PGE/SE/SS/SAP nº 1, de 20 de julho de 2018, que instituiu o Programa de Solução Adequada dos Conflitos de Natureza Disciplinar, destinado a racionalizar e aprimorar a atuação da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares da PGE-SP e dos órgãos e entidades da Administração Direta e Autárquica no âmbito disciplinar.[424]

---

[423] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 58-59.

[424] Entre as considerações para fins da resolução de meios adequados de conflitos, ressalta-se que os antecedentes da referida resolução têm como origem conclusões do Grupo de Trabalho criado pela Resolução PGE n. 19, de 30.06.2017. Uma das motivações da instituição de tal programa tem como fundamento as Resoluções ns. 125, de 29.11.2010, e 225, de 31.05.2016, do Conselho Nacional de Justiça, que versam justamente sobre o tratamento adequado dos conflitos e a justiça restaurativa especificamente, erigidos à categoria de políticas públicas. Pelo trabalho do grupo técnico associado à experiência prática da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, mostrou-se que a abordagem exclusivamente punitiva no âmbito disciplinar mostra-se insuficiente para o constante aprimoramento dos servidores, da qualidade do serviço público e do ambiente de trabalho nas repartições. Com efeito, considerando-se que uma parcela considerável dos servidores que responderam e respondem a procedimentos disciplinares permanece vinculada à Administração, e que mesmo recebendo punições ou advertências, as práticas comportamentais acabam por se repetir, notou-se que outro caminho deveria ser adotado, sobretudo com intenção comum de promover, no âmbito disciplinar, estratégias e ações que contribuam para a prevenção e solução dos conflitos da forma mais adequada e eficiente; muitos problemas disciplinares têm em sua gênese incompreensões e desentendimentos interpessoais que, mesmo não caracterizando infrações disciplinares, requerem cuidado e atenção para que se evite o agravamento do conflito Assim, as práticas consensuais e autocompositivas de solução de conflitos, como aquelas que caracterizam a mediação, a conciliação e a justiça restaurativa, são indicadas nos casos de relações continuadas, podendo ser assim consideradas as decorrentes do vínculo funcional; ainda práticas que estimulam o respeito, a escuta, a abordagem prospectiva, a corresponsabilização dos envolvidos, a adesão do servidor aos valores protegidos pelas normas, a reparação dos danos e a harmonização das relações são meios eficientes para a efetiva solução e

Tal programa de justiça restaurativa contará com um Centro de Práticas e um Comitê Gestor, constituindo-se num conjunto sistêmico que privilegiará a abordagem prospectiva do conflito, destacando-se: I - a compreensão dos fatores que o desencadearam; II - a avaliação do conflito pelas partes que o vivenciaram, de forma a estimular a reflexão, a corresponsabilidade, as formas de reparação e prevenção; III - a utilização de métodos autocompositivos, como aqueles que caracterizam a mediação, a conciliação, os processos circulares e as outras técnicas da justiça restaurativa; IV - a sensibilização das instituições envolvidas para com os valores estruturantes dos métodos autocompositivos, como a pacificação das relações, a identificação das necessidades das partes envolvidas e a facilitação do diálogo.

Portanto, no âmbito disciplinar já se está atendendo a uma perspectiva de não barganhar as posições da Administração Pública, mas compreender o conflito e buscar uma solução adequada.

Em termos de identificação de interesses, seguindo o modelo da escola da Harvard, pode-se distinguir por trás de posições opostas interesses comuns e compatíveis, assim como opostos e conflitantes, e ainda interesses divergentes, que talvez possam ser conciliáveis.

A tendência natural numa negociação é achar que o fato das partes estarem em lados opostos, em consequência também tenham interesses opostos, o que por si não é uma verdade. É uma reação de contra-ataque: se nos atacam, nos defendemos. No entanto, uma análise mais detida do interesse pode levar à conclusão de que o interesse pode ser comum e compatível.[425]

Uma ação visando ao fornecimento de medicamento pode indicar que o Estado não deve fornecê-lo, por ele não constar na listagem do SUS: estaria caracterizado o interesse oposto. Por sua vez, uma análise detida dos autos pode indicar que na listagem haja droga parecida ou genérica capaz de atender ao interesse comum.

---

prevenção de conflitos de natureza disciplinar, estando, portanto, alinhadas com os princípios que regem a Administração Pública.

[425] FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. *Além da razão*: a força da emoção na solução de conflitos. Tradução: Arão Shapiro. Rio de Janeiro: Imago, 2009. p. 12.

O interesse divergente pode ser mais um fator a propiciar acordo: uma das partes pode pretender o fornecimento de um *home care*, o Estado pode entender tratar-se de competência da municipalidade e se recusar a fornecer, mas, por outro lado, pode encaixar o autor em programa estatal apto para atender uma outra demanda social daquele paciente, como transporte para fisioterapia em equipamento do Estado.

No que tange à Fazenda Pública, aponta José Roberto da Cunha Peixoto que, em relação à advocacia pública, é muito comum a existência de *interesses múltiplos* (expressão de Fisher, Ury e Patton[426]):

> Entender e identificar os interesses de todas as pessoas envolvidas é essencial para um acordo de bom termo. Eventualmente uma negociação pode se desenvolver entre duas pessoas, ou dois lados, mas em cada lado pode haver diferentes níveis de hierarquia para autorização de acordos que necessitam ser trabalhados. Isso é muito comum na Administração Pública ou nas grandes empresas. Assim, em uma negociação envolvendo bens ou verbas públicas, o Advogado Público negociador terá que lidar e respeitar diversos interesses de suas chefias imediatas, do respectivo Procurador-Geral, de Ministros de Estado, dentre outros, como, p. ex., está previsto na Lei 9.469/976, alterada pela Lei 13.140/2015.[427]

Outra expressão de que Fisher, Ury e Patton[428]se valem é que *os interesses mais poderosos são as necessidades humanas básicas*, que incluem segurança, bem-estar econômico, um sentimento de pertença, reconhecimento, controle sobre a própria vida. Assim, todas as vezes que um advogado público negocia um acordo, deve lembrar que os fins do Estado acabam por envolver os mesmos fins e interesses dos seres humanos. Por conta disso, torna-se possível, com um pouco de compreensão e empatia, a celebração de acordos baseados em interesses, e não em posições.

Para tanto, o método de Harvard indica um método pelo qual o negociador se coloca no lugar do outro. São duas perguntas diante da proposição de determinado

---

[426] "Em quase todas as negociações, cada uma das partes tem muitos interesses e não apenas um." (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 65).

[427] PEIXOTO, José Roberto da Cunha. Elementos da negociação: critérios objetivos. *In*: MARASCHIN, Márcia Uggeri (coord.). *Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal (EAGU), 2017. p. 23.

[428] "Ao buscar os interesses básicos por trás de uma posição declarada, procure particularmente os interesses fundamentais que motivam as pessoas. Se puder cuidar dessas necessidades básicas, você estará aumentando a probabilidade de chegar a um acordo, quanto, caso o acordo seja obtido, de fazer com o que o outro lado o respeite." (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 66-67).

interesse: Por quê? E por que não? No primeiro caso, questionam-se diretamente os motivos pelos quais a outra parte tem determinado interesse e, diante da negativa, ao se questionar o *por que não*, a parte faz um autoexame e perscruta os motivos pelos quais não pode atender aos interesses adversos.

Quanto a esse aspecto, aponta Alessandra Mourão:

> É muito conveniente que as negociações comecem por tratar primeiro o que nos une agora e depois explorar o que nos separa. Assim, comece explorando aos interesses comuns (o bem-estar dos filhos, por exemplo, na disputa envolvendo pensão alimentícia). Pense nos pontos de interesse totalmente distintos das partes [...] Não se esqueça dos opostos [...] Reflita detidamente sobre itens que possam ser trocados: "o que vale muito para o outro e que tem pouca valia para mim?"[429]

Por fim, seguindo os ensinamentos de Fisher, Ury e Patton, deve-se apontar, num verdadeiro *check list*, quais são os principais interesses envolvidos e estabelecer uma ordem dos mais importantes aos menos importantes a serem defendidos.[430]

Concentração no problema e não na posição defendida. Nesse caso, o negociador deve afastar-se da posição defendida e concentrar-se na solução do problema. Para tanto, primeiramente deve manter uma boa relação de trabalho, tanto com aqueles que estão ao

---

[429] MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Técnicas de negociação para advogados*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 48-49.

[430] José Roberto da Cunha Peixoto, com supedâneo em Fisher, Ury e Patton, aponta os sete passos a serem seguidos, conforme o programa de negociação de Harvard: "1) Evidencie seus interesses: detalhes concretos não apenas tornam plausível a descrição, mas lhe acrescentam impacto. Convença o outro lado de que o seu problema merece atenção, tentando colocá-los na mesma situação hipotética. 2) Reconheça os interesses deles como parte do problema: reciprocidade é importante para a credibilidade. Repetir o interesse, reconhecendo sua importância, é uma boa estratégia. Isso também vai ajudar ao fechamento do acordo, caso se reconheçam interesses comuns. 3) Coloque o problema antes de sua resposta: para que eles entendam e ouçam os seus argumentos, deve-se iniciar expondo os problemas, interesses e ponderações, e só depois oferecer suas conclusões e propostas. 4) Olhe para a frente, não para trás: evite manter uma discussão reativa, sem objetivo de avançar sobre o entendimento dos interesses envolvidos. 5) A pergunta 'Por quê?' tem dois sentidos bem diferentes: seus interesses serão mais bem atendidos se você falar sobre onde deseja chegar, em vez de dizer de onde veio. Discutir sobre o passado é menos produtivo do que discutir o que deve ser feito amanhã. 6) Fale sobre coisas concretas, mas seja flexível: utilize o conceito da 'especificidade ilustrativa', tratando cada opção como simplesmente uma ilustração/exemplo, para manter sua flexibilidade e facilitar a conversão dos seus interesses em opções específicas, mas sem amarrações imediatas. Não apenas se deve entrar em uma reunião com mais de uma opção específica, mas deve-se manter a mente aberta a novas opções. 7) Seja duro com o problema, mas afável com as pessoas: é recomendável ser duro quando expuser o problema comprometendo-se com o próprio interesse (defesa forte do interesse). Entretanto, deve-se separar os problemas das pessoas, para que não caiam na defensiva e deixem de ouvir. Atacar o problema, sem culpar as pessoas é importante para manter o relacionamento. Inconsistências tendem a ser rejeitadas pelos humanos, que agem para eliminá-las (técnica da dissonância cognitiva). Deve-se ser ao mesmo tempo firme e aberto." (PEIXOTO, José Roberto da Cunha, Elementos da negociação: critérios objetivos, *in Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*, cit., p. 25).

seu lado, como com a parte adversa, porém retirar a emoção de estar envolvido com o seu cliente, bem como evitar emoção com o cliente ou representante da parte adversa.

Assim, os advogados públicos muitas vezes terão que se desvestir da figura de representação da Fazenda Pública e pensar objetivamente em resolver o problema, ainda que para tal advoguem de certo modo contra aquilo que pensam ou sentem contra seu cliente ou a parte contrária.[431]

Criação de opções viabilizando ganhos múltiplos: via de regra, numa negociação, as partes estão interessadas em subjugar o outro lado, e embora seja possível criar opções, inclusive podendo contar com tal elemento na negociação, acabam por acreditar que já possuem uma resposta para o problema: no caso dos medicamentos, a parte autora pede o fármaco de marca A com o princípio ativo X e a Fazenda Pública chega para negociar com a oferta de que o protocolo de saúde deva ser atendido e somente oferece o fármaco B, sem se preocupar com os demais medicamentos existentes na lista do SUS que poderiam ser utilizados, inclusive contendo o princípio ativo X. Assim, ao acreditar que a sua opinião ou postura está correta, não usa opções criativas e no máximo discute algo cujo valor se aproxima ao que valor de já tem em mente.

Apontam Fisher, Ury e Patton quatro obstáculos que, via de regra, inibem a possibilidade de criação de uma *multiplicidade de opções* a serem utilizadas na negociação:

> 1. *o julgamento prematuro*, eis que na negociação, as partes devem ter ideias racionais e não extravagantes; e não decidir *as coisas de supetão*, sem um mínimo de reflexão aguçada. 2. *a busca pela resposta única.* Numa negociação as partes tendem a estreitar as opões, como já citado, se há uma margem de preço, tenta-se chegar em um preço próximo dos interesses unilaterais, aumentando as margens minimamente. Neste sentido as partes acabam por achar que criar novas opções (*abrindo o leque)* acaba por atrapalhar o resultado. Pelo contrário, deve-se buscar outras respostas sobretudo quando há o travamento de propostas. 3. *a pressuposição de um bolo fixo.* Neste caso as partes acabam por acreditar que só há um resultado, ou seja, ou um ganha e a outra perde e vice-versa. Não param para refletir se há outras soluções e nem se dão o trabalho de

[431] Nesse sentido: "A barganha posicional lida com interesses do negociador, tanto pelas substâncias como pelo bom relacionamento." (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 39). Assim, para se fazer uma boa negociação, o advogado público deve afastar seus sentimentos tanto da substância, ou seja, do mérito do que está sendo defendido, quanto do relacionamento, seja com o Estado, ou com o advogado e clientes da outra parte. Deve-se, portanto, afastar sentimentos heroicos de defesa do Estado a qualquer custo, ou mesmo a falsa compreensão de que aqueles que litigam contra o Estado somente querem dinheiro fácil ou se aproveitar do erário.

> inventar soluções. 4. *Pensar: "resolver o problema deles é problema deles"*. Trata-se de preocupação exclusiva de cada um dos lados da negociação, somente buscando resolver o seu lado, pouco se importando com o problema da outra parte. Esquece-se, portanto, que para *que um negociador chegue a um bom acordo que atenda seus interesses, precisa elaborar uma solução que atraia também os interesses próprios do outro.*[432]

Insistência em critérios objetivos de resolução de conflitos: em se tratando da Fazenda Pública, a busca de critérios objetivos para solução de conflitos acaba por ser mais facilmente identificável do que aos particulares. Isso porque a Administração Pública, pautada por princípios como da legalidade, supremacia do interesse público e eficiência, não pode decidir apenas em consonância com a vontade política do governante de plantão.

Note-se que isso é comum quando um determinado político eleito pretende realizar a vontade pessoal, em detrimento do interesse público, e tenta dessa forma impor aos advogados públicos sua vontade. Ou ainda, acaba por fazer acordos sem a oitiva dos órgãos de advocacia pública.[433]

Para se evitar tais aventurar políticas, cabe aos órgãos de representação, sobretudo aos advogados públicos responsáveis pela consultoria jurídica e atividade contenciosa, estabelecer e defender padrões éticos e objetivos de negociação: 1. formule cada questão como uma busca conjunta de critérios objetivos; 2. pondere e permaneça aberto às reflexões sobre quais são os padrões mais apropriados e como devem ser aplicados; 3. jamais ceda à pressão, mas tão somente aos princípios.[434]

Por fim, cabe ao negociador exclusão da emoção[435], melhoria da comunicação não violenta, estabelecimento de relacionamento e compromisso. Numa negociação, o fator emocional dos negociadores muitas vezes pode atrapalhar a elaboração de um bom acordo. Isso vale inclusive para os próprios advogados públicos e seu relacionamento com a

---

[432] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 75-77.

[433] "Tipicamente, os negociadores tentam resolver tais conflitos através da barganha posicional – em outras palavras, falando sobre o que estão e não estão dispostos a aceitar. Um negociador pode exigir concessões substantivas simplesmente por insistir nelas [...] Quer a situação se transforme num concurso para determinar quem é o mais teimoso ou num concurso para se determinar quem é o mais generoso, esse processo de negociação concentra-se naquilo com que cada lado está disposto a concordar. O resultado decorre da interação de duas vontades humanas – quase como numa ilha deserta, sem história, costumes ou padrões morais." (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 99).

[434] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 106.

[435] FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel, *Além da razão*: a força da emoção na solução de conflitos, cit., p. 15.

Administração Pública. Um momento de raiva, descontentamento com a carreira e remuneração podem ser empecilhos para uma negociação a ser realizadas pelos servidores públicos. Em relação à outra parte, muitas vezes uma disputa acirrada, palavras mal colocadas e sentimentos podem gerar um grande desconforto na negociação. Dessa forma algumas atitudes podem ser assumidas, como reconhecer as próprias emoções, assim como do lado oposto, ouvir eventuais desabafos e reclamações da parte *ex adversa* sem reagir, evitar arroubos emocionais, sinalizar com gestos simbólicos. Tudo isso deve ser associado a uma forma de comunicação não violenta ou reativa, pelo contrário, deve-se ouvir o que o outro lado tem a expor e, mais, falar com um objetivo.

3.1.2 Elaboração do acordo

Como visto, o artigo 26 da LINDB traz um verdadeiro guia para a elaboração de acordos administrativos e, conforme já demonstrado, é útil tanto para a determinação e escolha do método de solução a ser utilizado, quanto ao próprio acordo resolutório do conflito.

Destaca-se, portanto, a existência de uma fase interna de processualização, capaz de fazer que os mecanismos internos da Administração Pública ajam de forma a permitir que o processo decisório siga com a maior lisura possível, bem como, quando possível, que a sociedade saiba os caminhos percorridos até a tomada da decisão.

Tal processo, mediante a processualização, não pode ser um obstáculo diante da necessidade de eficácia e agilidade, pois o excesso de procedimentos pode engessar ainda mais a máquina pública e impedir a celebração do acordo.

Ademais, por meio de tal processualização, é possível o extravasamento da vontade administrativa, sendo certo que se passa a conhecer os motivos pelos quais a Administração Pública entendeu pela viabilidade do acordo, ao invés do litígio resolvido pela forma heterocompositiva.

Deve-se atentar ainda, conforme determina a LINDB, estar presente uma situação em que o acordo se mostre adequado para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. Dessa forma, portanto, o acordo deve ser vantajoso para a Administração Pública. Note-se ainda que na celebração do acordo,

mais que levar uma vantagem sobre a outra parte, a Administração Pública deve necessariamente buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Conclui-se, portanto, que aquela situação, de se valer de uma posição de superioridade, forçando o cidadão a celebrar um mau acordo, deve ser descartada.

Ademais, o acordo celebrado pela Administração Pública deve respeitar a teoria geral dos negócios jurídicos e, como todo negócio jurídico bilateral que cria, modifica ou extingue direitos, deve respeitar, quanto à existência, validade e eficácia, os requisitos formais previstos em lei, destacando-se, sobretudo, os de capacidade da autoridade celebrante, bem como autorização legal, quando necessária e condicionante à forma.

Por fim, a própria lei impõe como requisito para a estipulação do acordo a necessidade de prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento, como apontam Fisher, Ury e Patton:

> Conduzir uma negociação envolve duas questões: como elaborar critérios objetivos, como empregá-los na negociação? Qualquer que seja o método de negociação empregado, você se sairá melhor se se preparar antecipadamente. Isso certamente se aplica à negociação baseada em princípios. Portanto desenvolva antecipadamente alguns padrões alternativos e reflita sobre a aplicação dele a seu caso.[436]

Nesse mesmo aspecto, os autores demonstram a necessidade de seguir padrões juntos, ou seja, não se trata de uma justiça dividida, ou subjetiva, mas sim procurar referências, como, por exemplo, numa compra e venda, buscar de padrões, como: 1. valor original; 2. depreciações; 3.valores pelos quais o mercado pagaria por tal bem: “Em termos mínimos, os critérios objetivos precisam independer da vontade de qualquer dos lados. Idealmente, para garantir um acordo sensato, os critérios objetivos devem ser não apenas independentes da vontade, como também legítimos e práticos.”[437]

3.1.3 Aplicação institucional da negociação

Conforme já demonstrado em capítulos anteriores, o modelo de contencioso adotado pelo Estado de São Paulo não prestigia de forma alguma a conciliação e a

[436] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 103.
[437] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 103.

mediação e, embora haja autorização genérica para o uso de tais instrumentos, eles não são aplicados.

Falta ainda um estudo mais aprofundado sobre a possibilidade do uso de mecanismos negociais para fins de obtenção de acordos administrativos e resolução de controvérsias, sobretudo quanto ao aspecto do custo do processo e do custo social impingido a milhares de credores.

Com efeito, demonstrou-se que o modelo adotado, pelo contrário da moderna processualística, é justamente o de empurrar os processos para outras gestões, agora mais do que nunca, com o advento da Lei n. 17.205/2019, que diminuiu o limite para o pagamento de ordens de pequeno valor no Estado de São Paulo.

O modelo atual, que não leva em conta o custo do processo, mas somente o momento do pagamento, pode ser duramente criticado, ante a total falta de compromisso com a cidadania, com a eficiência administrativa e com o dever de pacificação social imposto à Administração Pública, corolário do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Diversos autores vêm estudando tecnicamente o tema custo do processo e seu repasse para as partes. Demonstrando a ligação direta entre o custo do processo e o repasse para as partes, aponta Diogo Palau Flores dos Santos, com fulcro em Miguel Carlos Teixeira Patrício:

> A doutrina especializada identifica diversas formas de repasse do custo financeiro do processo, como os modelos da regra inglesa, regra americana, sistema continental, sistema Marchall, sistema Quayle, pró-queixoso e pró-infrator, sendo que o sistema brasileiro atual se assemelha ao da regra inglesa, tendo em vista que "o perdedor da causa paga os custos do processo de ambas as partes" e na regra americana cada uma das partes assume os respectivos "custos com a litigância" [...] "os sistemas que mais incentivam o queixoso são também aqueles que impõem menores custos globais, e que os sistemas introduzem relativa indeterminação no montante de custos das partes, são os sistemas, *a priori*, globalmente menos apelativos (como o sistema Mathew ou a regra inglesa – neste último caso, se as expectativas de êxito por cada uma das partes forem reduzidas). Comprova-se, assim, ao contrário, que, com expectativas elevadas do queixoso, existirá um maior incentivo à litigância (meritória ou não) com a regra inglesa".[438]

[438] SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Técnicas de negociação no âmbito institucional. *In*: MARASCHIN, Márcia Uggeri (coord.). *Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal (EAGU), 2017. p. 99-100.

Dessa forma, conclui o autor que o maior ou menor número de demandas jurídicas não é nocivo, mas sim a litigiosidade excessiva, o que se certa forma representaria no final um custo financeiro excessivo a ser suportado pela sociedade. No caso de São Paulo, os números não enganam, pois com uma entrada de 310 mil processos novos no ano de 2019, a litigiosidade excessiva vem se tornando um verdadeiro problema financeiro para o Estado, e decerto não será transformando o limite de ordem de pagamento de pequeno valor em pagamento no regime de precatório que o problema se resolverá, pelo contrário, o problema se tornará mais grave, ante a ocorrência de juros sobre os valores devidos.[439]

Diogo Palau Flores dos Santos comenta a questão do tempo[440] e a questão do interesse[441]. Via de regra, o interesse dos particulares é diferente do interesse dos entes

---

[439] Outro ponto positivo do manual de negociação da AGU foi a adoção de preceitos de Ivo Gico Junior, pioneiro no estudo do tema custo do processo no direito brasileiro: "Subsidiar a litigância é justamente o que o Brasil vem fazendo nos últimos anos, quando (a) criou os juizados especiais de pequenas causas nos quais não é necessário um advogado e não há custas processuais; (b) criou a defensoria pública (advogados públicos pagos pelo contribuinte); (c) criou a assistência judiciária gratuita – AJG (possibilidade de alguém não ter de pagar custas processuais, mesmo na justiça comum, nem honorários de sucumbência); (d) manteve o sistema de custas processuais abaixo do custo social de cada processo; etc. Tudo isso significa que é o contribuinte quem arca com parte dos custos de cada processo e não a parte litigante, o que claramente é um subsídio ao litígio e à parte da sociedade que litiga. Todavia, [...] devido à forma como estruturadas e implementadas, essas políticas aumentam o nível geral de litigância, mas contribuem pouco para a formação de capital jurídico." (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 p. Tese (Doutorado em Economia) − Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2012. p. 36).

[440] "Com efeito, ao se considerar elementos como 'satisfação pessoal' e 'rapidez no término do processo', conforme são utilizados pelos pesquisadores de Harvard, deve-se reconhecer que de fato representam aspectos que atingem interesses de pessoas individualmente consideradas. Contudo, em uma perspectiva de utilização desses mesmos elementos na defesa da uma instituição, especialmente ao se falar de Pessoas Jurídicas de Direito Público, aparentemente não encontrariam suporte prático para o deslinde de controvérsias. A afirmação acima é verdadeira, se for considerado como elemento o tempo para solução de uma controvérsia, onde se verifica uma variada forma de percepção. Por exemplo, considere-se um caso que possua como tempo médio de 'vida processual' (começo e fim do processo) sobre a matéria X uma estimativa média de 10 (dez) anos para solução definitiva. Pode ser vislumbrada uma perspectiva diversa, a partir do reivindicador da tutela do interesse (autor): uma pessoa com 18 (dezoito) anos, possui naturalmente uma percepção diferenciada de uma outra de 70 (setenta) anos, podendo representar uma situação de maior tranquilidade/cautela por este, devido à experiência acumulada, e, por outro lado, àquele uma maior angústia, tendo em vista o contrário (ausência de experiência), ou justamente o contrário, considerando as perspectivas individuais de cada um em relação à expectativa de vida. O exemplo também poderia evidenciar uma perspectiva sob a ótica do demandado (réu), que poderia possuir um interesse na postergação da concessão do pleito, a depender das opções que se lhes apresentam, ou justamente o contrário, uma solução mais célere em função de um sentimento de angústia por uma indefinição." (SANTOS, Diogo Palau Flores dos, Técnicas de negociação no âmbito institucional, *in Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*, cit., p. 108).

[441] "As técnicas de negociação da Escola de Harvard trabalham essencialmente com a realidade, consideram que o indivíduo age de forma autointeressada, buscando otimizar os seus interesses. A pertinência de se adotar os seus conceitos no âmbito institucional da Advocacia-Geral da União se dá, essencialmente, pela discussão de se revisitar quais são os interesses dos agentes envolvidos, em especial daquele que litiga contra o ente público e especialmente este. Com efeito, muitos aspectos da Escola de Harvard fazem sentido em um ambiente de negociação, quando os interesses em discussão são de natureza eminentemente individuais. Por essa lógica, não se poderia pressupor que o representante judicial do ente público agiria em

públicos de se comporem, pela elaboração de acordos administrativos, ao invés do processo judicial.

O autor conclui que a avaliação, por parte da Administração Pública, quanto ao interesse na realização de acordos, deve passar primeiramente por um processo de normatização interno, de modo a garantir lisura e objetividade no procedimento. Porém, no que tange à proteção do interesse, defende que, para a Administração Pública, o interesse será "*sempre financeiro*".[442]

O *Manual de negociação baseado na teoria de Harvard* da AGU comenta como, numa negociação, partindo-se dos pressupostos da escola de Harvard, encontra-se o ponto de recuo, e ainda os conhecidos em português como MASA (Melhor Alternativa Sem Acordo) e MAPAN (Melhor Alternativa Para um Acordo Negociado).[443]

A proposta inicial parte da utilização de mecanismos objetivos, tais como o levantamento de processos ativos de uma determinada parte, de modo "a propiciar opções seguras para um começo aberto de negociação, onde não haveria cenário 'perde-ganha', mas sim 'ganha-ganha'"[444]. Para tanto, deve-se evitar discutir casuísticas, mas encarar

---

conformidade com os seus interesses individuais, porquanto que, caso situação ocorresse, além de poder configurar eventual ilicitude, poderia justamente prejudicar a parte representada (União, Autarquias e Fundações Públicas). Ainda nessa linha de argumentação, poder-se-ia tranquilamente se vislumbrar a hipótese que o interesse individual do representante judicial seja a diminuição de processos e, considerando determinada demanda sob sua supervisão, qualquer proposta judicial que pusesse fim ao processo seria, na percepção individual desse agente, vantajosa. Perceba-se o risco de se enveredar pela perspectiva individual dos agentes, pois os interesses podem ser até escusos, em prejuízo ao ente público representado." (SANTOS, Diogo Palau Flores dos, Técnicas de negociação no âmbito institucional, *in Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*, cit., p. 108-109).

[442] "A premissa a ser adotada, considera que o interesse do ente público representado será sempre financeiro, o que se procura desenvolver mais a frente, considerando projeto em andamento no âmbito do Departamento de Cálculos e Perícias – DCP/PGU". O autor, por outro lado, busca reconhecer que podem estar presentes outros interesses, porém o terreno seguro é a proteção do erário por meio de avaliação objetiva pecuniária: "Reconhece-se que os gestores públicos podem direcionar a diversidade de interesses a serem conduzidos pela Administração Pública, notadamente ao se considerar o estabelecimento, criação ou continuidade de políticas públicas. Contudo, considerando a multiplicidade desses 'interesses', adota-se como terreno seguro um ponto de partida comum para todos os outros, qual seja, o financeiro." (SANTOS, Diogo Palau Flores dos, Técnicas de negociação no âmbito institucional, *in Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*, cit., p. 109, nota 17).

[443] Traduções dos termos criados pela escola de negociação de Harvard e adotados nos livros dos autores dessa escola de pensamento: BATNA (*Best Alternative To the Negotiated Agreement*), WATNA (*Worst Alternative To the Negotiated Agreement*), e ZOPA (*Zone of Possible Agreement*).

[444] SANTOS, Diogo Palau Flores dos, Técnicas de negociação no âmbito institucional, *in Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*, cit., p. 110.

teses que possam criar macroambientes negociais, com a criação de opções e, sobretudo, um ambiente negocial seguro, afastando pressões políticas das cúpulas das instituições.[445]

É crucial a criação de uma *porta de negociação*. Conforme o referido manual, a AGU criou diversas *centrais de negociação* em cada um de seus subórgãos na Fazenda Nacional, Procuradoria Geral da União e na Procuradoria Federal. Note-se que, no âmbito do Estado de São Paulo, não existe qualquer órgão semelhante. Chama a atenção ainda que, havendo canais de negociação, deve-se ter ampla divulgação de sua existência aos negociadores de todos os órgãos, evitando assim *assimetrias* e, dessa forma, injustiças ou tratamentos díspares nas negociações.

Também chama a atenção a proposta do manual da AGU de que os acordos, para serem apreciados objetivamente, sejam testados em um modelo matemático, numa relação de custo/benefício.

Os antecedentes desse modelo têm por base estudo iniciado no projeto "Custo de Oportunidade Processual" do Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria Geral da União. Sintetizando, o estudo se vale de sete elementos: I - Custo financeiro para AGU (CostAGU); II - Custo financeiro para a União, considerando o desembolso financeiro advindo de eventual condenação (CostU); III - Tempo médio do processo (TempM); IV - Custo de manutenção ativa do processo (CostAt); V - Volume de atividades jurídicas totais

[445] "Portanto, como medida de resguardo de um correto ambiente institucional de negociação, dois pressupostos básicos devem ser adotados: 1) O diálogo entre as partes deve ser realizado por um canal próprio, que não podem ser pessoas em esfera hierárquica mais próxima do topo da gestão da Advocacia-Geral da União; e 2) O canal de diálogo deve ser exclusivo e não difuso, onde pessoas da estrutura institucional tenham como praxe a negociação e não a defesa judicial. As razões para que não se tenha um diálogo diretamente com pessoas mais próximas do topo da gestão (Procuradores-Gerais, Adjuntos, Ministro) se dá basicamente por duas razões principais: 1ª) o natural é que se desenvolvam tantas reuniões ou encontros quantos forem necessários, até se chegar a um momento de deliberação de pontos comuns e contraditórios, e que sempre haverá o risco de se chegar a um momento que a esfera de decisão seja realizada pela autoridade superior; caso a negociação já parta 'de cima', quebra-se o ciclo com diminuição de alternativas para as partes, o acordo nesse caso 'já vem pronto', com probabilidade de perda para um das partes (geralmente, o ente público); e 2ª) há sempre o sentimento de insegurança por aqueles que auxiliariam na tomada de decisão para o fechamento de um acordo, seja por que participaram na argumentação de defesa, seja porque vislumbram chances diminutas de extrair ganhos para o ente público representado." (SANTOS, Diogo Palau Flores dos, Técnicas de negociação no âmbito institucional, *in Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*, cit., p. 115-116).

realizadas (VTJ); e VI - Volume de atividades jurídicas realizadas, considerando determinado processo/tema histórico (VTJ(n)).[446-447]

Embora o manual da AGU privilegie a negociação objetiva com absoluta primazia para a proteção do erário, valendo-se sobretudo da relação custo/-benefício do processo, podemos observar que nem sempre na negociação se pode reduzir o debate aos custos da relação jurídica.

Como já observamos, as técnicas negociais podem incluir temas afetos a políticas públicas, tais como saúde, educação, proteção do meio ambiente, proteção de deficientes e idosos, segurança pública, bem-estar e cidadania, que muitas vezes não podem ser reduzidos a valores financeiros. O exemplo já citado é a questão dos fármacos. Seguindo o modelo da AGU, jamais seria possível a negociação da incorporação de um fármaco se ele fosse mais caro que outro já fornecido pelo SUS, ainda que sua aplicação trouxesse mais alívio ou conforto para o paciente.

Tal modelo, entretanto, é de extrema importância sempre que os direitos em jogo forem puramente patrimoniais, sobretudo afetos a servidores públicos, teses tributárias em que, via de regra, discutem-se somente teses jurídicas e valores.

---

[446] SANTOS, Diogo Palau Flores dos, Técnicas de negociação no âmbito institucional, *in Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*, cit., p. 118.

[447] Primeiramente deve-se considerar um ano padrão para encontrar o elemento CostAGU. Para tanto, os dados orçamentários da Secretaria-Geral de Administração da Advocacia-Geral da União – SGAGU devem ser considerados. Encontrado esse valor, há que se conjugá-lo com o IV elemento, de modo a se verificar o custo das atividades jurídicas no âmbito da AGU. Em seguida deve-se encontrar o custo financeiro para a manutenção ativa de um processo/tema: Passo seguinte é conjugar essa informação com o custo da União para o desembolso financeiro decorrente de condenações judiciais - CostU, englobando, portanto, os valores médios, tanto precatórios judiciais, quanto requisições de pequeno valor, sobre o mesmo tema/processo objeto de análise do VTJ (n) , para o fim de encontrar o primeiro elemento de eficiência de atuação, Portanto, a atuação de defesa em juízo sempre deverá ser desenvolvida, quando o custo de manutenção ativa do processo for inferior ao custo médio da União, para o pagamento de valores decorrentes de condenações judiciais, sobre um determinado tema/processo Por outro lado, há que se considerar que a sistemática de atualização/remuneração financeira é diversa para os fins orçamentários (que em regra adota o IPCA), para fins de cobrança (em regra, SELIC) e pagamento (em regra, TR26), o que atrairia uma percepção inicial de que há um incentivo a manutenção ativa do processo, considerando que o critério de correção monetária da lógica orçamentária é superior ao do pagamento. Contudo, ainda assim o modelo é possível, considerando que se deve agregar o elemento TempM onde, em que pese a diversidade de grandezas numéricas, haveria um ponto de equilíbrio, encontrando-se a eficiência em determinado momento processual." (SANTOS, Diogo Palau Flores dos, Técnicas de negociação no âmbito institucional, *in Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*, cit., p. 118-120).

O estudo realizado tem grande importância, pois associa dados financeiros ao custo do processo civil e, sobre essa questão, não há qualquer trabalho em andamento no âmbito do Estado de São Paulo, maior litigante do País, que poderia se aproveitar, e muito, desse tipo de investigação empírica e econômica, na busca de um menor índice de litigância e no aumento da possibilidade de uso de instrumentos consensuais por parte da Administração.

3.2 Visão geral do instituto do DSD

Embora no Brasil recentes alterações legislativas revelem uma inclinação ao uso de métodos alternativos de solução de controvérsias, demostrando a formação de uma espécie de sistema, não se pode negar que esses meios já estavam presentes em nossa legislação, ainda que de forma dispersa no antigo CPC (que previa inclusive a arbitragem) e na Lei dos Juizados Especiais, mas ainda assim permaneceram por muito tempo subutilizados, ou porque não dizer, sem utilização. Em relação à Fazenda Pública, esse fenômeno era ainda mais evidente, eis que recorrente na doutrina e jurisprudência o princípio da indisponibilidade de direitos e a impossibilidade de celebração de acordos.

No direito americano, o movimento do *legal process*, que surgiu nos anos 1950 com escola de negociação de Harvard[448], propagou o uso de ADRs e sua importância no cenário de resolução de conflitos. Emergindo historicamente no pós-guerra, revelou ao mundo um campo novo de atuação dos advogados. Mais tarde, o fenômeno aprimorou-se para a corrente do *process pluralism*.

---

[448] "*Dispute resolution generally refers to one of several different processes used to resolve disputes between parties, including negotiation, mediation, arbitration, collaborative law, and litigation. Dispute resolution is the process of resolving a dispute or a conflict by meeting at least some of each side's needs and addressing their interests. Dispute resolution strategies include fostering a rapport, considering interests and values separately, appealing to overarching values, and indirect confrontation. Conflict resolution, to use another common term, is a relatively new field, emerging after World War II. Scholars from the Program on Negotiation were leaders in establishing the field. Mediation can be effective at allowing parties to vent their feelings and fully explore their grievances. Working with parties together and sometimes separately, mediators try to help them hammer out a resolution that is sustainable, voluntary, and nonbinding. In arbitration, the arbitrator listens as each side argues its case and presents relevant evidence, then renders a binding decision. Litigation typically involves a defendant facing off against a plaintiff before either a judge or a judge and jury. The judge or jury is responsible for weighing the evidence and making a ruling. Information conveyed in hearings and trials usually enters the public record. There are many aspects of disputes, including value creation opportunities, agency issues, organizational influences, ethical considerations, the role of law, and decision tools. Articles offer numerous examples of dispute resolution and explore various aspects of it, including international conflict resolution, how it can be useful in your personal life, skills needed to achieve it, and training that hones those skills.*" (Disponível em: https://www.pon.harvard.edu/category/daily/dispute-resolution/. Acesso em: 20 dez. 2019).

Segundo Lon Fuller, percebendo-se a crise da cultura da sentença, partiu-se para as decisões negociadas: "Se problemas suficientemente policêntricos não são adequados para solução por adjudicação, como eles podem de fato ser resolvidos? Até onde posso ver, existem apenas dois métodos adequados: direção administrativa e contrato (reciprocidade)."[449]

Houve uma verdadeira evolução no modelo de gerenciamento de processos no direito americano, que partiu de um modelo engessado, baseado na "adjudicação", para um modelo gerencial e contratual (de reciprocidade).

Observa Diego Faleck:

> Os adeptos do pluralismo de processo trouxeram o impulso de desenvolvimento de novas formas de resolução de disputas, com a combinação e hibridização das formas primárias de negociação, mediação e arbitragem, um exemplo de mecanismo híbrido é a Med/Arb, um procedimento em que as partes concordam em submeter suas controvérsias à mediação, e resolver as questões que persistem, subsequentemente, por arbitragem. Com esse movimento, a criatividade entre em cena como a força motriz que o processualista seja capaz de desenhar arranjos inovadores e adequados. Com efeito, jogar uma moeda para cima, no velho jogo "cara ou coroa", pode ser compreendido como um mecanismo processual de resolução de disputa. Ainda que a utilização desse método seja rara, existem relatos de que grandes negócios foram assim resolvidos.[450]

Assim como entre partes privadas, pode-se pensar na utilização pela Fazenda Pública das técnicas de desenho de sistemas de disputas (DSD), ou seja, de um sistema customizado para gerenciamento e solução de conflitos específicos. Nesse sentido, tanto a utilização de mecanismos de múltiplas portas pela Administração, direcionando casos, conforme a matéria, para conciliação, mediação e arbitragem, quanto a criação de ritos desenhados e estruturados de forma específica para um determinado caso são possíveis, sobretudo ante o arcabouço jurídico formado pelas atuais Leis de Mediação, de Arbitragem, CPC e cláusula geral de acordos da LINDB. No Estado de São Paulo, com a já existente Lei de Processo Administrativo, se completa o quadro estruturante desse modelo.

---

[449] No original: "*If problems sufficiently polycentric are unsuited to solution by adjudication, how may they in fact be solved? So far as I can see, there are only two suitable methods: managerial direction and contract (reciprocity)*." (FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, Harvard Law Review Association, v. 92, No. 2, p. 398, Dec. 1978. Disponível em: https://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf. Acesso em 20 dez. 2019. Nossa tradução).

[450] FALECK, Diego. *Desenho de sistemas de disputas*: criação de arranjos procedimentais consensuais adequados e contextualizados para gerenciamento e resolução de controvérsias. 2017. 200 p. Tese (Doutorado) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.p. 32.

Em pesquisa realizada pela Fundação Getulio Vargas (FGV), coordenada por Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha e encomendada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, procurou-se entender os problemas associados à possibilidade do uso de DSD pela Administração Pública.[451]

Embora constatando as vantagens da DSD[452], os pesquisadores encontraram os mesmos problemas que afligem tanto os mecanismos de múltiplas portas quanto o DSD:

> A responsabilidade objetiva do Estado, as restrições à autocomposição e os limites à negociação pela Administração, o pagamento de dívidas através de precatórios, as restrições orçamentárias, a responsabilidade do gestor público (sob o efeito das leis de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa), a indisponibilidade do bem público, a inafastabilidade da jurisdição, e a posição restritiva do Tribunal de Contas quanto aos meios alternativos de solução de conflitos foram alguns fatores apresentados pelos entrevistados nesta pesquisa como dificuldades e desincentivos à resolução extrajudicial de conflitos de interesse público.[453]

Os problemas, tal como demonstrado anteriormente, reaparecem quando se trata do desenho do sistema de solução de disputas, como a insegurança que o administrador tem de celebrar acordos e tornar-se réu por improbidade administrativa[454], desincentivos

---

[451] "Para fins da pesquisa, consideramos como conflitos de interesse público aqueles que envolvam a Administração Pública como parte (elemento subjetivo), que tenham por objeto um interesse público, social ou coletivo (elemento objetivo), e que, quando levados ao Judiciário, visem obter tutela jurisdicional coletiva (direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos). Dentro dessa perspectiva, existem três diferentes perfis de conflitos: i. entre atores privados; ii. entre atores públicos (Administração); iii. entre atores públicos (Administração) e atores privados. O objeto da pesquisa compreende os conflitos que envolvem a Administração e atores privados." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.). *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2010. p. 5. (Série Pensando o Direito, n. 38). Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-38_o_desenho_de_sistemas_de_resolucao_alternativa_de_disputas_para_conflitos_de_interesse_publico_fgv.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019).

[452] "O desenho de sistemas de solução de disputas pode ser feito sob medida para diferentes contextos e envolver diferentes atores e tipos de conflitos. Notou-se, contudo, que quando a Administração está presente, normalmente na posição de demandada (devedora ou prestadora de serviços), as características do desenho, o papel dos atores envolvidos, o nível de institucionalização, os desafios e dificuldades para sua resolução extrajudicial assumem contornos próprios, diferentes de quando o desenho de sistemas envolve empresas privadas." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 6).

[453] GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 6.

[454] "Considere-se, por exemplo, o ponto envolvendo a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF. Cada uma, a seu modo, constitui um marco na história recente da administração pública brasileira. Elas reforçam a necessidade de planejamento, transparência, controle e responsabilização, para que assim a noção de *accountability* seja incorporada ao cotidiano do gestor da coisa pública brasileira. Embora a eficiência da Administração Pública também seja princípio consagrado constitucionalmente, as entrevistas realizadas deixaram entrever uma dificuldade dos componentes dos órgãos públicos em adotar idéias ligadas a formas de resolução de controvérsias que não sejam a sentença

legais[455] e a falta de motivação dos administradores e advogados públicos, a cultura da sentença e o mito da indisponibilidade de direitos.[456]

Dessa forma, a solução mais fácil para o administrador público continua sendo relegar ao Poder Judiciário[457] a tomada das decisões e a construção de procedimentos. A criação de programas de DSD impõe uma postura proativa, bem como um certo grau de regulamentação, o que, no âmbito do Estado de São Paulo, já seria possível, frente à existência da Lei de Processo Administrativo.

---

judicial. É que a adoção de um DSD ou a adesão a uma modalidade de mecanismo alternativo de solução de conflito significa, para o ente público, assumir certas posições e responsabilidades. Neste aspecto, as leis de responsabilidade fiscal e de improbidade, a falta de regras claras do que pode ser transacionado e a ausência de mecanismos ágeis dos órgãos para autorizar decisões funcionam como desincentivos para a criação de um DSD envolvendo conflitos de interesse público. As regras e mecanismos de *accountability* em todas as suas dimensões (vertical, horizontal e societal) são ingredientes importantes no arranjo de um programa extrajudicial de solução de conflitos. Sob este aspecto, a via judicial é muito mais segura para o ente público, já que a solução judicial se sobrepõe (embora não elimine) às várias formas de controle externo – do Ministério Público, do Tribunal de Contas dos Estados e da União, além das Leis de Responsabilidade Fiscal e de Improbidade Administrativa. A atuação da Administração no processo judicial, no qual tudo é burocrático e lento, deixa-a confortável, tendo em vista que os ditames de transparência e controle estão atendidos, ainda que a solução judicial conspire contra a exigência de eficiência145, seja da Administração, seja na forma de resolução da controvérsia. Ao mesmo tempo em que se transfere a questão ao Poder Judiciário, isentando a Administração de maior responsabilidade – pois, afinal, a decisão caberá ao Poder Judiciário – ganha-se também no quesito tempo – pois a demora do Poder Judiciário pode ser estrategicamente benéfica aos interesses da Administração, embora nociva aos interesses da sociedade." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 96-97).

[455] "A partir da pesquisa empírica, constatou-se que atualmente há uma série de desincentivos à resolução extrajudicial de conflitos por parte da Administração Pública (aspectos culturais, legais, o sistema de cobrança por precatórios, os controles exercidos pelo Tribunal de Contas dos Estados e da União, dentre outros." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 95).

[456] "Nem sempre ficou claro o quanto os aspectos envolvendo o conflito são passíveis de transação e o quanto os entes estatais são dotados de mecanismos internos de decisão para dar uma resposta rápida no caso de implantação de um programa extrajudicial de solução de conflitos. [...] Esta falta de clareza quanto aos limites do que é possível ser objeto de transação e a forma de sua satisfação (*v.g.*, precatórios) constituem desincentivos. Trata-se de ponto sensível, pois qualquer sistema a ser pensado envolvendo DSD para tratar de conflitos de interesse público deve levar em conta este aspecto essencial. Se o Poder Público age ou responde sem a velocidade que se espera em um desenho extrajudicial proposto, o próprio programa ou forma alternativa de solução tem sua serventia questionada ou eficiência comprometida." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 96).

[457] "As entrevistas realizadas e até mesmo a seleção dos casos demonstraram uma forte dependência do Poder Judiciário como órgão decisor e foro para a resolução dos conflitos. Nessa linha, o Poder Judiciário funciona como arena não propriamente para resolver conflitos, mas para transferir o problema. Do lado do jurisdicionado, no entanto, a visão é diferente. O Poder Judiciário é enaltecido como instância que transmite confiança, mas cuja velocidade e efetividade para resolver conflitos são vistas como defeito. Por essa razão, um DSD deve ter a virtude de congregar a confiança que o Poder Judiciário inspira com uma celeridade e efetividade que ele não tem. Neste aspecto, o Poder Judiciário poderia desempenhar, em um eventual desenho extrajudicial de conflitos, um papel certificador e legitimador." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 98).

Ademais, interessante notar que um dos casos estudados na pesquisa sobre DSD teve por objeto compelir o Estado de São Paulo a instituir, por si ou por terceiros a ele conveniados, política que assegurasse integral tratamento, assistência e educação a pessoas portadoras de autismo residentes no Estado de São Paulo.[458]

A sentença, que veio a ser confirmada em segunda instância, impôs a condenação do Estado em custear o tratamento especializado aos portadores de autismo, até que providenciasse unidades especializadas próprias e gratuitas para esse fim, afastando-se inclusive de internação junto com pacientes mentais comuns. A sentença criou um verdadeiro procedimento, uma porta para o cumprimento da sentença coletiva de forma individualizada: Nesse caso, o representante legal do paciente autista deveria deduzir pedido administrativo ou se habilitar individualmente nos autos da ação civil pública, de sorte que os pedidos fossem instruídos com documentos hábeis à comprovação da patologia, Foi ainda facultada a indicação da instituição de preferência para o tratamento.

A sentença, ao criar tal porta de atendimento administrativo ou judicial, deferiu ao Estado de São Paulo o direito de, de forma fundamentada, demonstrar a_inviabilidade da indicação, se for o caso, e eleger outra entidade adequada, desde que próxima à residência do autista postulante. Por sua vez, em apelação e em sede de embargos de declaração opostos pela Fazenda do Estado, deferiu-se ao Estado de São Paulo o controle da política pública de atendimento aos autistas:

> [...] cabendo ao Estado proceder a um controle dos estabelecimentos que se habilitem para tratamento dos autistas, de modo a verificar que poderá ele se desenvolver de acordo com as boas regras educacionais e terapêuticas, assim como a implementação das regras técnicas para garantia de um adequado tratamento aos pacientes.

Veja-se que toda a ação civil pública serviu ao final para impor a condenação do Estado de São Paulo para fornecer tratamento, seja diretamente, seja por meio de escolas /clínicas conveniadas.[459]

---

[458] Ação civil pública proposta pelo Ministério Público, Processo n. 053.00.027139-2, que tramitou perante a 6º Vara Cível da Fazenda Pública de São Paulo.

[459] A pesquisa da FGV chegou a conclusão parecida, embora não tenha vivenciado na prática os problemas da execução do julgado, que se tornou uma nova lide, tratada, dessa vez, de forma individual: "A definição do DSD também está ligada ao âmbito do conflito. Nos conflitos em que a questão gira em torno da definição de valores para indenizar, havendo um limite previamente definido (fundo ou seguro), o foco é na administração destes valores. Tarefa mais ambiciosa é submeter ao DSD a solução do conflito que significa

Porém, na fase de execução, se instaurou uma "verdadeira nova lide", eis que a discussão passou a ser se as clínicas ou escolas conveniadas eram aptas ao tratamento dos autistas. Os mais abastados, contando com advogados constituídos e com condição de manter um processo e questionar os serviços prestados pela Adminsitração, passaram a desacreditar o serviço público e, via de regra, conseguiram o custeio de escolas de sua prefrência. Por sua vez, os assistidos da Defensoria Pública em geral se satisfaziam com os equipamentos estatais fornecidos.

Outro recente modelo impróprio de DSD, em que a solução se deu de baixo para cima, diz respeito às vítimas da Escola de Suzano em que ex-alunos alvejaram uma dezena de alunos. Nesse caso, para solucionar rapidamente a questão, ofereceu-se uma indenização de cerca de cem mil reais para os famíliares das vítimas, o que não coibiu que aqueles que também se sentissem lesados de alguma forma fossem contemplados, seja financeiramente, seja com o devido apoio.

Nesse caso, um diagnóstico bem feito poderia levar o Estado ao desenho de uma melhor forma de solução do conflito, buscando minimizar ao máximo os efeitos da tragédia.

3.2.1 Utilização dos princípios de DSD a partir dos postulados da negociação baseada em interesse − aplicação à Fazenda Pública

Resolver problemas jurídicos de forma eficiente, barata e justa pode ser algo aplicado à Fazenda Pública, ainda que com certas travas do direito administrativo.

---

uma transação mais ampla. No caso de São Luis do Paraitinga, por exemplo, a discussão não girou apenas em torno de valores de indenização, mas, antes disso, ao que estaria compreendido na indenização. Da mesma forma, no caso dos Autistas, a definição das obrigações é um problema em si, já que muitas delas surgem a cada dia, sem dizer que a forma de sua satisfação não é, na maior parte das vezes, em dinheiro, mas sim em obrigações que consistem em prestações do Estado, entregando determinado bem, serviço ou fazendo alguma coisa. Sem dizer, ainda, que há aspectos do conflito que não se circunscrevem ao valor da indenização material, mas sim a aspectos envolvendo os desgastes emocionais e psicológicos daquele que pretende algum tipo de reparação moral." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 99).

Partindo dessa premissa, vamos estudar a aplicação da negociação baseada em interesse, metodologia desenvolvida por Fischer e Ury[460], membros do Projeto de Negociação de Harvard (Harvard Negotiaton Project). Valendo-se de diversas técnicas, sobretudo da psicologia, desenvolveram o método de negociação baseada em princípios (*principled negotiation*), buscando encontrar em uma negociação quais os pontos imutáveis e quais os pontos flexíveis. Embora o método seja aplicado para relações comerciais, ou seja, em que se pretende chegar a acordo sem romper relações, vamos analisar a aplicação de tal método em conflitos envolvendo a Administração Pública.

Como visto no tópico relativo à negociação, os autores formularam cinco proposições para atingir o "sim": 1) a separação das pessoas do problema; 2) focar nos interesses, não nas posições; 3) inventar opções para ganho mútuo; 4) insistir em critérios objetivos; 5) conhecer a melhor alternativa ao acordo negociado, também conhecido como BATNA (*Best Alternative To Negotiated Agreement*).

No primeiro caso, busca-se separar as pessoas do problema[461]. Em geral esse problema não existe em relação à Administração Pública, que em tese está sujeita ao princípio da impessoalidade.

Ocorre que a impessoalidade não pode ser confundida com a falta de eficiência administrativa, princípio esse também dirigido ao gestor público, se deixar de praticar atos de boa gestão em relação ao administrado.

Dessa forma, pode-se analisar que, do ponto de vista da boa gestão, deve haver a preocupação do gestor em atingir o fim social, e mais, do ponto de vista da impessoalidade, a Administração Pública tem a vantagem de não se "envolver emocionalmente com o conflito".

Pelo segundo postulado, procura-se entender o conflito, ou seja, o interesse da parte, e não quem são elas. Assim, procura-se compreender, no caso de conflitos entre cidadão e Estado, o que elas pretendem, quais são seus reais interesses, que podem ser os

[460] FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce, *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões, cit., p. 46.
[461] No método proposto por Fisher e Ury, a proposição divide-se em percepção, emoção e comunicação.

mais variados: o sentimento de justiça pela morte de um filho pela Polícia Militar, a mera indenização por uma gratificação não remunerada, o sentimento de injustiça por fármaco não fornecido.

O terceiro postulado visa à criatividade na busca da resolução de um conflito ou benefício recíproco em um negócio. Cabe então ao gestor ou advogado público a procura de soluções criativas na resolução de conflito, evitando, por exemplo, a mecanização da forma de resolver conflitos, o que via de regra é muito comum nos litígios em massa, nos quais não é possível um tratamento customizado.

A quarta proposição é a tentativa de solução do conflito com o uso de critérios objetivos, evitando o emprego de critérios subjetivos.

Por fim, o último critério é chamado a melhor alternativa para o acordo negociado BATNA, ou seja, e não é possível uma negociação se todo o poder estiver concentrado de um lado.

Tal postulado implica uma revisão da posição da Fazenda Pública, eis que se ela se valer de critérios como a supremacia do interesse público sobre o particular, atos de império ou posições de superioridade, jamais chegará a soluções negociadas com o cidadão.

Por tudo isso, o DSD é uma ferramenta colocada à disposição do Estado na busca das melhores soluções possíveis e adequadas aos litígios apresentados, que deve buscar soluções eficientes, adequadas e efetivas.[462]

[462] Percebendo as vantagens do DSD para Fazenda Pública, aponta a pesquisa da FGV: "A vantagem econômica alcançada com o DSD, se comparada com a via judicial, o cálculo a partir da relação custo vs. benefício, a exposição financeira das partes, os custos de imagem para o indenizador, o dispêndio de tempo e custos com o processo, advogados, árbitros, perícias e recursos, são argumentos importantes para convencer determinado ator a adotar ou aderir a um programa relacionado a DSD. Porém, esses argumentos parecem ter maior apelo e convencer mais as empresas privadas do que o Poder Público. A tomada de decisão em diferentes esferas leva em conta critérios e incentivos diferenciados, agregando-se no contexto dos conflitos de interesse público o custo político e social das decisões, a imagem política e visibilidade do conflito, muitas vezes maximizadas pela atuação da mídia." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 9).

Não se nega ainda que o Estado também deve analisar os custos da disputa, ou seja, o que vale mais a pena: o processo ou a solução negociada? Enquanto os administradores não repensarem tal posição, pouco ou nenhum espaço existirá para o DSD ser empregado pela Fazenda Pública.[463]

O ponto de partida do método de DSD proposto por Fischer e Ury decorre de premissas como reconciliação de interesses (*interests based*), que via de regra está associada a métodos de mediação, determinação de quem está certo (*right-based*), conectada a métodos adjudicatórios como a arbitragem, ou ainda um método coercitivo, que a Fazenda Pública utiliza corriqueiramente quando opta por não resolver o conflito (*power-based*). Deve-se ainda levar em conta o custo da demanda, sem esquecer que no modelo americano o custo do processo é um fator a considerar, mas que não existe no caso brasileiro envolvendo a Fazenda Pública.

3.2.2 Processualização: construção do procedimento

Como já discutido, é necessário um grau de processualização na construção de soluções para sistemas de disputa. Quanto à regulamentação, o Estado de São Paulo já possui a Lei de Processo Administrativo, que pode ser utilizada para a modelagem, juntamente com o novo marco legal de acordos administrativos e a Lei de Mediação.

Segundo Sérgio Guerra e Juliana Palma, o artigo 26 da LINDB estabeleceu um processo especial para a celebração do compromisso nele previsto, estruturado nas seguintes fases:

> (i) iniciativa; (ii) instrução; e (iii) celebração do compromisso. A iniciativa para propositura do compromisso pode vir tanto da autoridade administrativa quanto do interessado. Como se trata de um processo negocial, é imprescindível que a demonstração de interesse em celebrar o acordo seja traduzida a termo quando verbalizada, considerando que os atos processuais devem assumir a forma escrita. O processo consensual pode tanto ser um processo autônomo quanto um apenso ao principal, como os processos de autorização ou sancionadores. A fase de instrução é marcada pelas seguintes fases: negociação, realização de consulta pública, se for o caso, e oitiva do órgão jurídico. Ato seguinte, a negociação envolverá sempre a autoridade competente e o futuro compromissário, a quem a Lei atribuiu a posição de interessado. Essa terminologia não é aleatória: trata-se da mesma empregada pela Lei Federal de Processo Administrativo para indicar

[463] Ury, William L.; BRETT, Jeanne M; GOLDBERG, Stephen B. *Getting disputes resolved*: designing systems to cut the costs of conflict. San Francisco: Jossey-Bass, 1988. (Jossey-Bass Management Series).

> as partes do processo administrativo federal, solução esta que pode ser verificada também com relação às demais leis de processo administrativo. Aqui há um reforço à aplicação subsidiária das leis de processo administrativo à celebração do compromisso da LINDB [...].[464]

Portanto, um procedimento seguro deve ser empregado para evitar questionamentos ou casualismos. Nesse diapasão, a expedição de decretos regulamentadores pode ser um guia na criação de procedimentos para a solução de disputas e a construção de modelos consensuais.

3.2.3 Diagnóstico do conflito: tipologia e adequação

A primeira e mais importante etapa a ser vencida é a realização de um diagnóstico[465] do conflito, e assim compreender não só o conflito existente, mas também analisar em que sistema[466] de resolução esse conflito está inserido.[467]

Em apertada síntese, o diagnóstico é feito através de três perguntas que a Fazenda Pública pode fazer para estabelecer o desenho do sistema de disputas: Quais disputas a Fazenda Pública enfrenta? Como essas disputas vêm sendo resolvidas pela Fazenda Pública? Por que os procedimentos atuais vêm sendo utilizados?[468] Como já demonstrado no início do presente trabalho, fica claro que não há qualquer filtro das ações que entram,

---

[464] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de, Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública, cit., p. 154.

[465] URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen, *Resolução de conflitos*: concepção de sistemas para reduzir custos de conflitos, cit., p. 20.

[466] Diego Faleck apresenta três grandes pontos de análise: (i) partes interessadas (*stakeholders*); (ii) disputas; (iii) mecanismos e canais em uso (FALECK, Diego, *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos, cit., p. 46).

[467] Por exemplo, no caso da ação civil pública de implementação de tratamento para autista, não bastava ao Estado de São Paulo, compreende o problema da "questão autista", mas também compreender quais soluções o sistema em que ele estava inserido daria: no caso, a adjudicação, realizada por uma sentença judicial que, ao final, demonstrou não solucionar o caso.

[468] Aponta Maria Cecília Asperti, também se valendo das lições de William Ury: "O procedimento para construção desses sistemas inicia-se com um diagnóstico dos meios de resolução de disputas existentes: quais são as disputas que surgem no contexto do sistema, como elas são dirimidas (e com que custo) e porque determinados procedimentos são utilizados. Com base nesse mapeamento, um novo sistema − ou aprimoramento do sistema atual – pode ser delineado, de modo a reduzir os custos e aumentar os ganhos envolvidos. Para tanto, apresentam-se cinco princípios básicos a serem observados no desenho de um sistema: (i) o foco deve estar nos interesses; (ii) é necessário que haja mecanismos pelos quais as partes possam voltar a negociar caso entrem em uma disputa de direitos ou poder; (iii) deve haver procedimentos subsidiários de solução de disputas baseados em direitos e em poder; (iv) devem-se estabelecer meios de consultar os envolvidos antes e após o conflitos; (v) devem-se organizar os procedimentos em uma sequência que vai do menos para o mais custoso." (ASPERTI, Maria Cecília de Araújo, *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas*: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário, cit., p. 79).

restando a vala comum do Judiciário para a solução de todos os conflitos (salvo as raríssimas exceções dos cerca de oitenta e oito contratos administrativos que contêm cláusula compromissória).

3.2.4 Propostas para utilização de DSD pela Fazenda Pública

A pesquisa da FGV enunciou proposições para a aplicação de tal instituto pela Administração Pública: regras claras para autorizar os entes públicos a celebrar acordos e transacionar; criação de câmaras e foros de solução de controvérsias envolvendo a Administração; criação de fundos; as figuras do *designer*, do observador e do *special master*.

Especificamente no que tange às três primeiras propostas, elas guardam similitude com as balizas doutrinárias do presente trabalho, mas, conforme demonstrado, podem ser superadas, frente ao arcabouço jurídico existente no direito administrativo nacional.[469]

Da mesma forma, a necessidade de fóruns adequados para solução de controvérsias, traduzidas como câmaras de resolução de conflitos com a Administração. No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei Orgânica da PGE já criou, ainda que timidamente, a Câmara de Conciliação da Administração Estadual (CCAE), à qual compete buscar a solução de

[469] "A ausência de regras claras sobre o que é possível ser objeto de acordo e transação, com a aplicação de uma ou mais modalidades de meios alternativos de solução de conflitos, dificulta enormemente a atuação da Administração nesta área. Saber se determinado ponto é disponível ou passível de transação, assim como dotá-la de poderes para transação, é premissa fundamental para qualquer programa de DSD em que a Administração participe. Quando há disposição clara acerca desta autorização, a atuação do Poder Público ganha em eficiência e objetividade Por essa razão, a definição de competência da Administração para transacionar, com a definição exata (i) das matérias, (ii) dos valores e limites e (iii) dos agentes competentes ou da possibilidade de delegação de tal competência, com a adoção de mecanismo interno ágil para decidir com eficiência, são fatores que cimentam o caminho em direção à adoção de DSD em conflitos de interesse público no Brasil. Além de regras de competência, são importantes as regras de procedimento que estabeleçam diretrizes para a resolução alternativa do conflito, e permitam um maior controle e transparência das decisões, respeitando o elemento de *accountability*. Vale notar, entretanto, que essas normas não podem ser rígidas a ponto de asfixiar a atuação administrativa. Nesse sentido, um olhar detido deve também recair sobre a atual lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei 9784/1999). Outra preocupação que se deve ter em mente no estabelecimento de um permissivo para a Administração transacionar é a questão da isonomia no tratamento das partes e das demandas. Não se pode permitir que os agentes ou entes administrativos transacionem sem que qualquer critério de isonomia seja levado em consideração. Para evitar uma tal desigualdade poderiam existir diretrizes e balizas determinando critérios de tratamento, além de um arquivo centralizado com a memória dos precedentes para a consulta dos padrões anteriormente utilizados." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 100-101).

controvérsias de natureza jurídica entre entidades da Administração estadual, em sede administrativa, por meio de conciliação.[470-471]

Contudo, há alguns problemas de ordem prática na eventual criação de câmaras próprias para a resolução de conflitos com a Administração. O primeiro diz respeito ao fato de as partes privadas não serem obrigadas a tentar a mediação/conciliação ou exaurir a esfera administrativa antes de intentar a ação judicial. Isso decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da independência das esferas, e assim, não se tem como obrigar tal participação.

Em segundo lugar, a questão da impossibilidade de vincular membros do Ministério Público e da Defensoria Pública a acordos gerais, envolvendo determinada população ou interessados de forma coletiva. Isso porque, dada a autonomia que dos membros dessas carreiras possuem, não se tem como vincular todos os promotores de justiça ou todos os defensores a aderir a determinada tese ou procedimento. Nesses casos,

---

[470] Lei Orgânica PGE: "Art. 54. [...] § 1º - Compete ao Procurador Geral Adjunto a coordenação dos trabalhos da CCAE, com o auxílio de Procuradores do Estado conciliadores, designados por ato do Procurador Geral. § 2º - A critério dos membros da CCAE, poderão ser convidados Procuradores do Estado e demais servidores da Administração para participar de suas atividades. § 3º - O funcionamento da CCAE será definido em resolução do Procurador Geral. Art. 55. O conciliador e os representantes dos órgãos e das entidades em conflito deverão, utilizando-se dos meios legais e observados os princípios da Administração Pública, envidar esforços para que a conciliação se realize. Art. 56. Realizada a conciliação, será lavrado o respectivo termo e submetido à homologação do Procurador Geral. Parágrafo único - O termo de conciliação homologado será encaminhado à CCAE. Art. 57. A CCAE poderá solicitar a manifestação da Procuradoria Administrativa sobre questão jurídica para dirimir a controvérsia, que será submetida ao Procurador Geral, por intermédio do Subprocurador Geral da Consultoria Geral."

[471] A pesquisa da FGV assim conclui: "A experiência de determinados foros criados com a finalidade de resolver controvérsias envolvendo a Administração já é uma realidade no cenário brasileiro, sendo o principal exemplo o da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). Criada no seio da Advocacia-Geral da União – que possui a competência de transacionar nas ações de interesse da União – pelo Ato Regimental nº 5, de 27.09.2007, esta Câmara constitui um esforço para dar continuidade aos trabalhos de conciliação/mediação que já vinham sendo realizados por câmaras ad hoc da AGU. Nos casos analisados na pesquisa, há a presença do particular e do Estado (Município, Estado e, em certo sentido, a União), o que aumenta o grau de complexidade na concepção de um DSD, notadamente em função dos limites e competências dos atores envolvidos. Os contornos do conflito e os atores envolvidos são elementos que influem na definição das câmaras, bem como em saber se elas devem ser de vocação permanente ou provisória, institucional ou *ad hoc* (como são as câmaras de indenização voltadas a um acidente específico). Dentre os casos estudados, no caso envolvendo os autistas a vocação seria para a criação de uma câmara permanente, tendo em vista que a cada minuto está a nascer um autista que pode pleitear aquilo que a decisão judicial garante aos autistas do Estado de São Paulo. Já no caso CPTM, a vocação seria de câmara provisória, pois o conflito envolve os atingidos pelo acidente. Quanto a SLP, tudo dependeria do que a Câmara se dispusesse a tratar. O seu caráter provisório ou permanente está ligado ao recorte do conflito a ser solucionado via câmara." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 102).

eventual acordo celebrado com a cúpula de tais instituições não impede que membros individualmente litiguem em sentido oposto.

Outra ideia defendida pela pesquisa da FGV diz respeito à utilização de fundos para pagamentos de indenização decorrente de processos administrativos de indenização modulados.

Nesse caso, conforme já comentado, o Estado de São Paulo poderia se valer da Lei n. 10.177/98, que regula o processo administrativo no âmbito do Estado de São Paulo, regulamentada pelo Decreto n. 44.422/99 e a previsão de pagamento da condenação administrativa por ordem cronológica própria, cabendo à PGE-SP efetuar a inscrição do débito, comunicando-o à Secretaria de Economia e Planejamento, devendo ser pago pela Secretaria da Fazenda, na ordem cronológica de sua inscrição.[472]

Dessa forma pode-se fazer uma reserva orçamentaria para o pagamento de acordos administrativos, o que evitaria o pagamento por meio de precatório decorrente de ação judicial ou sentença arbitral.

Por sua vez, a ideia da criação de fundo próprio para o pagamento de tais acordos administrativos também seria possível e cumpriria a mesma função da dotação orçamentária própria já prevista na legislação comentada.[473]

---

[472] Decreto n. 44.422/99: "Art. 6º. No âmbito da Administração descentralizada, o processo administrativo de reparação de danos será decidido pelo dirigente superior da entidade, observando-se, no que couber, o disposto neste decreto, inclusive quanto aos limites e condições para delegação e recursos de ofício, devendo as funções de Instrutor e de curador dos interesses da Fazenda ser exercidas por integrantes do respectivo órgão jurídico. Parágrafo único - Das decisões originárias do dirigente superior da entidade descentralizada caberá apenas pedido de reconsideração a mesma autoridade, sendo a competência do Governador do Estado restrita ao conhecimento dos recursos de ofício. [...] Art. 8º. Nos termos do artigo 19 da Lei n.º 10.177, de 30 de dezembro de 1998, fica delegada ao Secretário do Governo e Gestão Estratégica a competência do Governador do Estado para conhecer dos recursos voluntário e de ofício nos processos administrativos de reparação de danos de que trata este decreto."

[473] "A criação de fundos específicos está sujeita à previsão legal, que também trate de sua destinação. Nesse cenário, a contribuição que os fundos destinados a indenizar determinado conflito complexo podem dar é precedida da questão acerca dos limites desse fundo. Há fundos cuja verba é finita e há fundos que podem ser regularmente regados com novos valores. E a tarefa do gestor do conflito e do fundo será diferente com o primeiro perfil e o segundo. Além disso, as pessoas que contribuem com o fundo também suscitam o problema da destinação dos valores que o compõem. [...] O fundo público financeiro é toda reserva de receita para a aplicação determinada em lei e possui disposição no ordenamento jurídico brasileiro. Sua criação é regulada tanto pela Constituição Federal como pela lei de direito financeiro que estabelece as diretrizes para a elaboração do orçamento público, e determinam que o fundo somente pode ser instituído por meio de lei ou autorização legislativa. Eles não possuem personalidade jurídica e seu controle é feito pelo Tribunal de Contas do ente federativo que direcionou recursos a ele. Dentro desse panorama geral do

Por fim, a proposta das figuras do *designer*, do observador e do *special master*[474] parece que pode ser atribuída à figura do *mediador-conciliador* e o foco pode ser a técnica a ser utilizada por esse mediador para que possa levar as partes a construírem o procedimento.

De outro turno, não se pode negar a capacidade da Administração Pública de construir o procedimento de forma justa e equânime, o que pode se atingido inclusive por meio de audiências públicas, participação de associações de interessados, Ministério Público, Defensoria e órgãos de controle.

---

fundo público, seria interessante a possibilidade de, para lidar com situações de emergência, que o Poder Executivo pudesse, por meio de um decreto executivo, determinar a criação de um fundo e um respectivo plano de aplicação de recursos. Aqui encontramos uma barreira da legislação atual. Para que isso pudesse acontecer, seria necessária uma ei que permitisse, frente a situações de emergência e calamidade pública, a criação de tais fundos por decreto." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 107-109).

[474] A pesquisa da FGV destaca que um terceiro pode ser facilitador na criação do programa de DSD envolvendo a Fazenda Pública: "O estudo empírico dos três casos selecionados, bem como os casos que serviram de forma instrumental à pesquisa, suscitaram diversas perguntas sobre a figura do designer de um programa de resolução extrajudicial de conflitos. Quem deve ser esse *designer*? Deve ser um grupo de pessoas ou um único indivíduo? Deve ser indicado pelas partes ou por alguma instituição (Judiciário)? Qual deve ser o seu perfil? Deve estar mais próximo do conflito – possuir conhecimento técnico sobre a matéria em questão – ou deve ter conhecimento e domínio sobre as técnicas de solução de conflitos? Também chamou atenção a figura do *Special Master*, terceiro que pode ser indicado pelo Judiciário (*court-appointed*) ou pelas partes e que passou a assumir um papel importante dentro da técnica de gerenciamento de demandas (*case management*)153. Apesar de poder cumprir diversas outras funções, o *Special Master* atua especialmente na resolução consensual de casos complexos (*Special Settlement Master*) – aqueles que envolvem dados técnicos complexos, longas audiências e negociações, grande número de pessoas e interesses, assumindo muitas vezes para isso o papel de designer de sistemas de solução de conflitos." (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.), *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, cit., p. 103).

CONCLUSÕES

O presente trabalho procurou levantar questionamentos acerca da adoção do sistema adversarial que a Fazenda Pública acabou por impor como forma principal para solução de seus conflitos. Procurou-se demonstrar que as alternativas possíveis dentro do sistema jurídico já existem, e passam antes de tudo pelo abandono da ideia binária de oposição Estado-cidadão, partindo-se para um modelo de construção de solução com ganho de ambas as partes

Os dados aqui expostos mostram a realidade do contencioso do Estado de São Paulo, decorrente da adoção da política de resolução de conflitos quase que exclusivamente pelo Judiciário, que, a par da existência de uma política tímida de não interposição de recursos aos tribunais de justiça e superiores em matérias cujas derrotas são constantes, o número de ingresso de novas ações torna o sistema absolutamente inviável. A conta é simples: o Estado de São Paulo, no ano de 2019, deixou de interpor cerca de 15 mil recursos, num universo de cerca de 320 mil novas ações no ano de 2018 e de cerca de 400 a 500 mil novas ações no ano de 2019, cujo número oficial ainda não foi divulgado.

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo, ainda que forçosamente apta pela legislação pátria ao emprego de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, ainda sofre pela absoluta falta de gerenciamento de seu contencioso.

Os números do Estado de São Paulo demonstram isso pois, ainda que gritante o número de novas ações e de derrotas por uma jurisprudência muitas vezes consagrada, sobretudo em áreas como direitos trabalhistas e estatutários de servidores públicos, saúde pública e pagamentos de toda ordem, há absoluta falta de vontade política em se gerenciar o contencioso, culminando com uma política nefasta de consecutivas derrotas, recursos judiciais protelatórios e pagamento de precatórios.

E mais, a fim de “empurrar o problema” para outras gestões e gerações, optou-se recentemente por diminuir o valor das OPVs, para permitir o pagamento por meio de precatórios, em futuras gestões. O efeito prático é que muitos credores morrem ou cedem

seus direitos creditórios para empresas de comércio de precatório, com deságio de até cinquenta por cento.

A despeito da total falta de respeito pelo sistema de justiça, pela cidadania e pelo fim social do processo civil, a atual prática de resolver os problemas jurídicos do Estado de São Paulo por meio da ação judicial e pela rolagem da dívida por meio de precatórios, vem gerando um prejuízo econômico ao Estado.

É possível apurar economicamente, por meio de fórmula matemática, quando o acordo se mostra mais vantajoso à Administração, ao invés do processo. O cálculo envolve o custo do processo, o tempo do processo e as chances de vitória ou derrota. Não se nega, entretanto, a importância da normatização de procedimentos internos de processualização da tomada de decisão quanto ao uso de meios alternativos de solução de controvérsias pela Administração.

Especificamente no caso do Estado de São Paulo, embora não sejam divulgados os números oficiais exatos das derrotas do contencioso, é cediço que, pelo grande número de processos em execução, o modelo atual não é bem-sucedido. Somente no ano de 2019, ingressaram no setor de execuções cerca de 67 mil novos processos. Tais processos, que decorrem do trânsito em julgado de processos de conhecimento de anos anteriores − lembrando que em 2014, entraram 55.544 processos novos; em 2015, 64.972; em 2016, 122.938; em 2017, 235.062; em 2018, bateu-se o recorde, com 319.576, o que indica que o número provável do ano de 2019 passará de 500 mil processos novos −, associados à redução do limite de pagamento por OPV, mostram que se avizinha uma grave crise de pagamentos aos credores.

Diante dessa triste realidade, na qual a solução primordial dos conflitos se dá por meio da sentença judicial, o estudo da aplicação de meios alternativos de solução de controvérsias, como a negociação, a conciliação e a mediação, é imperioso. Porém, a realidade evidencia que a opção adotada pela Fazenda Pública pela sentença judicial, associada às sucessivas derrotas, bem como a manutenção dessa qualidade de litigante de massa, ainda que inconsciente, é inconsequente, pouco se importando com o custo do processo, o custo social e o prejuízo econômico que causa à população e ao erário.

Mecanismos jurídicos aptos a repensar o sistema, conforme exposto, estão plenamente em vigor e podem ser utilizados pelo Estado de São Paulo. Necessita-se, contudo, de uma verdadeira mudança de mentalidade, e mais, de um verdadeiro gerenciamento do contencioso, abrindo as portas aos acordos.

O direito processual civil brasileiro vem mudando nas últimas décadas, e uma das mais significativas alterações corresponde ao reconhecimento de que a adoção de um sistema de soluções alternativas de controvérsias, ao invés da tradicional fórmula de solução de litígios por meio do Poder Judiciário, pode implicar um ganho social. Tal modelo aplica-se à Fazenda Pública.

Não se nega que já existe a previsão legal de tal sistema, pois, por meio do novo CPC, da Lei de Mediação e da Lei de Arbitragem, constituiu-se um quadro de possibilidades de múltiplas portas, no conceito de Frank Sander. Dessa forma, do ponto de vista legal, já existe um arcabouço que permite a utilização de tais métodos.

Outro importante incentivo aos meios alternativos de solução de controvérsias partiu do próprio Judiciário que, por meio a Resolução n. 125 do CNJ, instituiu a "política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade", reconhecendo a necessidade de se cultivas novas formas de resolução de conflitos.

No que tange à Fazenda Pública, a reforma da LINDB, realizada pela Lei n. 13.655/2018, introduziu o novel artigo 26, um verdadeiro marco legal para acordos administrativos. Entende-se que os acordos são de duas ordens: a escolha de mecanismos alternativos de solução de controvérsias ou o acordo resolutivo da própria controvérsia.

No modelo atual a jurisdição estatal, meio pelo qual o poder estatal se exerce, é quase que exclusivamente o grande solucionador de conflitos e pacificador social. Porém, num cenário como o de enfrentamento de milhares ações envolvendo a Fazenda Pública, a multiplicidade de temas, bem como a falta de estrutura para dar conta de cerca de 400 mil novos processos anuais, tornou o sistema inadequado para dar uma resposta social.

Discutiu-se porque o Estado de São Paulo, ente federativo mais rico e desenvolvido, com a estrutura tecnológica mais avançada, o maior número de advogados, juízes e faculdades de direito, tem índices tão baixos de acordos administrativos e como seu contencioso aumenta em número alarmante.

Demonstrou-se que os meios alternativos de solução de controvérsias não são aplicados, senão a arbitragem, justamente por uma imposição do mercado.

Num cenário de múltiplas opções postas à disposição da Administração, deve haver no mínimo algum balizamento legal para que as escolhas possam ser feitas com segurança jurídica e sem eventuais questionamentos por órgão de *accountability*.

Rememorando o arcabouço jurídico que se mostra alternativo à sentença judicial, podemos apontar hipóteses em que o legislador autorizou o uso pela Administração da conciliação, da mediação e da arbitragem. Mas, de qualquer modo, ao se analisar a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, o novo CPC, a Lei de Mediação e a Lei de Arbitragem, é nítida a permissão de uso por parte da Administração Pública desses mecanismos alternativos à sentença judicial. Tal discussão já foi amplamente veiculada na doutrina, quando o embate ocorria no cenário da utilização da arbitragem pela Administração Pública. Ademais, o novel artigo 26 da LINDB traz uma verdadeira autorização genérica para acordos. Dessa forma, proteção legislativa e segurança jurídica já existem em nosso ordenamento.

Por ora, atenta-se a uma doutrina que tenta classificar direitos aptos a algum grau de *acordo* com a Administração Pública conforme sua natureza: direitos patrimoniais, direitos transmissíveis, direitos disponíveis e direitos envolvendo a *contratualidade* administrativa. Há ainda a clássica divisão da disponibilidade e, portanto, a possibilidade de *acordos*, segundo se tratar de interesses primários ou secundários da Administração. Porém, no que tange à mediação, o legislador superou a questão, eis que mesmo direitos indisponíveis, porém transigíveis, podem ser objeto de tal mecanismo.

Concluiu-se que a doutrina administrativista vem buscando analisar o direito em disputa quanto à sua natureza para, a partir daí, classificá-lo quanto à possibilidade de transação ou acordo. Sob essa perspectiva, é impossível a formação de um modelo único

que permitisse compreender a suscetibilidade dos litígios à composição por meio de "acordos". Importante inovação legislativa veio com a Lei de Mediação, ao conferir à advocacia pública importante papel nos acordos, mostrando que ao representante legal da Administração Pública federal foi reservado o papel central nos atos de disposição do Estado. Daí se compreender a dimensão que a advocacia pública ganha, ao se tornar o grande propulsor de alternativas à jurisdição estatal, na solução de controvérsias com a Administração.

Defendeu-se o uso do *critério da adequação*, para determinar a utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias pela Administração Pública. Pode-se determinar que, no cenário atual, a conciliação, a mediação e a arbitragem começam a ter espaço para determinados tipos de litígios. Para tanto, necessário haver algum grau de processualização pela Administração, em expediente interno para escolha, que deve seguir os parâmetros da *boa administração*. Tal procedimento deve ser transparente e público, para deixar claro quais os caminhos intelectuais perseguidos pelo administrador, permitindo que toda a sociedade civil possa exercer a *accountability*.

Algumas críticas foram levantadas para demonstrar porque o contencioso da Fazenda Pública chegou aos atuais níveis de litigiosidade. O atual modelo de jurisdição una no Brasil não é uma novidade e se baseia na importação do modelo lusitano. Não é de se estranhar que, ao lado da experiência da arbitragem, em que se costuma falar de uma verdadeira *jurisdição arbitral* e a *justiça desportiva* constitucionalmente prevista, pouco espaço é encontrado para um segundo sistema de justiça obrigatório, senão o estatal.

Além disso, com o advento da Constituição de 1988, foi garantido um amplo acesso à justiça, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e garantias individuais. Tal fato gerou a judicialização desses direitos frente à Administração Pública.

Ressalta-se ainda que o mito da indisponibilidade de direitos e bens públicos, impossibilitando a Fazenda Pública de celebrar acordos, é enraizado na Administração Pública e nos gestores, fazendo com que não se transija, não se abra mão de quase nenhum direito, senão pela vontade judicial.

Outra causa apontada foi a ausência, no passado, de instrumentos de resolução de conflitos em massa, tais como o incidente de resolução de conflitos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Conforme se demonstrou pelos números do contencioso geral do Estado de São Paulo, no ano de 2019, provavelmente se chegará à cifra de 1,1 milhões de processos acumulados. A tradicional forma de se litigar, até o advento da Lei n. 7.437/85, em um contencioso de massa tradicionalmente previsto, era o litisconsórcio multitudinário. Tal forma, em relação aos particulares, foi mantida, sobretudo visando à fixação de honorários advocatícios. Isso, contudo, mudou de certa forma, eis que agora, em sede de execução, foi prevista a possibilidade de honorários em execução individual, decorrente da aplicação da Súmula n. 345 do STJ

Outro aspecto que impediu uma solução mais breve, ou mesmo administrativa, de litígios, ou por meios alternativos de solução de controvérsias, foi a possibilidade de *rolar a dívida* por meio de precatórios. Note-se que tal prática na administração pública brasileira já vem se consolidando em todas as esferas, seja municipal, estadual ou federal.

Por fim, não se nega a cultura do litígio, tanto da advocacia pública como da advocacia privada, aprendida nas faculdades, de submeterem conflitos ao método binário do ganha-perde, imposto pelo contencioso judicial. Há, portanto, uma falta de aprendizado quanto à possibilidade das partes se submeterem a métodos alternativos de solução de controvérsias.

Demonstrou-se a origem do instituto das multiportas, eis que modelo norte-americano importado pelo Brasil, fundamentalmente calcado na teoria de Frank Sander. Baseados no federalismo norte-americano, cada Estado federal pode estabelecer regras de solução de conflitos, sendo comumente citados, no campo das ADRs (ou MASCs no Brasil), os Estados da Flórida e de Nova York como possuidores dos modelos mais evoluídos.

Historicamente, o presente trabalho retomou o *acesso à justiça*, movimento surgido no pós-Segunda Guerra Mundial, sobretudo com os estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que capitanearam o Projeto Florença. Ele é encarado como um movimento social, mas a expressão *acesso à justiça* tem interpretações que vão além da sociologia jurídica, inspirando inclusive análises econômicas do direito. Em se tratando de verdadeiro

movimento mundial, a pesquisa envolveu a contribuição de diversas culturas jurídicas, ganhando força no Brasil com a Constituição de 1988.

A conciliação envolvendo a Fazenda Pública se aproxima do conceito de acordo, seja celebrado no curso de um processo, seja numa fase anterior à propositura da demanda, mas sem sombra de dúvida impõe às partes concessões recíprocas e uma finalidade negocial.

No direito brasileiro, o novo CPC procurou dar um tratamento diferenciado às funções dos conciliadores e dos mediadores, porém a conciliação e a mediação acabam por, do ponto de vista de resultado, sendo o mesmo instituto, sobretudo sob a visão da doutrina americana. A mediação é em geral definida como um meio de solução de conflitos em que um terceiro facilitador auxiliar as partes a solucionarem seu conflito. Assim, existe a figura de um terceiro, com especial função de levar as partes a um acordo. É, portanto, um método cooperativo, em que as partes chegam por si a um acordo, mas com o auxílio de um terceiro. O primeiro discrímen é a *existência de vínculo entre as partes*: na conciliação, não existe tal vínculo (*v.g.* numa batida de carro), na mediação ele existe (*v.g* como em questões familiares). Uma segunda diferenciação dos institutos *reside na postura e técnica adotada no procedimento*: na conciliação, o terceiro facilitador sugere soluções para o conflito; por sua vez, na mediação, tendo em vista o vínculo preexistente, o terceiro facilitador tem como dever auxiliar as partes a entenderem por si mesmas o conflito; dessa forma, partindo da *autocompreensão* do conflito, cabe ao mediador facilitar a comunicação entre as partes, de maneira que elas encontrem a solução por si próprias

Para a Administração Pública *negociar* num ambiente de mediação, deve haver um maior grau de *consensualismo administrativo*. Para tanto, é necessário repensar o modelo de supremacia da Administração em relação ao particular e enfrentar dogmas como os da "indisponibilidade de bens e direitos" e da "estrita legalidade" como impeditivos da realização de acordos.

Deve-se reconhecer a possibilidade de que tanto a sociedade como a Administração Pública, aqui vista como mais um dos agentes sociais, devem se unir pelo bem comum e não se colocar numa posição de confronto. O modelo teórico pelo qual isso é possível advém da chamada administração por acordos, na qual há um maior grau de participação e

colaboração social nos destinos do Estado. Por conta disso, o fenômeno da *contratualização da Administração Pública* ganha relevo e isso reflete inclusive nos modelos de solução de conflitos.

A Lei de Mediação mostra-se afinada com um novo pensamento administrativo, pois trata o Estado tanto como parte na mediação, tomando partido em um mecanismo ágil e que ainda reduz o sentimento de injustiça do cidadão, quanto permite que a Administração Pública seja um verdadeiro mediador de conflitos, por meio da constituição de câmaras, resolvendo os conflitos entre os demais órgãos e o cidadão. Pode-se, portanto, tratá-la como mais uma face do *consensualismo*

A arbitragem pode ser considerada como o modelo alternativo de controvérsias pioneiro utilizado pelo Estado de São Paulo, tendo sido empregado mais por uma pressão do mercado, ante um cenário de aumento de complexidade das demandas estatais, sobretudo nos contratos de PPP e de financiamento de infraestrutura. Através desse mecanismo, buscavam-se soluções rápidas e especializadas, ainda que de custo elevado. Pode-se, dessa forma, definir que foram utilizados para o contencioso estratégico.

O direito administrativo brasileiro vem passando por grandes transformações, a partir do prisma da consensualidade, o que vem, de certo, abalando os antigos dogmas da legalidade estrita e da supremacia do interesse público sobre o particular. Um novo marco legal surgiu a partir da Lei n. 13.655/2018, que trata da alteração da LINDB presente no CC de 2002, mas já existente no CC de 1916 como norma de introdução (LICC), e nitidamente reconhecida como uma sobrenorma de todo o direito pátrio.

Defendeu-se que havendo escolha por parte da Administração Pública de mecanismo alternativo de solução de controvérsia por cláusula a ser inserida em contrato, não se pode negar que esse acordo seja um negócio jurídico pré-processual típico, eis que possui previsão legal, atendendo assim à tipicidade, pois tanto a Lei de Mediação como a Lei de Arbitragem preveem a cláusula a ser estipulada pelas partes.

Do ponto de vista da segurança jurídica, em tese, a existência de norma regulamentadora da fase interna em que Administração Pública decide pelo uso de meios alternativos de solução de controvérsia traria tanto para sociedade, capaz de observar como

age o administrador, quanto para o próprio agente, que não correria o risco de extravasar seus poderes, um maior grau de segurança jurídica e transparência.

Vale lembrar que os acordos administrativos já estavam presentes no direito brasileiro, e os antecedentes dizem respeito aos TACs, referidos na legislação como compromissos de ajustamento de conduta, dão conta de sua inexistência na redação original da Lei da Ação Civil Pública de 1985. Com o advento do ECA em 1990, esse instrumento surgiu no artigo 211, mas somente com o artigo 113 do CDC efetivamente o TAC foi introduzido, com a reforma do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei n. 7.347/85.

Em se tratando de matéria afeta ao direito público, os mecanismos de controle da Administração são plenamente aplicáveis aos acordos administrativos, para a escolha de mecanismo alternativo de solução de controvérsia.

Assim, o controle interno da Administração Pública e a sujeição a diferentes órgãos e esferas de controle externo também devem estar presentes, sobretudo por se tratar de mecanismos consensuais e com maiores margens de questionamentos dos atos e procedimentos pelos quais a Administração Pública realiza o acordo.

Outa forma de acordo diz respeito à Lei de Acordos de Leniência. O fenômeno da formação de cartéis não é algo novo no cenário econômico mundial, tem sua origem na construção de grandes conglomerados econômicos no período posterior à segunda grande revolução industrial e decorre da concentração de mercados de produção ou de serviços, em que empresas atuam como se fossem apenas uma: é o chamado *falso oligopólio*, em que se dá a aparência de que várias empresas atuam de forma independente, mas há a *sombra*, em que acordos são celebrados de forma não aparente, entre os diversos *players*, para controlar o mercado.

Os males desse tipo de atuação são conhecidos: impedem a concorrência do pequeno produtor, há controle do preço afetando os consumidores finais, imposição de políticas aos mercados nacionais, prejuízo à inovação tecnológica e efeitos sobre a concentração do mercado de trabalho, dentre outros. O Brasil pôde experimentar os malefícios de tais práticas.

Da forma como a legislação trata o tema, restam diversas formas de questionamento da validade dos acordos de leniência celebrados. De certo, o tema passa obrigatoriamente pela separação de poderes e quais os limites reservados constitucionalmente para cada poder, e até onde cada instituição pode agir.

Pode-se concluir que esse grau de insegurança jurídica, decorrente das incertezas impostas pela legislação e, por que não, pela Constituição, podem comprometer importante trabalho que vem sendo feito no combate aos cartéis e ao livre desenvolvimento do mercado.

Uma alternativa dentro do sistema jurídico brasileiro seria a previsão constitucional desse instituto, trazendo os balizamentos e limites de participação de cada instituição. Assim, estariam de certa forma asseguradas a forma e as competências, evitando-se assim questionamentos e conferindo um maior grau de segurança jurídica ao instituto

Da mesma forma, defendeu-se a possibilidade de acordos administrativos em improbidade administrativa. Conforme demonstramos, a cláusula geral de acordos do artigo 26 da LINDB permitiria a celebração de acordo em ação de improbidade. Um primeiro argumento seria o da revogação, por parte da Lei de Mediação, do artigo 17, parágrafo 1º, da Lei de Improbidade, que proíbe acordos que tenham essa temática.

Dessa forma, o campo para o acordo, conforme defendido, está permitido, sendo plenamente possível a celebração. Para tanto, deveria haver uma processualização do rito procedimental para celebrar o acordo, o que é possível mediante o uso da Lei estadual de Processo Administrativo, e de se ater tanto aos parâmetros da Lei de Mediação quanto da LINDB.

Respeitados tais limites, e havendo tese consolidada nos acordos substitutivos/suspensivos das sanções administrativas, como visto em relação às agências reguladoras, sobretudo da União, perfeitamente possível o estabelecimento de um rito e limites para a celebração da avença.

Não se nega que seria salutar a existência de um decreto regulamentador, tal qual nos acordos de prevenção de dano já tratados, porém a inexistência de tal decreto não impede a realização dos acordos já liberados pelas outras normas citadas.

Por fim, os dados apresentados no presente trabalho demonstram como a judicialização entre a Fazenda Pública e os cidadãos vem aumentando a cada dia. Busca-se, por meio do uso de mecanismos alternativos, que essa processualização diminua. Já demonstramos que a conciliação, a mediação e a arbitragem podem ser mecanismos de solução adequados para determinados litígios, afastando assim a decisão do Judiciário.

Para tanto, o estabelecimento de acordos administrativos passa a ser uma importante ferramenta, seja para a determinação do meio alternativo a ser utilizado, seja para a resolução do próprio conflito.

Pode-se ainda valer-se da negociação direta e da criação de desenhos de solução de disputas. Para o uso desses mecanismos, defenderam-se regras mais claras para autorizar os entes públicos a celebrar acordos e transacionar; criação de câmaras de controvérsias envolvendo a Administração; uso da lei de processo administrativo para reparação de danos com orçamento próprio.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Resumo de direito administrativo descomplicado*. São Paulo: Método, 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 219-236.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo: teoria do contrato administrativo e seu regime jurídico específico. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Cap. 4, p. 171-232.f

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org.). *Tribunal multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf. Acesso em: 16 dez. 2019.

ALVES, Marcus Vinicius Armani. 2016. 257 p. A *Fazenda Pública na arbitragem*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas*: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário. 2014. 186 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência: (tentativa de sistematização). 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*. 2015. 290 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, n. 45, p. 155-174, abr./jun. 2015.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Breve análise sobre a arbitragem em conflitos que envolvem o Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 75, p. 13-20, jan./jun. 2012.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Adolfo (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva; 2016.

BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da eficiência: um enfoque doutrinário multidisciplinar. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 87, p. 39-50, jan./mar. 2001.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: Resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (ICC). Regulamento de Mediação. Paris: ICC, 2015. Disponível em: http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/ICC-865-1-POR-Arbitragem-Mediacao.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

CÂMARA, Flávia; GUIMARÃES, Leonardo. *Dispute board*: o método de solução de conflitos que vem ganhando espaço no Brasil. *Migalhas*, de 24 ago. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286212,21048-Dispute+board+o+metodo+de+solucao+de+conflitos+que+vem+ganhando. Acesso em: 30 nov. 2019.

CAMPOS, Diogo Leite de. A arbitragem voluntária, jurisdição típica do estado-dos-direitos e dos-cidadãos. *In*: CAMPOS, Diogo Leite de; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *A evolução do direito no século XXI*: estudos em homenagem ao professor Arnoldo Wald. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.

CARVALHO, André Castro. Pele em jogo: a LINDB e as assimetrias ocultas no cotidiano do administrador público brasileiro. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*: anotada: Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 2, p. 438-444.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASSESE, Sabino, Tendenze e problemi del diritto ammnistrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, v. 54, n. 4, p. 901-912, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale; acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman; com uma introdução do prof. Alfredo Buzaid. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1, cap. 22, p. 481-506.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia Programa de Leniência do CADE*. Brasília. 2017. p. 1-67. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRESPO, Mariana Hernandez; SANDER, Frank. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. *In*: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org.). *Tribunal multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. cap. 1, p. 25-38. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf). Acesso em: 20 dez. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*: (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, republicada [...]). 18. ed., 3. tiragem, rev. e atual. inclusive de acordo com a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (Pregão), e Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005 (regulamento do pregão eletrônico). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração pública e mediação: notas fundamentais. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DAKOLIAS, Maria. *O setor judiciário na América Latina e no Caribe*: elementos para reforma. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington, D.C.: Banco Mundial, 1996. (Documento Técnico, n. 319). Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9. ed., rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016 e a Lei 13.363, de 25.11.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1.

DINAMARCO, Júlia Raquel de Queiroz. Arbitragem e administração pública. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 26, n. 101, p. 264-282, jan./mar. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed, São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DUARTE, Zulmar. A difícil conciliação entre o novo CPC e a Lei de Mediação. *GEN Jurídico*, 02 maio 2017. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2017/05/02/dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-lei-de-mediacao/. Acesso em: 19 nov. 2019.

FALECK, Diego. *Desenho de sistemas de disputas: criação de arranjos procedimentais consensuais adequados e contextualizados para gerenciamento e resolução de controvérsias*. 2017. 200 p. Tese (Doutorado) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

FALECK, Diego. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

FARIA, Jose Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 188, p. 1-19, 2016. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4099/2812. Acesso em: 20 nov. 2019.

FERNANDES, Flávio Sátiro. A inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 8, n. 84, p. 25-30, out. 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988 e as Leis 8.666-93 e 8.883-94. São Paulo: Malheiros, 1994.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007.

FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. *Além da razão*: a força da emoção na solução de conflitos. Tradução: Arão Shapiro. Rio de Janeiro: Imago, 2009.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões. Tradução: Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen M. Against settlement. *Yale Law Journal*, v. 93, No. 6, p. 1.073-1.090, May 1984. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6871&context=ylj. Acesso em: 12 dez. 2019.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, Harvard Law Review Association, v. 92, No. 2, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: https://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf. Acesso em 20 dez. 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.). *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2010. (Série Pensando o Direito, n. 38). Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-38_o_desenho_de_sistemas_de_resolucao_alternativa_de_disputas_para_conflitos_de_interesse_publico_fgv.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004). São Paulo: Saraiva, 2005.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 p. Tese (Doutorado em Economia) − Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2012.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. Contribuições da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas nos meios complementares de tratamento de conflito: o estudo do *multidoor courthouse* system. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 164-180, 2016. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18233/15781. Acesso em: 30 nov. 2019.

GOLDBERG, Stephen B. SANDER, Frank E. A. Selecting a mediator: an alternative (Sometimes) to a Former Judge. *Litigation*, v. 33, No. 4, p. 40-44, Summer 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. atual. e anotada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 136, p. 249-267, jun. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *O novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-21.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, edição especial, Rio de Janeiro, FGV, p. 135-169, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>. Acesso em: 26 nov. 2019.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2008. 201 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 127-146.

HAGSTROM, Carlos Alberto. A disciplina do relacionamento entre as instituições financeiras e seus clientes: Código de Defesa dos Clientes de Bancos: comentários às Resoluções 2878 e 2892, do CMN: 1ª parte. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 29-58, jul./set. 2002.

IGNACIO, Laura. PGE de São Paulo reduz volume de recursos ao STJ e Supremo. *Valor Econômico*, de 04 nov. 2019. Disponível em: https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/11/04/pge-de-sao-paulo-reduz-volume-de-recursos-ao-stj-e-supremo.ghtml. Acesso em: 15 dez. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*: Lei 8.666/1993. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTIÇA em números 2016: ano-base 2015. Brasília: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/justicaemnumeros-20161.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63-110.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa. 2018. 265 p. Dissertação (Mestrado em Direito) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2018.

LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. (ed.). *The Pound Conference*: perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. St. Paul, Minn.: West Publ. Co., 1979.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. "Sistemas multiportas": opções para o tratamento de conflitos de forma adequada. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem*: curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012. p. 57-85.

LOGUE, Hugh. Interview with Jon Davies, outgoing CEO of Families Need Fathers. *Family Law*, 30 July 2010. Disponível em: https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/interview-with-jon-davies-outgoing-ceo-of-families-need-fathers-8652. Acesso em: 10 dez. 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 888, p. 9-36, out. 2009.

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINELA, Fernanda, BOLZAN, Fabrício (org.). *Leituras complementares de direito administrativo*: advocacia pública. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodium, 2010.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009 Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/211972/mod_resource/content/1/Do%20Contrato%20Administrativo%20%C3%A0%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Contratual%20-%20Floriano%20de%20Azevedo%20Marques%20Neto.pdf. Acesso em: 26 nov. 2019.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 27, n. 93, p. 39-42, set. 2007.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89-113.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, v. 12, n. 64, p. 85-104, nov./dez. 2010.

MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 122, p. 151-166, abr. 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades: atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*, v. 11, n. 41, p. 93-110, jan./mar. 2006. Disponível em: http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. Contratação de serviços técnicos com profissional ou firma de notória especialização. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 7, n. 32, p. 31-35, nov./dez. 1974.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1.827-1.858, 2015. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385/14138. Acesso em: 30 nov. 2019.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution. *In*: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (coord.). *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo*: entre atos unilaterais e contratos. 2016. 304 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral: introdução: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, t. 1.

MNOOKIN, Robert H. *Bargaining with the devil*: when to negotiate, when to fight. New York: Simon & Schuster, 2010.

MNOOKIN, Robert H.; PEPPET, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Beyond winning*: negotiating to create value in deals and disputes. 2. ed. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2000.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes. Direito tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 17, n. 88, p. 18-47, set./out. 2009.

MONTENEGRO, Manuel; ANDRADE, Paula. *Dias Toffoli defende superar cultura do litígio por meio da mediação*. Agência CNJ de Notícias, 26 set. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/dias-toffoli-defende-superar-cultura-do-litigio-por-meio-da-mediacao/. Acesso em: Acesso em: 30 out. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108. Acesso em: 19 set. 2017.

MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo (coord.). *Resolução de conflitos*: fundamentos da negociação para o ambiente jurídico. São Paulo, Saraiva, 2014. (Série GVlaw).

MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Técnicas de negociação para advogados*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização na administração pública. *Revista da AGU*, v. 8, n. 21, p. 125-141, jul./set. 2009. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63004/arbitragem_utilizacao_administracao_nogueira.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., modificada e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NYLUND, Anna. Access to justice: is ADR a help or hindrance? In: ERVO, Laura; NYLUND, Anna (ed.). *The future of civil litigation*: acess to courts and court annexed mediation in the Nordic countries. Cham: Springer International, 2014. p. 325-344.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 211-231.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 567-606.

OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de resolução de conflito*: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos. Dissertação (Mestrado) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

OTONI, Luciana. Justiça protagoniza homologação de acordos dos planos econômicos. *Agência CNJ de Notícias*, 02 ago. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-protagoniza-homologacao-de-acordos-dos-planos-economicos/. Acesso em: 18 out. 2019.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. Tese (Doutorado) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública*: estudo do processo administrativo normativo. 480 p. 2014. Tese (Doutorado) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual*: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 332 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) − Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e o seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal*: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 143-188.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PEIXOTO, José Roberto da Cunha. Elementos da negociação: critérios objetivos. *In*: MARASCHIN, Márcia Uggeri (coord.). *Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal (EAGU), 2017. p. 21-37.

PELUSO, Antonio Cezar. Mediação e conciliação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 8, n. 30, p. 15-19, jul./set. 2011.

PEREIRA, Caio Mário de Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 10. ed., 17. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). *Revista Brasileira de Infraestrutura*, RBINF, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

PEREZ, Marcos Augusto. O negócio jurídico administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 263-273.

PORTO, Antônio José Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello (col.). *Análise econômica do direito (AED)*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2013. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em: 22 nov. 2019.

PRESS, Sharon. *Court-connected mediation and minorities*. American Bar Association (ABA), 29 June 2017. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/publications/dispute_resolution_magazine/2013/summer/court-connected-mediation-and-minorities/. Acesso em: 02 dez. 2019.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-27, jan./jun. 2008. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168. Acesso em: 15 nov. 2019.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*: commentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas; com a collaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879. 2 v. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220533. Acesso em: 12 dez. 2019.

RIBAS, Antonio Souza; RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Arbitragem como meio alternativo na solução de controvérsias tributárias. *Revista Tributaria e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 13, n. 60, p. 223-247, jan./fev. 2005.

RICCI, Edoardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 402-412.

RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 862, p. 22-33, ago. 2007.

RUNDLE, Olivia. *Court-connected mediation programmes*: implications for courts and the legal profession. p. 1-10. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/f883/156eb6b1406b40524cdc9f08a043a6fe5752.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun. 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "direito e economia"? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALES, Lilia Maia de Morais; SOUZA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiros. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 5, n. 16, p. 204-220, jul./set. 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326707190_O_Sistema_de_Multiplas_Portas_e_o_judiciario_brasileiro. Acesso em: 30. nov. 2019.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem*: curso básico para programas de graduação em direito. São Paulo: Método, 2012.

SALOMI, Maira Beauchamp. *O acordo de leniência e seus aspectos penais*. 2012. 293 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

SANDER, Frank E. A. The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000. *Barrister*, ABA Young Lawyers Division, v. 3, No. 18, Summer 1976.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*, 70 F.R.D. 111, 130 (1976) FRD Federal Rules Decisions.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing* (1979) 70 FRD 111 Satellite Industry Association, "2005 Annual Statistics Report", (2005).

SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B. Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure. *Negotiation Journal*, v. 10, No. 1, p. 49-68, 1994.

SANDER, Frank E. A., GOLDBERG, Stephen B.; ROGERS, Nancy H. *Dispute resolution casebook*: negotiation, mediation and other processes. 2nd ed. Boston: Little, Brown, 1992.

SANOMYA, Renata Mayumi. *Mediação e conciliação com o poder público*. 2019. 249 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Técnicas de negociação no âmbito institucional. *In*: MARASCHIN, Márcia Uggeri (coord.). *Manual de negociação baseado na teoria de Harvard*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal (EAGU), 2017. p. 98-122.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dez./fev. 2011. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=485. Acesso em: 20 nov. 2019.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. Disponível em: <http://www.academia.edu/12883545/2015_-_Arbitragem_e_Fazenda_P%C3%BAblica>. Acesso em: 10 dez. 2015.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 34, n. 123, p. 40-47, ago. 2014.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. A legalização da teoria dos atos administrativos: apontamentos sobre os seus impactos na jurisprudência do STF. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 383-400.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-175, 2005.

STIGLER, George J. Law or economics? *The Journal of Law & Economics*, v. 35, No. 2, p. 455-468, Oct. 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC*: questionamentos reflexivos. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf. Acesso em: 16 nov. 2019.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 41, n. 258, p. 495-516, ago. 2016.

TONIN, Mauricio Morais. Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos. *In*: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (org.). *Temas de mediação e arbitragem III*. 3. ed. São Paulo: Lex Editora, 2019. p. 171-204.

TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 86, p. 40-64, 2003.

URY, William L.; BRETT, Jeanne M; GOLDBERG, Stephen B. *Getting disputes resolved*: designing systems to cut the costs of conflict. San Francisco: Jossey-Bass, 1988. (Jossey-Bass Management Series).

URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. *Resolução de conflitos*: concepção de sistemas para reduzir custos de conflitos. Tradução: Soares Franco. Lisboa: Actual Editora, 2009.

VITOVSKY, Vladimir Santos. O acesso à justiça em Boaventura de Sousa Santos. *Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 177-196, ago. 2017. Disponível em: < http://faa.web1301.kinghost.net/revistas/index.php/FDV/article/view/68/48>. Acesso em: 21 dez. 2019.

WALTER, Carlos Humberto. Jurisdição constitucional e procedimentalidade arbitral no estado de direito democrático. *Revista Tributaria e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 16, n. 79, p. 98-108, mar./abr. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. *Primeiros comentários ao novo Código de processo civil*: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Dissertação (Mestrado) − Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coord). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. *In*: DELGADO, José *et al. Mediação*: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. p. 42-50. (Cadernos do CEJ, v. 22).

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: 07 maio 2019.

YAMAMOTO, Ricardo. *Arbitragem e administração pública*: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos. 2018. 202 p. Dissertação (Mestrado) − Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/25820. Acesso em: 20 nov. 2019.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.