

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

DANIEL FÉLIX GOMES ARAÚJO

**REGRAMENTO ESTADUAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO DA
RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS SOBRE EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

TERESINA

2021

DANIEL FÉLIX GOMES ARAÚJO

**REGRAMENTO ESTADUAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO DA
RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS SOBRE EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a
orientação do professor Luiz Rodrigues Wambier
apresentado para obtenção do Título de Mestre em
Direito Constitucional**

TERESINA

2021

DANIEL FÉLIX GOMES ARAÚJO

**REGRAMENTO ESTADUAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO DA
RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS SOBRE EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa
de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
Constitucional do IDP, como requisito para obtenção
do título de Mestre em Direito Constitucional

Data da defesa

BANCA EXAMINADORA

Prof. Luiz Rodrigues Wambier (Orientador)
IDP

Prof. André Macedo de Oliveira
UNB

Prof. Osmar Mendes Paixão Côrtes
IDP

DEDICATÓRIA, EPÍGRAFE, ETC.

RESUMO:

A pesquisa orientou-se à resposta do seguinte problema: dado que todos os estados brasileiros deverão elaborar regulamentos para autocomposição de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, por força do art. 32, §§ 1º e 5º, da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, qual seria o conteúdo mínimo comum a esses regulamentos de modo a conformar-se integralmente às normas da Constituição da República a eles aplicáveis?

Para chegar a essa resposta, determinou-se o espaço de intervenção dos estados no regramento de resolução de conflitos, tanto por meio do processo legislativo, como por uso do poder regulamentar da Administração Pública. Em seguida, examinou-se o regime constitucional brasileiro em busca de condicionantes para o regramento em estudo. Finalmente, identificaram-se as normas integrantes do regramento mínimo comum dos estados para a resolução administrativa de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Utilizou-se o método dedutivo. A partir da revisão bibliográfica realizada, fixaram-se as premissas para identificação das normas que compõem o regramento mínimo buscado.

A pesquisa identificou quatro componentes necessários no regramento em estudo. O primeiro disciplina o processo decisório da Administração Pública na matéria pesquisada. O segundo rege o exercício atípico da atividade de resolução de conflitos pela Administração Pública. O terceiro ordena o procedimento preparatório do acordo extintivo do conflito. O quarto delimita as possibilidades do acordo em si.

Palavras-chave: Autocomposição. Estados. Contratos. Equilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT:

The research whose results are now reported was aimed at answering the following question: since all Brazilian states are bound by law to enact their own regulations on consensual dispute resolution concerning economical-financial balance of government contracts, which rules must be part of those regulations so that they abide by the Brazilian Constitution?

In order to answer that question, the limits of state intervention on dispute resolution regulations were identified, according to the Brazilian Constitution. The constitutional standards that rule public dispute resolution were also made clear. Finally, the rules that must be part of state regulations on consensual dispute resolution concerning economical-financial balance of government contracts so as to achieve perfect adjustment to Brazilian constitutional system were pointed out.

The deductive method was used. From the bibliographic review carried out, the premises to identify the rules that make up the minimum regulation sought were established.

The said regulations were found to have four essential components. The first one concerns government's decision-making process. The second one has to do with government's atypical conflict solving task. The third one is about the procedure needed to solve conflicts. The fourth one deals with the conflict solving agreement itself.

Keywords: Conflict resolution. States. Contracts. Economical-financial balance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 OS LIMITES E POSSIBILIDADES DE UM REGRAMENTO ESTADUAL DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS SOBRE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	14
1.1 CAPACIDADE LEGIFERANTE DOS ESTADOS SOBRE O TEMA.....	14
1.1.1 Critérios determinantes da competência legislativa estadual.....	15
1.1.2 Natureza do objeto a disciplinar.....	16
1.1.3 Normas processuais e procedimentais, gerais e específicas.....	20
1.2 CAPACIDADE REGULATÓRIA DOS ESTADOS SOBRE O TEMA.....	23
1.3 CONCLUSÕES REFERENTES AO CAPÍTULO.....	24
2 BASES CONSTITUCIONAIS DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS SOBRE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	27
2.1 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	28
2.1.1 Normas constitucionais virtualmente restritivas da autocomposição administrativa de conflitos.....	28
2.1.1.1 O princípio da legalidade não obsta a autocomposição administrativa de conflitos.....	29
2.1.1.2 O princípio da indisponibilidade do interesse público não impede a celebração de acordos administrativos.....	31
2.1.1.3 A separação de Poderes, o controle judicial da Administração Pública e a inafastabilidade da jurisdição não são feridos pela autocomposição administrativa.....	34
2.1.2 Normas constitucionais estruturantes da autocomposição administrativa de conflitos.....	36
2.1.2.1 Influência dos princípios diretores da Administração pública no regramento da resolução administrativa de conflitos.....	37
2.1.2.1.1 Condicionamentos impostos pelo princípio da legalidade.....	37
2.1.2.1.2 Delineamentos <i>decorrentes</i> do princípio da impessoalidade.....	38
2.1.2.1.3 Parâmetros impostos pelo princípio da moralidade.....	42
2.1.2.1.4 <i>Exigências</i> do princípio da publicidade.....	44
2.1.2.1.5 <i>Reflexos</i> do princípio da eficiência.....	45
2.1.2.2 Condicionamentos determinados pelos princípios regentes da resolução estatal de conflitos.....	46

2.1.2.2.1	Devido processo legal.....	47
2.1.2.2.2	Contraditório e ampla defesa na consensualidade administrativa.....	48
2.1.2.2.3	Razoável duração do processo.....	49
2.1.2.3	Normas constitucionais condicionantes do procedimento de negociação.....	49
2.2	NORMAS CONSTITUCIONAIS DETERMINANTES DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	50
2.3	CONCLUSÕES REFERENTES AO CAPÍTULO.....	51
3	CONTEÚDO NORMATIVO MÍNIMO DO REGRAMENTO ESTADUAL DAS CÂMARAS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOBRE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	53
3.1	COMPONENTE DE DISCIPLINA DO PROCESSO DECISÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	53
3.1.1	Regras aplicáveis ao órgão e aos servidores públicos competentes.....	53
3.1.1.1	Órgão competente.....	54
3.1.1.2	Servidores encarregados.....	55
3.1.1.3	Colegialidade.....	56
3.1.1.4	Impedimentos e suspeições.....	56
3.1.1.5	Predefinição dos critérios de atuação.....	57
3.1.2	Regras aplicáveis ao contratado.....	58
3.1.2.1	Regras assecuratórias da boa-fé ao contratado.....	58
3.1.2.2	Sigilo relativo a informações restritas.....	59
3.1.2.3	Representação do contratado.....	60
3.1.3	Regras aplicáveis à relação jurídica processual administrativa.....	61
3.1.3.1	Formação da relação jurídica processual administrativa.....	61
3.1.3.2	Dinâmica da relação jurídica.....	62
3.1.3.3	Extinção da relação jurídica.....	63
3.2	COMPONENTE DE DISCIPLINA DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	64
3.2.1	Regras decorrentes do contraditório e da ampla defesa.....	64
3.2.2	Normas exigidas pelo princípio da razoável duração do processo.....	66
3.2.3	Devido processo legal em seu aspecto substancial.....	67
3.3	COMPONENTE DE DISCIPLINA DO PROCEDIMENTO DE NEGOCIAÇÃO.....	67
3.3.1	Formação dos acordos por adesão.....	68
3.3.2	Itinerário para os acordos individuais.....	69
3.4	COMPONENTE DE DISCIPLINA DOS ACORDOS.....	70

3.4.1 Forma dos acordos e de sua implementação.....	71
3.4.2 Conteúdo dos acordos.....	72
3.4.2.1 Objeto do ajuste.....	72
3.4.2.2 Limitações do acordo.....	72
3.5 CONCLUSÕES REFERENTES AO CAPÍTULO.....	74
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS.....	86

INTRODUÇÃO

A lei que instituiu as balizas da mediação no Brasil (Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015) também estabeleceu as bases normativas para a resolução consensual de conflitos pela Administração Pública. Além de disposições aplicáveis à União, essa lei contém normas que impõem condutas aos entes subnacionais. Entre elas, a de criar um regulamento para disciplinar a composição e o funcionamento de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (art. 32, § 1º). Esta dissertação trata desses regulamentos e de sua plena adequação à Constituição da República, especialmente no tratamento dos conflitos acerca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, competência expressamente imposta às aludidas câmaras pelo art. 32, § 5º, da mencionada lei.

O tema é atual, já que uma das linhas de evolução do sistema nacional de justiça orienta-se no sentido do incremento da importância dos meios consensuais de resolução de conflitos. Muitas das mudanças feitas na legislação regente do sistema processual brasileiro são orientadas à ampliação das hipóteses e das oportunidades de emprego de soluções não adjudicatórias para controvérsias.

Esse movimento atingiu seu ápice em 2015, com o advento no novo Código de Processo Civil, veiculado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, e com a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias. O Código de Processo Civil de 2015 claramente privilegiou a autocomposição dos conflitos. Seus artigos 3º, § 3º; 139, V; 165 a 175; 190; 191; 334 são demonstrações suficientes do que se diz. A Lei n. 13.140, de 2015 vem juntar-se à lei de arbitragem (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996) no desenvolvimento de um marco legal para a resolução consensual de controvérsias.

O regime jurídico da administração pública não ficou incólume diante dessa mudança de referencial. A já citada Lei n. 13.140, de 2015, além de disciplinar a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, veio dispor sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Nesse aspecto, trata-se, da mesma maneira, de parte de uma evolução legislativa iniciada bem antes. Palma (2015, p. 190) situa o marco inicial dessa evolução no Decreto-lei n. 3.365, de 1941, que dispõe sobre o procedimento de desapropriação por utilidade pública. Seu art. 10 já previa a viabilidade de acordo acerca do valor do imóvel desapropriado, que conduzia à extinção do processo.

Em 1987, o Decreto n. 94.764 estatuiu suspensão de exigibilidade de multa ambiental por celebração de termo de compromisso entre a autoridade fiscalizadora e o infrator. Se cumprido o acordo, o compromissário fazia jus a redução de até noventa por cento do valor da penalidade.

A Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259, de 2001) e a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n. 12.153, de 2009) já previam a possibilidade de os representantes judiciais dos entes públicos conciliarem, transigirem ou desistirem.

Leis concernentes a contratos administrativos também vieram, paulatinamente, introduzindo a autocomposição de conflitos entre as ferramentas disponíveis para superar obstáculos à execução do objeto contratual. A Lei n. 11.079, de 2004, que trata das parcerias público-privadas, previu o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato. A mesma disposição foi inserida pela Lei n. 11.196, de 2005, na Lei n. 8.987, de 1995 (que dispõe sobre concessões de serviços públicos), e pela Lei n. 13.190, de 2015, na Lei n. 12.462, de 2011 (que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas).

A mudança mais recente refere-se ao passo inicial da evolução registrada. A Lei n. 13.867, de 26 de agosto de 2019, modificou o Decreto-lei n. 3.365, de 1941, para facultar ao desapropriado a opção pela mediação prevista na Lei n. 13.140, de 2015, no procedimento de definição do valor da indenização devida.

Além de atual, o tema é relevante para o avanço da compreensão do relacionamento entre o regime jurídico-administrativo e o sistema nacional de justiça sob o prisma da progressiva infusão do direito constitucional positivo sobre esses campos. Nesse espaço de interseção entre o direito administrativo e o direito processual civil, é possível ter uma visão privilegiada do movimento de constitucionalização dessas áreas do direito, deflagrado pela assimilação da ideia da centralidade dos direitos fundamentais na existência do Estado contemporâneo (MOREIRA NETO, 2018, p. 211).

Tanto o sistema processual quanto a administração pública (como atividade estatal, por isso grafada com iniciais minúsculas) são meios pelos quais o Estado busca implementar seu propósito maior de satisfazer direitos fundamentais. Em que pese a evidência dessa afirmação, até recentemente não era comum dar esse enfoque a essas áreas do direito. Tradicionalmente, via-se o processo civil e a administração pública como atividades de aplicação da lei, esta de ofício e aquela por provocação das partes (FAGUNDES, 2010, p. 3).

Como registra Porto (2020, p. 26), está em curso o surgimento de uma nova fase metodológica para o direito processual civil, em que são atribuídos propósitos constitucionais

ao processo. A essa fase tem-se dado nomes como formalismo-valorativo ou neoprocessualismo (PORTO, 2020, p. 26-27). A ideia de constitucionalização tem-se convertido em direito legislado. Note-se que o art. 1º do Código de Processo Civil atual expressamente sujeita o objeto de sua disciplina à Constituição da República Federativa do Brasil.

Também o direito administrativo vem passando por evolução rumo à constitucionalização (BINENBOJM, 2014, p. 69-70). Esse desenvolvimento tem atingido ideias basilares desse ramo, como as noções de interesse público e de sua supremacia sobre o interesse privado. Nessa área, a transformação dá-se mais nos quadrantes do entendimento e da hermenêutica que na alteração da lei em si.

A mudança de foco do sistema processual civil — outrora centrado na solução de litígios por sentença proferida por juiz legalmente investido e protegido pelas garantias constitucionais da magistratura, especialmente no contexto de alteração legislativa e doutrinária do direito processual civil voltada a sua adaptação ao regime constitucional vigente — assim como a revisão das bases do direito administrativo pela infusão do direito constitucional recomendam a realização de estudos dirigidos à verificação da efetiva conformidade do modelo inaugurado com os princípios e regras da Constituição da República.

Em tempo curto, observou-se inversão do tratamento jurídico da autocomposição de conflitos da Administração Pública (GREGO-SANTOS, 2019, p. 16). Da total rejeição dessa possibilidade, passou-se a sua generalização e estímulo pela legislação. Não são poucos os questionamentos a surgirem do confronto entre a legislação emergente e o modelo constitucional de solução das controvérsias que têm como parte a Administração Pública, cada vez mais voltada para os meios alternativos de resolução de conflitos.

A despeito dessas dúvidas e mesmo aparentes incompatibilidades, a introdução dos meios alternativos de resolução de conflitos no cotidiano da administração pública pelas normas recentes vem sendo recebida com aplauso, como se se tratasse de um passo necessário, longamente adiado (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018). Não falta mesmo precedente do Supremo Tribunal Federal a admitir a hipótese de transação pela administração para prevenir o litígio. Porém, não deixa de causar perplexidade que, em um ordenamento jurídico encimado por uma Constituição escrita e rígida, tenha-se operado tal redirecionamento fora de um procedimento formal de emenda.

Pode-se, evidentemente, persistir postulando a inconstitucionalidade da autocomposição de litígios pela Administração Pública. No entanto, parece atitude bem mais produtiva partir da premissa de que houve mutação constitucional e buscar entender como

fazer o novo sistema plenamente compatível com a Constituição da República em sua compreensão atual.

A pesquisa orienta-se à resposta do seguinte problema: dado que todos os estados brasileiros deverão elaborar regulamentos para autocomposição de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, por força do art. 32, §§ 1º e 5º, da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, qual seria o conteúdo mínimo comum a esses regulamentos de modo a conformar-se integralmente às normas da Constituição da República a eles aplicáveis?

Diante da infinidade de temas tratados pela Administração Pública em seu mister de prover eficácia aos direitos fundamentais, pesquisar o conteúdo mínimo dos regulamentos em todas essas diferentes matérias seria tarefa que demandaria prazo que excederia o tempo disponível para o programa de mestrado interinstitucional. Restringir o escopo da pesquisa apresentou-se como necessidade.

Assim, optou-se por limitar a pesquisa ao único assunto expressamente designado na Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015: o equilíbrio econômico-financeiros dos contratos administrativos. O § 5º do art. 32 da aludida lei atribui às câmaras cuja criação é autorizada no caput a competência para dirimirem conflitos relacionados a esse tema. Uma das vantagens que esse corte oferece é o relativo consenso sobre a inclusão da matéria do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos entre os temas passíveis de transação pela Administração Pública.

A restrição do tema aos regulamentos originados no direito estadual apresenta seu especial interesse justamente nas restrições constitucionais à edição de normas de caráter processual pelos estados-membros. Essa restrição põe desafios especiais que não se apresentam no âmbito federal, no qual se podem superar alguns obstáculos pela mera edição de nova lei. Os estados são forçados pelo regime constitucional de competências nomogênicas a perpetuamente interpretar as normas federais em busca dos casos em que devem reproduzi-las e separá-los daquelas circunstâncias em que podem criar normas adaptadas a suas próprias realidades.

Utiliza-se o método dedutivo. A partir da revisão bibliográfica realizada, fixam-se as premissas para identificação das normas que compõem o regramento mínimo buscado.

A exposição divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo trata dos limites e possibilidades de um regramento estadual de resolução administrativa de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos, tanto pela via legislativa como pela via regulamentar, à luz das regras de competência estabelecidas pela Constituição da República.

No segundo capítulo são identificadas as normas constitucionais definidoras do regramento estadual pesquisado, conforme as áreas temáticas ditadas pela análise de regras de competência realizada no capítulo inicial. No terceiro capítulo, são apresentadas as normas que decorrem das limitações de competência conhecidas no primeiro capítulo e das normas estruturantes identificadas no segundo capítulo, e que formam o regramento estadual mínimo para resolução consensual de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos.

1 OS LIMITES E POSSIBILIDADES DE UM REGRAMENTO ESTADUAL DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS SOBRE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Definir os limites da matéria a explorar permite melhor orientação na busca pela resposta do questionamento proposto. Assim, antes de avançar ao conteúdo do regramento a estudar, é necessário examinar os limites e possibilidades constitucionalmente estabelecidas para os estados federados (e o Distrito Federal) criarem tais conjuntos normativos. Esses limites e essas possibilidades referem-se às regras de competência constitucionalmente estabelecidas para os diferentes níveis federativos. Eles determinam as áreas de normatização que devem fazer parte dos regramentos estaduais em estudo. Determinam, também, evidentemente, aquelas áreas que não podem fazer parte desses regramentos.

Em outro aspecto, fixam as matérias em que os estados gozam de liberdade para regular, bem como estabelecem aquelas que deverão ter regramento uniforme entre todas as unidades. Essas últimas são as que interessam ao objeto da pesquisa registrada neste trabalho.

O tema deve ser abordado sob dois aspectos, conforme o instrumento normativo apto a veicular as normas em questão. Assim, primeiramente se discutem os parâmetros para o tratamento da matéria em lei (1.1); em complemento, estudam-se os critérios para a disciplina da questão em regulamento administrativo (1.2). Ao final, como conexão entre esta primeira parte e a seguinte deste trabalho, apresentam-se algumas conclusões parciais (1.3).

1.1 CAPACIDADE LEGIFERANTE DOS ESTADOS SOBRE O TEMA

Na busca pelo regramento constitucionalmente adequado que os estados devem dar ao tratamento consensual de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, é inevitável tratar do tema da competência normativa dos estados na federação brasileira, ao menos no que toca a matéria em questão.

A Lei n. 13.140, de 2015, nos §§ 1º e 2º de seu art. 32, estipula que o modo de composição, o funcionamento e as hipóteses de submissão dos casos às câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos serão previstos em regulamento de cada ente federado. Com a atual disciplina legal, portanto, ao menos o regramento das matérias indicadas pode ser

feito pelos estados em regulamentos administrativos. Contudo, além de essas matérias não esgotarem o tema, há que se considerar que esse arranjo é somente um entre os vários possíveis, a não ser que se afirme que é o único decorrente do regime constitucional aplicável. Em um estudo como este, que adota o ponto de vista constitucional, não se pode fugir ao exame da viabilidade e dos limites de uma disciplina legal estadual da negociação voltada à resolução de conflitos acerca de equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos.

1.1.1 Critérios determinantes da competência legislativa estadual

Horta (1991) relata uma sucessão de modelos constitucionais de repartição de competências federativas, com progressivo incremento de complexidade, que agrega contexto à compreensão do sistema adotado pela Constituição brasileira de 1988. Suas observações são úteis neste trecho do itinerário de construção da resposta à pergunta de pesquisa.

A forma clássica de divisão de competência entre estados e federação é aquela presente na Constituição dos Estados Unidos da América. Nela, originalmente se atribui ao Congresso dos Estados Unidos uma lista de competências, bem como os poderes necessários para exercê-las; depois, por meio da Emenda X, de 1791, deixa-se evidente que todos os poderes não atribuídos pela Constituição à União, nem proibidos aos estados, a eles e ao povo pertencem (HORTA, 1991, p. 251).

No Canadá e na Índia, a divisão é feita em outros termos, em sistema que Horta chama de “repartição integral” (1991, p. 252-254). Por esse sistema, Constituição lista tanto a competência da União como aquela das entidades subnacionais (províncias, no Canadá e estados com três regimes diferenciados, na Índia). Nos dois casos, a competência residual cabe à União. Contudo, no caso da Índia, há especificação de matérias que admitem legislação concorrente, ou comum, tanto pela União, como pelos estados.

A Áustria adotou um sistema de “repartição escalonada” (HORTA, 1991, 255), em que existem matérias cuja competência para legislar e atuar pertence aos estados federados, outras em que a União tem competência legislativa para fixação de princípios correspondentes a competências legislativas de aplicação e executivas dos estados federados e, finalmente, matérias em que cabe à União legislar e atuar. Os estados federados ficaram com a competência residual.

A Alemanha acrescenta um grau de complexidade à sucessão de sistemas expostos. Em sua Lei Fundamental, a União recebe uma lista de competências exclusivas que, porém, podem ser delegadas por lei aos estados federados. As competências nominadas concorrentes permitem que os estados legislem sobre determinadas matérias se e enquanto a União sobre elas não dispuser. A competência residual cabe aos estados (HORTA, 1991, 255-256).

Nesse contexto, o sistema de repartição de competências adotado pela Constituição brasileira de 1988 representa um passo além em complexidade. Ele introduz o “domínio autônomo da legislação concorrente, abastecido com matérias próprias, e não com matérias deslocadas da competência exclusiva da União” (HORTA, 1991, 256). A União produz normas gerais sobre essas matérias, ao passo que os estados suplementam a legislação federal.

As regras de repartição de competência na Constituição brasileira estão divididas nos seguintes grupos (HORTA, 1991, 258-259): competência geral da União (art. 21, I a XXV); competência de legislação privativa da União (art. 22, I a XXIX, parágrafo único); competências comuns a União, estados, Distrito Federal e municípios (art. 23, I a XII, parágrafo único); competência de legislação concorrente da União, dos estados e do Distrito Federal (art. 24, I a XVI, §§ 1º a 4º); competências residuais reservadas aos estados (art. 25, § 1º, art. 125, §§ 1º a 3º). As competências dos municípios foram designadas nos arts. 29 a 31 da Constituição.

Interessam de perto a este trabalho, como se verá adiante, a competência da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I), a competência concorrente de União, estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI).

1.1.2 Natureza do objeto a disciplinar

Para que se possa prosseguir com o estudo da competência para estabelecimento de normas sobre a autocomposição administrativa de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, é necessário que se examine como a matéria se enquadra para fim de incidência das normas constitucionais de competência mencionadas.

Cumprir verificar, portanto, como se qualifica juridicamente a negociação voltada à realização de acordo extintivo de controvérsia sobre equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo. Em seguida, deve ser identificada a tipologia das normas que a regem.

A realidade que se estuda relaciona-se com a extinção de controvérsias. Refere-se a atividade que se protraí no tempo, não se limitando a ato pontual. Acontece no contexto da atividade administrativa pública. Essas condições sugerem que se investigue sua substância no contexto da processualidade no direito administrativo.

É intuitivo que o tratamento de conflitos no âmbito administrativo há de ocorrer por meio de um processo (ou procedimento) administrativo. O processo administrativo é ponto de interseção entre o direito administrativo e o direito processual. A densidade dessa interseção aumenta no caso em estudo, em que o processo administrativo compartilha com a jurisdição — e, portanto, com o processo judicial — o objetivo de pacificar controvérsias. Otero (2016, p. 24) afirma que a “juridificação da normatividade procedimental administrativa tem a sua inspiração em fórmulas disciplinadoras do exercício da função jurisdicional pelos tribunais”. Também assevera que “o direito regulador do procedimento administrativo é um sucedâneo, um irmão gêmeo, do direito processual (civil, principalmente)” (OTERO, 2016, p. 24).

Para uma investigação como a presente, em que se indaga de resolução de controvérsias no âmbito do Estado, mas fora da função jurisdicional, é necessário que se busquem enfoques que deem conta dessa realidade. Medauar (1993, p. 11-22) faz estudo abrangente da processualidade ampla, em que explica o ponto de vista segundo o qual o fenômeno processual não se limita ao âmbito jurisdicional.

A partir desse ponto de vista, a processualidade expressa um fenômeno em seu caminho de realização, “o aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo” (MEDAUAR, 1993, p. 24). É essencial, porém, que em cada um desses pontos no tempo haja uma atuação que propulsione a subsequente, até a realização da meta final. O encadeamento nesses moldes é resultado da previsão, pelo Direito, de obrigações e ônus para quem está legitimado a atuar em cada momento desse caminho até o desfecho buscado. É notável também que esse caminho, que caracteriza o fenômeno processual em acepção ampla, diferencia-se do ato que constitui seu fim. Embora haja essa diferença em natureza, existe uma conexão de instrumentalidade entre um e outro, de modo que a sucessão de atos é instrumento e requisito para a formação do ato final, que, por seu lado, constitui resultado unitário de todos os atos que o antecederam. Outro elemento necessário à caracterização do fenômeno processual é a pluripessoalidade. Essa pluralidade de sujeitos envolvidos na realidade processual hão de estar ligados por direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades determinantes de posições jurídicas ativas e passivas que se sucedem. A última peça do conceito apresentada por Medauar (1993, p. 28) é sua pertinência com o

exercício do poder. Nesse aspecto, a processualidade constitui via do exercício do poder estatal e meio de seu controle.

Medauar (1993) e Moreira (2017) registram que essa processualidade ampla expressa-se de modo variável conforme algumas condicionantes. Citando Carnelutti, Medauar (1993, p. 17) registra que a processualidade expressa-se de maneira diferente conforme a função estatal a que serve. À função jurisdicional, corresponde o processo judicial; à função legislativa, o processo legislativo e; finalmente; à função administrativa, o processo administrativo. Da mesma maneira, varia conforme o direito material que aplica, o que é reforçado por Moreira (2017, p. 47). Assim, é possível referir-se a processo civil, penal, trabalhista e administrativo.

Uma outra aproximação ao tema, feita por Moreira (2017), propugna que toda atividade do Estado que desenvolva uma relação jurídica com particulares, “desde que não seja pontual” (MOREIRA, 2017, p. 47), marcada pela “efetividade da participação das partes na decisão, bem como na adequada tutela do direito material posto em jogo” (MOREIRA, 2017, p. 46-47), corresponde ao conceito jurídico de processo. Ressalta que embora os processos penal, civil, trabalhista e administrativo submetam-se a seus respectivos regimes jurídicos, diferenciados para adequação à racionalidade dos direitos materiais em seu âmbito debatidos e construídos, são regidos por princípios constitucionais comuns, o que os faz participar juntos da realidade do processo (MOREIRA, 2017, p. 47).

Tanto Medauar como Moreira ligam o processo administrativo ao exercício da função administrativa. Moreira define esse conceito — função administrativa — como o “vínculo incindível que une o poder outorgado ao agente e o dever que lhe é imposto, dirigidos ao cumprimento de determinado escopo preestabelecido” (2017, p. 39). Em se tratando de atividade administrativa pública, esse fim há de ser um interesse público (MOREIRA, 2017, p. 39). O conceito de função é composto por sete elementos: um agente público (1) investido no dever de satisfação (2) de uma finalidade (3) relacionada a um interesse público (4) fixado em lei (5), para o que necessita manejar poderes (6) outorgados em interesse alheio (7) ao do agente (MOREIRA, 2017, p. 40).

O estabelecimento de relações administrativas, para Moreira, é uma das formas de execução da função administrativa. Explica que a relação administrativa, como toda relação jurídica, é estabelecida entre dois sujeitos abrangidos por um vínculo normativo (MOREIRA, 2017, p. 34-35). Contudo, essa relação é diferenciada das demais pela valoração desigual dos interesses dos sujeitos participantes — precedência axiológica relativa do interesse público —, bem como a finalidade preestabelecida em lei. A relação administrativa nem sempre é

“exaurida num só ato” (MOREIRA, 2017, p. 41). Quando se desenvolve sequencialmente, pode ser nominada “relação processual-administrativa”.

Desse apanhado doutrinário, importa fixar alguns pontos cujas inter-relações formam as bases de raciocínio que se desenvolve mais adiante.

Primeiramente, cumpre reconhecer a existência do fenômeno “processo” para além do exercício da função jurisdicional. Esse processo, no contexto administrativo, expressa-se de um modo mais amplo, mais afinado com a própria função administrativa. Nesse contexto, o processo serve, assim como no âmbito jurisdicional, mas segundo diferentes parâmetros, como método de formação e expressão da vontade do Estado no caso concreto. Essa vontade, diga-se, já se encontrava cristalizada anteriormente no ordenamento jurídico, mas de uma maneira geral. Considerando que, em um Estado de Direito, deve-se evitar ao máximo a canalização de vontades individuais de agentes públicos como se a vontade do ente coletivo fosse, resta o processo como técnica para expressar essa vontade de modo objetivo.

Em outro passo, há que se reconhecer que, mesmo no exercício da função administrativa, o Estado é chamado pelo ordenamento jurídico a dirimir conflitos. Quando o faz, também expressa a vontade desse ordenamento no caso concreto por meio do processo. Nesse caso, porém, isso é feito de modo mais aproximado ao do processo jurisdicional. Se no processo administrativo genericamente considerado é desejável a participação dos potenciais afetados pela decisão final, no processo administrativo para resolução de conflitos essa participação é nada menos que essencial. Afinal, nele há litigantes, que, segundo o inciso LV do art. 5º da Constituição, têm direito a contraditório e ampla defesa, seja no âmbito jurisdicional, seja no administrativo. Isso leva à inevitável formação de uma relação jurídica administrativa de tipo processual, sobre a qual incidem as normas correspondentes a esse tipo de relação.

Em um terceiro movimento, deve-se constatar que o caminho para a identificação da vontade do ordenamento jurídico no caso concreto, a “história” dessa relação jurídica administrativa de natureza processual, pode se desenvolver uma enorme variedade de sequências de atos, praticados de uma infinidade de maneiras diferentes. Para citar um só ponto de variação, relacionado ao tema deste trabalho, diz-se que pode ocorrer de maneira adversarial ou colaborativa. Cada um desses caminhos, formados pela combinação de atos tendentes à construção da solução para o conflito, corresponde a um procedimento administrativo.

Assim, a trilha específica de atos, com seus respectivos formatos e prazos, para a obtenção do acordo extintivo de conflito relacionado a equilíbrio econômico-financeiro de

contratos administrativos é, inequivocamente, procedimento administrativo. Por outro lado, o método pelo qual a Administração Pública identificará a atitude que deverá tomar em relação aquele caso específico à luz do ordenamento jurídico, bem como o modo de interação entre os participantes da relação jurídica formada para tratamento do conflito pertencem ao domínio do processo administrativo.

1.1.3 Normas processuais e procedimentais, gerais e específicas

Delineados os contornos do processo e do procedimento administrativos para os propósitos deste trabalho, faz-se presente a necessidade de identificar as normas que regem uma e outra matéria. Além disso, é necessário perquirir sobre aquelas de natureza geral e as de natureza especial em relação ao procedimento. Isso porque, como visto anteriormente, a competência para produção de normas em matéria processual pertence privativamente à União. Por seu turno, a criação de normas procedimentais em matéria de processo é dividida entre a União, os estados e o Distrito Federal, conforme o regime da competência concorrente, ou seja, o ente nacional produz regras gerais, a serem suplementadas pelos estados e pelo Distrito Federal.

Beraldo (2019) escreve sobre a diferença entre normas processuais e procedimentais — e também sobre as normas gerais e especiais em matéria de procedimento — sob o ângulo do processo jurisdicional. Suas observações, contudo, são em grande parte transponíveis ao estudo do processo administrativo, exatamente pela raiz comum compartilhada pelo fenômeno do processo estatal em todas as suas manifestações. A autora adota, expressamente, a visão que não restringe o processo ao âmbito da jurisdição (BERALDO, 2019, p. 20).

Os elementos “função” e “ato” são essenciais à proposta da autora de diferenciação entre normas processuais e procedimentais (BERALDO, 2019, p. 22). A definição de função é extraída dos escritos do italiano Feliciano Benvenuti e expressa-se pela passagem do poder abstrato ao ato. Giorgio Berti, também citado pela autora, serve-se dessa definição para afirmar que “há um circuito que se inicia sobre uma figura dinâmica, que é a função e se fecha sobre uma figura estática, que é o ato” (MEDAUAR, 1993, p. 35). Defende, também, que o procedimento, ao unir função e ato, fica mais próximo deste último, preparando-lhe os pressupostos e elementos, além de representar sua descrição. Por outro lado, afirma que o processo vincula-se à função e dá ênfase a um conjunto de garantias relativas ao exercício

dela, e não ao ato final ou à decisão (MEDAUAR, 1993, p. 35). É pelo aprofundamento dessas noções que Beraldo procura marcar as diferenças entre normas processuais e procedimentais.

Beraldo (2019, p. 48) então propõe que são normas processuais aquelas que conformam o exercício do poder, da função estatal, seja ela a jurisdição, a legislação ou a administração. As normas procedimentais, por sua vez, regem a adequada prestação do serviço público inerente àquele poder ou função, o intervalo de preparação do ato final, seja ele a sentença, uma lei em sentido amplo ou um ato administrativo.

A autora identifica como normas processuais aquelas concernentes ao órgão estatal e sua organização interna, à investidura do agente estatal, à competência, à motivação dos atos, à publicidade, à isonomia, à impessoalidade e à imparcialidade e à eficiência (BERALDO, 2019, p. 119).

Usando a jurisdição para exemplificar, Beraldo (2019, p. 67) afirma que as normas procedimentais referem-se a todos os atos que sucedem a identificação do órgão jurisdicional competente — esta conforme regra processual —, como a disciplina da petição inicial, da citação, da defesa, da instrução da causa e dos recursos em geral.

Com outra abordagem, Gajardoni (2007, p. 45) diferencia processo de procedimento — e, conseqüentemente, norma processual de procedimental — associando o vocábulo processo à relação jurídica processual e ligando o procedimento à sucessão de atos que conduzem ao provimento jurisdicional final. Seu enfoque limita o processo ao âmbito da jurisdição. Para esse autor, só se poderia falar em processo legislativo e administrativo se se igualarem os conceitos associados aos termos processo e procedimento.

Seriam normas processuais, para Gajardoni “todas aquelas relacionadas à gênese da relação jurídica processual, como jurisdição, ação, defesa e contraditório, entre as quais se inclui a definição da capacidade e legitimação das partes, a disciplina da prova, dos efeitos da sentença e da coisa julgada” (2007, p. 45).

Já as normas procedimentais são encontradas pelo autor (GAJARDONI, 2007, p. 45), em sua expressão mais pura, naquelas que determinam “a forma como se combinam os atos processuais como um todo, lógica e cronologicamente”. Entre elas estão, em sua visão, aquelas que “ordenam a prática dos atos processuais”, “as que disciplinam a sequências dos atos a serem praticados pelo juiz na audiência preliminar”, “a ordem de produção de provas em audiência”, “a ordem dos processos nos tribunais”. Ao lado dessas, o autor detecta também “normas acidentalmente procedimentais” que são aquelas que “dão forma aos institutos regulados nas normas processuais”. Nesse campo estão situadas as normas que

disciplinam, em lugar da combinação dos atos processuais como um todo, a forma de sua realização. Como exemplos, cita as regras de forma da petição inicial, da contestação e das petições de recursos; as normas fixadoras de prazos e aquelas que disciplinam a maneiras de realização de citações e intimações (GAJARDONI, 2007, p. 50-51).

Retomando o raciocínio a partir das bases apresentadas no item anterior deste trabalho, concorda-se com Beraldo na caracterização como normas processuais daquelas que conformam o exercício do poder, da função estatal, com ênfase a um conjunto de garantias relativas ao exercício dela. Nesse campo estão, por exemplo, aquelas concernentes ao órgão estatal e sua organização interna, à investidura do agente estatal, à competência, à motivação dos atos, à legalidade, à publicidade, à isonomia, à impessoalidade, à moralidade e à eficiência.

Mas também são processuais, e nisso se concorda com Gajardoni — exceto pela restrição do conceito à jurisdição —, as normas que disciplinam a relação jurídica processual e sua dinâmica. Desse modo, são normas processuais, por exemplo, aquelas que estabelecem o direito do particular ou a prerrogativa do agente público para provocar a instauração da relação jurídica processual; os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da razoável duração do processo; as regras sobre ônus da prova e presunções sobre os fatos.

Para as normas procedimentais ficam reservadas as matérias ligadas à forma dos atos processuais, a seu prazo e a sua ordem. Elas disciplinam a preparação do ato final, ligando-se, portanto, mais a ele, como defende Beraldo (2019).

Para completar a exposição proposta neste tópico, resta, então, abordar o caráter geral ou específico das normas procedimentais para o fim de determinação da competência para sua canalização por lei, dentro da competência concorrente estabelecida pelo art. 24, XI, da Constituição.

Considera-se que dizer, meramente, que serão normas gerais aquelas que estabelecerem os padrões mínimos de disciplina de determinada matéria e específicas aquelas que fornecerem detalhamentos baseados em particularidades do fator determinante da especificidade (neste caso, área territorial, mas em outros tantos, nicho conceitual, estatuto pessoal, entre outros) não fornece elementos suficientes para orientação de qualquer atuação. Propõe-se, em conformidade com os estudos de Krell (2008), que o critério distintivo seja a necessidade de uniformidade ou diferenciação da disciplina.

Como registra o autor (KRELL, 2008, p. 60-61), ainda que seja indubitável que a Constituição de 1988 promove a transferência de inúmeras atribuições legislativas para os

estados, deve caber à União o regramento de matérias que não comportam regimes diferenciados entre os diversos entes federados. Essa necessidade de normatização uniforme pode advir da imprescindibilidade, nos casos em que ocorrer, de promoção de segurança e certeza jurídicas por meio da aplicação uniforme de princípios constitucionais expressos e implícitos.

Por outro lado, Krell (2008, p. 62) ressalta que o cabimento da pretensão de respeito à pluralidade política e à autonomia dos entes federados é condicionado à existência de efetiva diversidade de aspectos políticos de organização que dê margem para inovação ou particularização por parte das autoridades estaduais. É a existência dessa diferenciação no plano político-social local que enseja a edição de normas legais estaduais no exercício da competência suplementar do art. 24, XI, da Constituição.

No contexto em estudo, portanto, é necessário que algum elemento preexistente, seja na geografia física ou humana, seja na organização política ou na cultura específica da população do estado legislador, justifique o tratamento diferenciado dos conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos para que haja sua disciplina específica por normas suplementares enfeixadas em um diploma legislativo local.

1.2 CAPACIDADE REGULATÓRIA DOS ESTADOS SOBRE O TEMA

Estudada a competência dos estados para produção de normas legais sobre o processo administrativo em geral e o procedimento administrativo de resolução de controvérsias sobre o equilíbrio econômico-financeiro de contratos em específico, deve-se agora tratar de sua legitimidade, do ponto de vista constitucional, para produção de normas atinentes ao procedimento em questão por meio de regulamento.

Ressalta-se o ponto de vista constitucional porque, como já dito, a Lei n. 13.140, de 2015, nos §§ 1º e 2º de seu art. 32, estipula que o modo de composição, o funcionamento e as hipóteses de submissão dos casos às câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos serão previstos em regulamento de cada ente federado. Senão todas, portanto, ao menos algumas matérias afetas ao regramento em estudo já gozam de autorização legal para edição de regulamento. Porém, o estudo empreendido neste trabalho deve encarar essa solução como contingente. Assim como a referida lei dispõe do modo indicado, salvo se esse

regime legal fosse o único resultante possível do regime constitucional vigente, poderia dispor de modo diverso, de maneira que não se pode tomá-lo como necessário.

O estudo da capacidade de um ente público para disciplinar determinada matéria por meio de regulamento deve ser necessariamente iniciado pela verificação, na Constituição, se vigora, em relação àquela matéria, a cláusula de reserva legal. Quanto ao processo, essa cláusula é encontrada na Constituição brasileira no art. 5º, LIV, que estipula que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Embora tenha significado muito mais amplo, em um sentido mais elementar, “devido processo legal” significa o processo estabelecido em lei (MENDES, 2013). “Lei”, aqui, em sentido formal, de ato emanado do Poder Legislativo.

Como visto, porém, as normas de processo referem-se à disciplina do exercício do poder do Estado, no exercício de uma de suas funções. Deve-se considerar, por isso, que a reserva legal limita-se à instituição de normas de natureza processual. As normas procedimentais, assim, podem ser veiculadas por regulamento.

No caso de processo e procedimento administrativo, a questão ganha outra camada de ordenação constitucional. Por serem relacionadas ao exercício da função administrativa, as matérias inserem-se na competência de auto-organização dos entes públicos autônomos, entre os quais os estados, conforme a combinação dos artigos 18, 25 e 84, IV, “a”, da Constituição. Essa matéria, em si — ou seja, ressalvados pontos específicos para os quais vigore reserva legal — é passível de tratamento regulamentar. A esse respeito, destaque-se que o art. 84, IV, “a” da Constituição prevê que o chefe do Poder Executivo pode dispor por decreto — portanto, independentemente de lei prévia — sobre organização e funcionamento da administração. Por força do princípio da simetria, aplica-se também essa prerrogativa aos estados.

1.3 CONCLUSÕES REFERENTES AO CAPÍTULO

No caso da resolução administrativa de conflitos, a questão da natureza processual ou procedimental das normas para fim de determinação da competência nomogenética tem que levar em consideração a confluência de duas funções estatais: a administrativa e, de certa forma, a jurisdicional.

A resolução de conflitos não é tarefa típica da Administração Pública, razão por que se discute, mais adiante, se seu desempenho no âmbito do Poder Executivo implica violação ao princípio da separação dos Poderes. Não se trata, porém, de novidade, sendo bastante comum no âmbito tributário, por exemplo. De qualquer modo, não se há de negar que, seja qual for o órgão encarregado de sua realização, estará sujeito a pelo menos alguma parte das normas aplicáveis ao exercício da tarefa de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário. Se é verdade que o fenômeno da processualidade não se restringe à função jurisdicional, o exercício da processualidade típica dessa função no âmbito do exercício de outras funções demanda a aplicação de princípios típicos de ambas.

Desse modo, além de considerar-se a competência para a instituição de normas processuais administrativas em sentido amplo, há que se ter em conta a competência para o estabelecimento de normas processuais administrativas para resolução de conflito e, finalmente, a competência para criação dos diferentes procedimentos dentro desta atividade processual típica em ambiente atípico.

No regime constitucional brasileiro, o maior número dessas competências é confiado à União, seja por tratar de matérias abrigadas sob o conceito de “processo”, o que atrai a incidência do art. 22, I, da Constituição, seja por referir-se a matérias cujo regime é intensamente normatizado por princípios e regras constitucionais, o que exige tratamento uniforme entre as diferentes unidades federadas e, de modo proporcional, reduz as necessidades de regramento suplementar, na forma do art. 24, XI, da Constituição.

Essa franca prevalência da União conduz a um certo desinteresse pelo espaço de produção normativa dos estados. Todavia, como dito anteriormente, a Constituição de 1988 valorizou esse mesmo espaço de modo sem precedentes. Sua complexidade e sua maleabilidade exigem um exame mais próximo. Cabe lembrar que, conforme o § 3º do art. 24 da Constituição, se não houver lei federal sobre normas gerais em determinada matéria, os estados exercerão competência legislativa plena. Também se deve observar que, como consequência da autonomia dos estados (art. 18 da Constituição); esses entes gozam do poder de auto-organização (art. 25), por meio das constituições e leis que adotarem. É igualmente relevante para delineamento desse quadro a prerrogativa do chefe do Poder Executivo (de todos os níveis federativos, por força do princípio da simetria) de dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração (art. 84, VI, “a”). Finalmente, completa o quadro a prerrogativa do estado de produzir normas específicas sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI).

Assim, os estados podem produzir leis contendo normas gerais sobre processo e procedimento administrativo de modo amplo se e enquanto a União não as produzir. Supondo a existência de normas sobre processo administrativo e normas gerais sobre procedimento em matéria processual administrativa editadas pela União, os estados deverão observá-las no exercício irrenunciável de sua auto-organização, suprimindo as lacunas das normas processuais e completando o regime criado pelas normas procedimentais gerais pela inserção de disposições afinadas à realidade local. As normas originais — ou seja, que não forem mera reprodução das normas federais — dos estados que tratarem de matéria processual administrativa deverão ser emanadas pelo Poder Legislativo. Aquelas que tratarem de procedimento administrativo podem ser editadas pelo Poder Executivo, por se referirem à organização da administração.

Dessa maneira, as normas que instituírem o procedimento administrativo, propriamente dito, de resolução de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos poderão ser editadas pelo Poder Executivo estadual.

Não se pode deixar de considerar que tanto as normas federais quanto as normas estaduais devem considerar o regime constitucional das matérias que se propõem a disciplinar, de maneira que, em muitos pontos, o regramento infraconstitucional deverá ser uniforme, independentemente do emissor da norma. O próximo capítulo deste trabalho enfrenta esse tema.

2 BASES CONSTITUCIONAIS DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS SOBRE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como visto no capítulo anterior, embora o desenho do procedimento de resolução administrativa de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos possa ser feito em regulamento editado pelo Poder Executivo dos estados, esse regramento não está sujeito à livre criação dos entes locais. Assim, para continuidade da resolução do questionamento proposto, é preciso localizar os pontos de referência condicionantes do regramento estadual que se pretende identificar. Inevitavelmente, tais referenciais serão dados pela Constituição. É preciso, por isso, que se descreva a visão que se tem do subsistema normativo constitucional regente dos aspectos da realidade que esse regramento pretende organizar em nível mais específico. Tais aspectos são, evidentemente: a autocomposição de conflitos pela Administração Pública e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

Não por coincidência, a autocomposição administrativa de conflitos e os contratos administrativos são ramificações de um tronco comum: a administração consensual. Moreira Neto (2003, *passim*) identifica na administração consensual a forma de agir da Administração Pública em que os atos de império dão lugar à colaboração entre o Estado e os cidadãos. Em seu entender, na própria ideia do Estado Democrático de Direito estaria ínsito um princípio de consenso, a estabelecer primazia da concertação sobre a imposição nas relações com a sociedade.

Na visão do mesmo autor (MOREIRA NETO, 2003, p. 147), a administração consensual desdobra-se em modalidades correspondentes a diferentes formas de perseguição do interesse público. Há um “campo de administração decisória concertada”, relacionado à “promoção do interesse público” pela “manifestação de vontade primária da Administração Pública”; um “campo de administração executiva concertada” ligado à “satisfação do interesse público” pela “transformação do ato em fato” e, finalmente; um “campo de administração judicativa concertada”, correlato à “recuperação do interesse público”, “como técnica de superação de conflitos”. Os contratos administrativos e a autocomposição administrativa de conflitos estão inseridos, respectivamente, nos campos de administração concertada executiva e judicativa.

Outro ponto de interseção reside na identificação dos acordos firmados em procedimentos de autocomposição administrativa com contratos administrativos alternativos (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 294-295). Conforme o autor referido, trata-se de contratos de

transação nos quais sejam pactuados direitos e deveres próprios de normas jurídicas de direito administrativo. Direitos e obrigações que só podem, em abstrato, ter por titular pessoa agindo na qualidade de Administração Pública. São alternativos porque substitutivos dos atos administrativos que, embora hipoteticamente editáveis em determinado contexto fático, no caso concreto cedem lugar a contratos administrativos que atingem o mesmo desiderato com ganho de eficiência.

Dada essa proximidade, é justificada a expectativa da existência de normas constitucionais aplicáveis indistintamente a esses dois aspectos da atividade administrativa do Estado. A seguir, procura-se desenhar o quadro normativo formado não somente por essas normas de aplicação comum, como também por aquelas específicas de cada tema, com o nível de detalhamento estritamente necessário para o desenvolvimento da resposta ao questionamento que orientou a pesquisa.

Neste segundo terço da exposição, discutem-se os parâmetros pelos quais se pode chegar à adequação do regramento estadual da autocomposição de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos à Constituição brasileira. Primeiramente (1.1), examina-se o estatuto constitucional da autocomposição administrativa de conflitos. Em seguida (2.2), estuda-se o regime constitucional aplicável aos acordos sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

2.1 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Falhará quem buscar, na Constituição, normas com referências explícitas e específicas à autocomposição administrativa de conflitos. Esse aparente silêncio exige que se inicie a descrição da disciplina constitucional da autocomposição administrativa de conflitos pela discussão da própria viabilidade jurídica desse procedimento no regime constitucional iniciado em 1988 (2.1.1). Em seguida, pode-se passar às normas estruturantes da autocomposição administrativa de conflitos contidas na Constituição brasileira (2.1.2).

2.1.1 Normas constitucionais virtualmente restritivas da autocomposição administrativa de conflitos

No regime constitucional anterior, órgãos pertencentes ao núcleo do Poder Judiciário e do Poder Executivo federal pronunciaram-se pela inviabilidade de transação por pessoas políticas e administrativas, salvo se especificamente autorizada por lei. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal declarou-o no julgamento do Recurso Extraordinário n. 79.102-BA (BRASIL, 1975). A Consultoria Geral da República, citando esse acórdão como reforço de argumentação, opinou pela vedação da transação sem autorização legal específica no Parecer SR n. 19, de 22 de dezembro de 1986 (RAMOS, 1986).

Contudo, mesmo décadas depois da inauguração do novo regime, é possível encontrar decisões de tribunais superiores afirmando essa inviabilidade. Cita-se, exemplificativamente, o acórdão proferido pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 34.270-MG (BRASIL, 2011). Em seu voto, o relator desse acórdão afirma que o regime próprio da tutela em juízo dos direitos e interesses das pessoas de direito público é revestido de garantias e privilégios de direito material, entre os quais a inviabilidade de transação.

As objeções mais frequentemente apresentadas à transação como forma de extinção de conflitos com a Administração Pública são o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público. Esses temas são abordados nos itens 2.1.1.1 e 2.1.1.2 a seguir.

Além disso, por se fazer abordagem sob o ângulo constitucional, deve-se tratar do exercício atípico da resolução de conflitos pela Administração Pública, especialmente no âmbito do Poder Executivo, da repercussão desse exercício no controle judicial da atividade de administração pública e no princípio da inafastabilidade da jurisdição. Isso é feito no item 2.1.1.3.

2.1.1.1 O princípio da legalidade não obsta a autocomposição administrativa de conflitos

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) determina que União, Estados, Distrito Federal e Municípios criem câmaras de mediação e conciliação para solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (art. 174). A Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 (BRASIL, 2015b), autoriza todas as unidades federadas a criarem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (art. 32). Além disso, estabelece que o acordo entre as partes será reduzido a termo, que constituirá título executivo extrajudicial (art. 32, § 3º). Finalmente, há que se ter em conta que o art. 26 do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de

1942, com a redação dada pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, 2018), permite a celebração de compromisso com os interessados para eliminar situação contenciosa. Atualmente, portanto, diante da expressa e reiterada previsão legal, pesado ônus argumentativo recai sobre quem defende a ilicitude, por violação ao princípio da legalidade, de acordos celebrados em procedimentos administrativos de prevenção ou encerramento de litígios.

No que importa ao tema deste trabalho, contudo, é essencial que se estude se as oposições que se fazem à transação por entes públicos fundamentam-se, ou não, na Constituição. Afinal, como dito anteriormente, as soluções legais são contingentes, salvo se forem o único resultado possível diante do regime constitucional.

Para começar com o exemplo que se ofereceu no início do item 2.1.1, nota-se que, no voto do relator do Recurso Extraordinário n. 79.102-BA (BRASIL, 1975), cita-se “regra fundamental” do direito público, segundo a qual “os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais estejam autorizados por norma legal válida”. Como é notório, esse enunciado corresponde a uma das acepções do princípio da legalidade. Não se desconsidera o fato de o julgado ter sido proferido na vigência da Constituição de 1967 com a configuração que lhe deu a Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, na qual o princípio da legalidade com esse sentido não estava expressamente contemplado. Porém, considerando que esse princípio atualmente rege a Administração Pública, por força do art. 37 da Constituição de 1988 (BRASIL, 2020), é fundamental para o raciocínio ora em exposição que se enfrente possível incompatibilidade entre a transação administrativa e essa norma constitucional.

A concepção do princípio da legalidade mencionada no voto do relator do Recurso Extraordinário n. 79.102-BA (BRASIL, 1975) coincide com o que Eisenmann (1959) denomina “relação de conformidade” entre o agir da Administração Pública e a lei, mais forte que a “relação de compatibilidade” que descreve. Segundo o autor (1959, p. 56), o princípio da legalidade como relação de conformidade prescreve a existência de uma “regulamentação-modelo” como condição necessária para cada ato. Tal princípio excluiria todo ato não previsto por essa regulamentação. Os atos ignorados pela lei, por não serem conformes a uma regulamentação legislativa, seriam ilegais.

Como registra Baptista (2018, p. 76), a visão do princípio da legalidade como relação de conformidade com a lei não era unanimemente aceita nem mesmo na Europa do século XIX. Prosperou na França, enquanto na Alemanha consagrou-se a ideia de relação de compatibilidade com a lei. No Brasil, como exemplifica o acórdão do Supremo Tribunal Federal citado, prevaleceu a concepção francesa, de vinculação positiva à lei. Porém, como

pondera Baptista (2018, p. 82), a visão tradicionalmente reproduzida pelo direito administrativo brasileiro não se acomoda à realidade existente.

Por isso, em um plano geral, esse entendimento do princípio da legalidade não sobreviveu à “crise da lei”, caracterizada por Binembojm (2014, p. 132) como o “fracasso da lei formal como projeto jurídico-político”. Os efeitos desse fenômeno estenderam-se para todas as disciplinas jurídicas e fizeram-se sentir com especial força no princípio da vinculação administrativa à legalidade, entendido como vinculação positiva à lei.

Para o mesmo autor (BINEMBOJM, 2014, p. 133-142), causaram esse fracasso: o número excessivo de leis (“inflação legislativa”); a constatação histórica de que as leis poderiam veicular injustiças e ser fundamento para práticas lesivas a direitos fundamentais; a substituição das leis pelas constituições como manifestação principal da vontade geral do povo; a criação de atos normativos infraconstitucionais diversos da lei capazes de servir como fundamento à atuação administrativa e; finalmente; o domínio, pelo Poder Executivo, da pauta de deliberação do Poder Legislativo e do próprio processo legislativo, o que esvazia o poder da lei como instrumento externo de contenção.

Com a reconfiguração do conceito do princípio da legalidade, passou-se a exigir da Administração Pública não mais a mera execução de práticas expressamente exigidas por leis formais, mas a adequação de sua conduta ao ordenamento jurídico (BAPTISTA, 2018, p. 82-83; BINEMBOJM, 2014, p. 147). Embora esse conceito não exclua a hipótese de matérias reservadas à lei pela Constituição, quando não for esse o caso, poderá a Administração basear seus atos diretamente em normas constitucionais ou em atos normativos de natureza diversa da lei, como os regulamentos.

O princípio da legalidade, visto como vinculação positiva à lei formal, praticamente inviabiliza a autocomposição administrativa de conflitos, já que exige aprovação legislativa prévia para cada acordo. A concepção presente do princípio não tem esse efeito obstativo. Muito menos no caso brasileiro atual, em que a lei cuidou de autorizar genericamente a celebração de acordos pela Administração Pública (BRASIL, 2018).

2.1.1.2 O princípio da indisponibilidade do interesse público não impede a celebração de acordos administrativos

Ao lado do princípio da legalidade, ordinariamente se opõe a indisponibilidade do interesse público aos acordos para prevenção ou encerramento de litígios pela Administração (FARIA, 2019, p. 206). Para o propósito deste trabalho, o primeiro questionamento a enfrentar nesse contexto é se o princípio da indisponibilidade do interesse público é acolhido pela Constituição brasileira. Depois, se efetivamente veda a autocomposição administrativa de conflitos.

Alguns autores como Talamini (2017, p. 84) e Faria (2019, p. 97) deduzem o princípio da indisponibilidade do interesse público a partir do princípio constitucional republicano, o que requer alguma incursão, ainda que breve, nesse tema. Matteucci (2010, p. 1107-1109) registra que os romanos, ao dar à nova forma de organização do poder instituída depois da exclusão dos reis o nome de “res publica”, puseram em relevo “a coisa pública, a coisa do povo, o bem comum, a comunidade”. Desde sua origem, portanto, o vocábulo “república” está relacionado à valorização daquilo que é coletivamente possuído pelo agrupamento social. Conforme Cruz e Cademartori (2009, p. 95), o “Princípio Republicano indica a permanente construção do espaço público fundamentado no Interesse da Maioria”. Nesse ponto reside a conexão entre esse princípio e o da indisponibilidade do interesse público. Ambos apontam para a perseguição incessante de um bem pertencente ao conjunto da sociedade. Perseguição essa que não pode ser abandonada, sob nenhuma forma, pelos representantes do povo. Cumpre esclarecer que o “interesse da maioria” não se confunde com o interesse da contingente maioria numérica. Corresponde, sim, a “interesses e valores hegemônicos” “possibilitados, decididos e produzidos com a abertura de espaços públicos de debate nos atuais modelos estatais pluralistas” (Cruz; Cademartori, 2009, p. 88).

Talamini (2017, p. 84) vincula a indisponibilidade do interesse público ao princípio republicano por duas linhas de raciocínio. Na primeira, reflete sobre os bens públicos, cujo pertencimento a “todos e a cada um dos cidadãos” impediria atos de disposição pelos agentes públicos. Na outra trilha de pensamento, reporta a existência de bens e atividades indispensáveis a existência e atuação do Estado, no trato dos quais não haveria espaço para disposição. No entendimento de Talamini, portanto, a indisponibilidade do interesse público — pelo menos nas duas enunciações indicadas —, por ser decorrente de princípio constitucional (positivado no art. 1º da Constituição da República), têm, ele mesmo, estatuto constitucional.

Concordando com a emanção da indisponibilidade do interesse público a partir do art. 1º da Constituição brasileira, Faria (2020) também a localiza no art. 3º, IV, do texto constitucional, que estipula como objetivo fundamental da República “promover o bem de

todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 2020). Ainda nesta feição associa-se a indisponibilidade do interesse público com a promoção do bem comum que, erigida a objetivo fundamental — parte da razão de ser, portanto — do Estado juridicamente instituído pela Constituição, não admite preterição ou abandono.

Havendo razões bastantes para ter por certo que o princípio da indisponibilidade do interesse público tem assento constitucional, cabe investigar, em seguida, se implicaria empecilho à celebração de acordos pela Administração Pública para prevenir ou extinguir conflitos. Para isso, é essencial que se busque ao menos uma noção sobre o conteúdo desse princípio.

Encontram-se na doutrina administrativista brasileira quatro concepções desse conteúdo (MORETTI, 2012, p. 460-461): a indisponibilidade da finalidade legal, a indisponibilidade do dever de agir, a indisponibilidade dos bens e serviços públicos e a indisponibilidade das competências administrativas. No primeiro sentido, o conceito corresponde à vedação de o administrador “dispor do interesse público primário conforme sua própria vontade”, ou seja, de empregar critérios voluntaristas para determinar o interesse público a tutelar no caso concreto. Explicando essa concepção, Faria (2020, p. 4) assinala que “à Administração Pública é vedada a tomada de qualquer decisão que não destinada à satisfação dos objetivos impostos ao Estado pela legislação”, “[a]final, o interesse público, em termos jurídicos, é aquilo definido pelo legislador como tal”. A segunda concepção — a indisponibilidade do dever de agir — implica a ilicitude da omissão ou do retardamento da ação para tutela do interesse público, salvo quando exigidos pela prevalência de outro interesse público, depois de ponderação. Continuando seu diálogo com o texto de Moretti, Faria (2020, p. 4) comenta que, para esse sentido, há omissão ilícita “ainda que não exista disposição normativa específica exigindo aquela conduta concreta da Administração”. Acresce que essa versão do princípio demanda enfoque pelo “prisma inverso”, que impõe a abstenção de atos que violem o interesse público, o que está associado à preservação de direitos fundamentais de liberdade. A terceira versão — indisponibilidade de bens e serviços públicos — exclui dos poderes do administrador aqueles de alienação de bens, direitos, interesses e serviços públicos. Finalmente, a indisponibilidade das competências administrativas diz respeito à inviabilidade de abandono dos poderes conferidos ao administrador exatamente para que cumpra o dever de proteção ao interesse público. Faria (2020, p. 6) lembra que esse princípio está positivado no art. 2º, parágrafo único, II, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Para Faria (2019, p. 214), “além de não ser incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, as transações envolvendo a Administração podem até mesmo indicar mais um instrumento de concretização desse princípio”. Em seu entender (FARIA, 2019, p. 219), a atitude ideal é a de admitir como regra procedimentos de autocomposição administrativa para busca de satisfação do interesse público, a ser afastada, limitada ou condicionada conforme a situação específica em exame. O princípio em estudo, portanto, não grava de indisponibilidade todos os direitos do ente público (FARIA, 2019, p. 221). Indisponível, para o autor, é apenas “o direito que, no caso concreto, se mostre indispensável à Administração Pública para a persecução do interesse público” (FARIA, 2019, p. 219). Grotti (2018, p. 69) defende não haver “um critério geral que permita determinar os direitos disponíveis da Administração Pública”. Para a autora, essa identificação será feita no caso concreto e é reservada a palavra final sobre o assunto ao Poder Judiciário. Cumpre registrar que a indisponibilidade não implica, necessariamente, intransigibilidade (FARIA, 2019, p. 220), o que fica evidente na redação do art. 3º da Lei n. 13.140, de 2015 (BRASIL, 2015b), que autoriza a mediação de conflitos sobre “direitos indisponíveis que admitam transação”.

Constata-se, porém, certo consenso a respeito da disponibilidade da matéria concernente ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Nesse sentido escreve Ribeiro (2015, p. 72). O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2011) e o Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2013) já decidiram nesse sentido. O enunciado n. 19 da I Jornada de Direito Administrativo do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal declara-o inequivocamente (JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2020, p. 14).

2.1.1.3 A separação de Poderes, o controle judicial da Administração Pública e a inafastabilidade da jurisdição não são feridos pela autocomposição administrativa

Conforme a Constituição vigente, o Brasil adota o regime de controle jurisdicional da administração pública conhecido como jurisdição comum, em oposição ao sistema de jurisdição especial (FAGUNDES, 2010, p. 140-141). Como é sabido, no sistema de jurisdição comum — ou de jurisdição única, oposto ao de jurisdição dúplice (FAGUNDES, 2010, p. 141) — o controle jurisdicional da administração pública é tarefa cometida aos mesmos

órgãos do Poder Judiciário incumbidos de resolver os conflitos entre as pessoas individuais e coletivas particulares.

Fagundes (2010, p. 154-158) assevera que esse sistema parece mais consentâneo com o princípio da separação dos poderes consagrado na Constituição brasileira. Como se sabe, a ideia mesma da separação é situar em estruturas estatais diversas as diferentes funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária). Isso para permitir o estabelecimento do mecanismo de freios e contrapesos, pelo qual cada estrutura diferenciada exerce o controle das demais. No entendimento do autor citado, é convincente o argumento segundo o qual “só existe garantia eficaz aos direitos do administrado, se protegidos pela intervenção do Poder Judiciário” (FAGUNDES, 2010, p. 156). Ainda segundo ele, não é confiável o sistema que prevê “o reexame dos atos do Poder Executivo por um corpo especializado, que dele se destaque apenas com o fim de dividir metodicamente atribuições”, já que “fica à mercê de influências diretas da Administração ativa” (FAGUNDES, 2010, p. 156).

Conforme essa linha de pensamento, o Poder Executivo, titular privilegiado da função administrativa do Estado, ficaria exonerado da incumbência de resolver os conflitos entre si e os elementos da esfera privada, competência exclusiva, no âmbito do Estado, do Poder Judiciário. A atribuição à Administração Pública, identificada principalmente com o Poder Executivo, a incumbência de resolver as desinteligências surgidas de sua própria atividade, implicaria um movimento em sentido inverso àquele preconizado pelo princípio da separação dos poderes.

Por outro lado, o sistema constitucional de controle da Administração Pública seria caracterizado por ser multipolar. Não somente ao Poder Judiciário, mas a diversas instâncias não-judiciais são distribuídas fatias do controle sobre a atividade administrativa do Estado. Tribunais de contas, ministérios públicos, órgãos de advocacia pública, controladorias e corregedorias espalhados pelas estruturas dos poderes garantem muitos olhos sobre os administradores públicos, para pilhá-los em erro ou mesmo antecipar-se e impedir o cometimento de falhas.

Atribuir à Administração Pública a tarefa de resolver seus conflitos seria reforçar seu “autocontrole” — tal como o vocábulo é empregado por Ferraz (2019, p. 94) — em detrimento de seus controles interno e externo. Seria tolerar um movimento centrípeto quando a Constituição o quereria centrífugo. Esse movimento poderia levar ao enfraquecimento do controle e, de modo inversamente proporcional, ao aumento do arbítrio dos administradores. Por esse caminho, poder-lhes-ia ser dado exercer um “controle de danos” sobre a repercussão de suas condutas ilegais.

Todavia, como ressalta Jorge (2013, p. 146) não há incompatibilidade entre um sistema em que se permita “ao interessado descontente com as atitudes da administração, de impugná-las, submetendo-as a uma análise pela própria administração que, observando os princípios processuais existente e a legalidade, poderá rever seus atos” e o sistema de jurisdição única, em que nenhuma lesão ou ameaça a direito escapa à possibilidade de análise pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição da República) e em que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, da Constituição da República). A razão é que “as decisões administrativas carecem da definitividade, característica própria dos julgados do Judiciário”. A Administração Pública pode, assim, sem prejuízo da separação de poderes, da inafastabilidade da jurisdição e do controle judicial de suas ações, engajar-se no tratamento consensual dos conflitos em que se veja envolvida.

A crítica registrada a respeito do enfraquecimento do controle que a autocomposição administrativa poderia ocasionar tampouco tem como prosperar. Nenhum dos polos de controle citados (tribunais de contas, ministérios públicos, órgãos de advocacia pública, controladorias e corregedorias) tem suas funções solapadas pela criação de uma instância administrativa de prevenção e extinção de controvérsias. O procedimento e os acordos dele decorrentes evidentemente não poderão ser imunes ao escrutínio desses órgãos.

2.1.2 Normas constitucionais estruturantes da autocomposição administrativa de conflitos

Estabelecida a viabilidade constitucional da autocomposição administrativa de conflitos, é necessário perquirir que moldes a Constituição da República fornece para a disciplina legal e regulamentar do tema.

Essa pesquisa há de iniciar-se pela investigação da interação entre os princípios constitucionais regentes da função administrativa em geral com o tema em questão. São eles, afinal, que regem o processo decisório da Administração Pública. Assim, cumpre estudar como os princípios previstos no art. 37 da Constituição (BRASIL, 2020) — legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência — conformam a autocomposição administrativa de conflitos. É o que se faz no item 2.1.2.1.

Seguindo os movimentos indicados no item 1.1.2, o passo seguinte é explorar os princípios constitucionais que hão de disciplinar a atividade atípica da Administração Pública de resolver conflitos intersubjetivos. É o que se faz no item 2.1.2.2.

Logo depois, cabe analisar as normas constitucionais que estabelecem — ao lado das normas processuais federais editadas com base no art. 22, I, da Constituição, e das normas gerais de procedimento emanadas da União no exercício da competência prevista no art. 24, XI, do texto constitucional — as linhas gerais do procedimento de negociação preparatório do acordo extintivo do conflito. Essa exposição encontra-se no item 2.1.2.3.

2.1.2.1 Influência dos princípios diretores da Administração pública no regramento da resolução administrativa de conflitos

Os princípios previstos no *caput* do art. 37 da Constituição são a base da disciplina do exercício da função administrativa pelo Estado brasileiro. São eles, portanto, que dão os contornos mais externos do processo administrativo brasileiro, entendido como método de identificação e expressão da vontade do ordenamento jurídico no caso concreto pela Administração Pública. A seguir são examinados os condicionamentos impostos ao regramento da resolução administrativa de conflitos pelos princípios da legalidade (2.1.2.1.1), da impessoalidade (2.1.2.1.2), da moralidade (2.1.2.1.3), da publicidade (2.1.2.1.4) e da eficiência (2.1.2.1.5).

2.1.2.1.1 Condicionamentos impostos pelo princípio da legalidade

Como visto no item 2.1.1.1, o princípio da legalidade, hoje entendido como vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico posto, não constitui empecilho ao tratamento administrativo dos conflitos. Isso não quer dizer, porém, que não gere condicionamentos nessa atividade, como em todas as demais da Administração Pública.

No âmbito do processo decisório da Administração Pública, o princípio da legalidade institui mandamento de otimização da previsibilidade desse processo. Essa previsibilidade é

obtida pela permanente necessidade de referência da decisão administrativa a uma norma que lhe antecede. Na medida do possível, essa norma deve fornecer os critérios materiais para a formulação de escolha. Se isso não for possível, ao menos deve prover o procedimento, o método para decisão.

Como se verá mais adiante, Carvalho Neto (2014, p. 172) entende que a fixação desses parâmetros de decisão é fundamental para a preservação do princípio da impessoalidade. Esse respeito à impessoalidade é obtido, neste caso, justamente pela implementação da vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico previamente estabelecido. Garante-se, por essa vinculação, que os critérios de decisão não serão aqueles do agente público, mas os do ordenamento jurídico.

Na realidade social progressivamente complexa que se vivencia, nem sempre será possível o estabelecimento prévio dos critérios materiais de decisão. Como visto, a inviabilidade de antevisão e incorporação normativa de todas as combinações fáticas possíveis foi um dos elementos para o abandono da visão da legalidade como reprodução administrativa de decisões previamente tomadas em nível legislativo. Nesses casos, deve haver, ao menos a instituição prévia de um procedimento decisório. Esse procedimento, ver-se-á depois, deve contar com a participação dos potencialmente afetados pela decisão, deve ser público e sindicável pelos órgãos de controle.

2.1.2.1.2 Delineamentos decorrentes do princípio da impessoalidade

Do princípio da impessoalidade decorrem múltiplas regras que necessariamente deverão integrar qualquer regulamento acerca da autocomposição administrativa de conflitos. Conforme Carvalho Neto (2014, p. 100) o comando de moralidade por vezes aparece no texto constitucional com a configuração de princípio e, em outras passagens, como regra. Desse último caso, o autor cita como exemplo a regra de pagamento de dívidas de origem judicial por meio de precatórios, que figura no art. 100 e no art. 37, § 1º, da Constituição (CARVALHO NETO, 2014, p. 88). Com feição de princípio, aparece, obviamente, no caput do art. 37 da Constituição da República, “por sua textura aberta” (CARVALHO NETO, 2014, p. 100).

A impessoalidade exigida pela Constituição tem como decorrências mandamentos de imparcialidade, objetividade e neutralidade política (CARVALHO NETO, 2014, p. 164). Para

melhor entendimento do princípio mais amplo é necessária alguma explicação dos cânones dele derivados.

Monteduro (2011, p. 318) destaca que a imparcialidade administrativa tem múltiplas dimensões, delineáveis em três eixos por aspectos binários (organizativa e funcional, subjetiva e objetiva e; finalmente, negativa e positiva). O estudo dos pares conceituais inseridos em cada eixo permite uma compreensão mais próxima do primeiro dos três elementos integrantes da ideia de impessoalidade.

No plano organizacional, exige-se que a Administração Pública seja estruturada para garantir condições objetivas para tomada de decisões imparciais. Para isso, disserta Monteduro (2011, p. 327), é fundamental a “diferenciação funcional” entre os campos da política e da administração. Essa distinção garante a neutralidade política inserida no conceito de impessoalidade. A ideia que sustenta o modelo é a de que a orientação política e administrativa devem ser reservadas aos órgãos de governo, em deferência ao princípio democrático e à soberania popular. Contudo, a implementação, nos casos concretos, dessa orientação política deve ser reservada a um corpo técnico especializado, cujos membros sejam investidos depois de concurso público, exatamente para que seja garantida a imparcialidade na aplicação individual dessa política, sem condicionamentos de preferência política ou contingências partidárias (MONTEDURO, 2011, p. 328-329). Ao campo da política pertencem o poder e a responsabilidade de identificar, de forma prévia e geral, os objetivos da ação pública, os prazos dentro dos quais se terão que alcançar esses objetivos, a ordem de prioridade entre eles, a atribuição de recursos financeiros necessários e os mecanismos para controle de resultados. No território da administração ficariam todas as demais atividades administrativas necessárias à aplicação da orientação política (MONTEDURO, 2011, p. 327).

Sob o aspecto funcional, a imparcialidade tem relação com a atividade administrativa, com o desempenho da função administrativa por meio de procedimentos, atos, acordos e contratos relevantes para os cidadãos. Desdobra-se em inúmeros padrões conformadores da ação administrativa, como transparência, igualdade de tratamento, dever de motivar, entre outros (MONTEDURO, 2011, p. 320).

A imparcialidade sob o enfoque subjetivo tem relação com as regras que garantem as condições pessoais de imparcialidade dos agentes públicos (MONTEDURO, 2011, p. 321). Sob o enfoque objetivo, liga-se às normas regentes das tomadas de decisão, incluindo competência, procedimento e controle (MONTEDURO, 2011, p. 323).

Em sentido negativo, a imparcialidade traduz-se na proibição de discriminação, de favoritismos, de preferências ou disparidades de tratamento. Em sentido positivo, implica na

consideração de todo o conjunto de interesses em jogo na tomada de cada decisão, em oposição à conduta parcial, que leva em conta somente algum ou alguns deles (MONTEDURO, 2011, p. 324-325).

Voltando à análise de Carvalho Neto sobre a impessoalidade assegurada pela Constituição da República, verifica-se que o autor considera a participação procedimental como corolário desse princípio (2011, p. 165). Essa participação expressa-se como “garantia do contraditório e ampla defesa”, em um viés passivo e como “colaboração com o Poder Público, a fim de que este tenha uma ampla percepção dos interesses em jogo e possa tomar uma decisão com maior legitimidade após a análise e avaliação de todos eles” em sua contraparte ativa.

Em uma linha de decorrência lógica partindo da impessoalidade, Carvalho Neto põe o dever de motivação como resultante da participação procedimental. Não poderia haver efetiva participação, senão diante de decisões motivadas. A proteção de determinado interesse em detrimento de outro haveria se ser justificada, demonstrando-se a ponderação de todos os vetores em jogo, conferindo transparência à atuação e permitindo seu controle por meio de impugnações (CARVALHO NETO, 2014, p. 166). Ainda na mesma linha, situa-se em seguida a integridade, “como conjunto de medidas de combate à corrupção na esfera pública, não no plano punitivo, mas no preventivo como meios de controle” (CARVALHO NETO, 2014, p. 166).

Como Carvalho Neto ressalta, para “que se vislumbre a imparcialidade típica da Administração Pública é preciso ter em conta que ela atua como parte interessada na busca de concretização do interesse público”. Sua imparcialidade é obtida ao buscar o interesse público sem descuidar de outros interesses públicos e privados envolvidos, o que implica proibição de preferências e favorecimentos, ou seja, no busca pela objetividade (CARVALHO NETO, 2014, p. 170), terceiro elemento da impessoalidade. A objetividade, como “técnica de redução da parcialidade”, por meio do estabelecimento de “parâmetros para a dessubjetivização das valorações discricionárias realizadas pela Administração Pública” (CARVALHO NETO, 2014, p. 167).

Para os fins deste trabalho, é essencial que se busque a aplicabilidade dos conceitos até aqui expostos para o desenho de um processo administrativo de autocomposição compatível com o princípio da impessoalidade. Como visto, desse princípio decorrem exigências de imparcialidade, objetividade e neutralidade política. Tais exigências incidem sobre a organização administrativa (imparcialidade organizacional), sobre o modo de ação da Administração Pública (imparcialidade funcional), sobre o estatuto dos agentes públicos

(imparcialidade subjetiva), sobre os condicionamentos da tomada de decisão (imparcialidade objetiva), sobre as vedações (imparcialidade negativa) e sobre os deveres da Administração Pública (imparcialidade positiva). Também se viu ser necessário tutelar a objetividade, mediante a “dessubjetivização” das decisões. Finalmente, a neutralidade política deve ser buscada, pelo isolamento funcional das instâncias políticas e administrativas em seus próprios redutos.

O art. 32 da Lei n. 13.104, de 26 de junho de 2015 (BRASIL, 2018), optou por abrigar as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos nos órgãos de advocacia pública das unidades federadas. Essa opção contempla o princípio da impessoalidade sob os aspectos da imparcialidade organizacional e subjetiva. Cabe lembrar que, por força do art. 132 da Constituição da República (BRASIL, 2020), esses órgãos são integrados por servidores públicos efetivos, investidos depois de concurso público de provas e títulos com participação de observador externo (a Ordem dos Advogados do Brasil), estáveis depois de cumprido o estágio probatório (art. 41 da Constituição). Essa configuração do órgão e dos seus agentes tende a assegurar, tanto quanto possível, isolamento da instância administrativa da política, protegendo a indispensável neutralidade política.

A imparcialidade subjetiva, contudo, deve ser reforçada no regramento estadual da atuação dessas câmaras. Por exigência do princípio da impessoalidade, os Estados hão de fazer constar de seus documentos normativos regras impeditivas da atuação de advogados públicos em situação de conflito de interesses. Como linha de base para o conteúdo dessas regras, poderão adotar as normas do Código de Processo Civil (BRASIL, 2019) concernentes ao impedimento e a suspeição dos juízes (artigos 144 e 145).

Outra regra necessária diante do princípio da impessoalidade é a atuação da câmara de modo colegiado. Como registra Carvalho Neto (2014, p. 114) em relação às comissões de licitação, “[o] fato de a lei prever órgão colegiado já diminui a possibilidade de personalização da conduta decisória”. Essa medida é essencial para garantir a objetividade da atuação do órgão.

Como norma do tipo princípio, um comando de otimização a ser implementado no maior grau que as circunstâncias fáticas e jurídicas permitirem, deve-se estipular a obrigatoriedade de prévia definição dos critérios de decisão das comissões atuantes nas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Conforme Carvalho Neto (2014, p. 172), “o aspecto primordial para garantir a imparcialidade é a predeterminação de critérios e modalidade em que a Administração se baseará para um processo de escolha”. Consoante Almeida (2012, p. 114), “a essência da impessoalidade [...] está no fato de o

tratamento dado pelos agentes estatais aos casos individuais e concretos estar fundamentado numa decisão anterior geral e abstrata”. A remissão a essa decisão anterior, geral e abstrata — lei ou ato normativo de outra natureza — permite, a um só tempo, desvincular a atuação dos representantes da Administração Pública de seus critérios pessoais e possibilitar tratamento uniforme às situações material e juridicamente semelhantes. Mesmo advertindo que “nunca um ato normativo conseguirá pré-determinar com a adequada exatidão todas as hipóteses em que a transação se mostra mais benéfica ao interesse público”, Faria (2019a, p. 211) reconhece que “a previsão detalhada de critérios e procedimentos para a transação envolvendo a Administração Pública é fator imprescindível para a adequada e bem sucedida realização desses acordos”. “Se possível, devem ser produzidas súmulas administrativas sobre matérias repetitivas” (CARVALHO NETO, 2014, p. 193).

Para as decisões da comissão, com mais ênfase para aquelas em que não houve viabilidade de fixação prévia de parâmetros públicos e objetivos de deliberação, deve ser obrigatória a declaração por escrito de seus motivos determinantes. Essa regra, além de emanar do princípio da impessoalidade, advém também do princípio republicano do art. 1º da Constituição, bem como do princípio do contraditório e da ampla defesa previsto no inciso LV do art. 5º do texto constitucional.

2.1.2.1.3 Parâmetros impostos pelo princípio da moralidade

O conteúdo da moralidade administrativa é condicionado pelo sistema em que se encontra positivada. No caso do Direito brasileiro, “deve ser necessariamente interpretada à luz de um Estado Social e Democrático de Direito, pois é essa a configuração estatal básica definida pela Carta Magna ora vigente” (MARRARA, 2012, p. 161).

Contudo, trata-se de um conceito “fluido” e “aberto” (MOREIRA, 2017, p. 135). Não corresponde a essência que “exista de modo universal e atemporal”. O melhor tratamento teórico a ser dado é a indicação de “um conteúdo central que sirva de parâmetro para o controle de sua observância, auxiliando a atividade decisional administrativa e judicial” (MARRARA, 2012, p. 161).

De modo geral, a moralidade administrativa serve “para impedir que os dirigentes estatais desviem-se das finalidades do Estado de Direito, empregando seus poderes públicos no intuito de se afastar das vontades estatais democraticamente legitimadas”. Com a

introdução do filtro de moralidade administrativa, a análise da licitude do atuar da Administração Pública passa a contemplar um elemento finalístico, “de modo que o cumprimento da norma jurídica pela autoridade pública somente pode ser válido quando vinculado aos valores em que tal norma se funda” (MARRARA, 2012, p. 163).

Marrara (2012, p. 163) destaca o poder de legitimação conferido pela atuação estatal em conformidade com a moralidade administrativa. Segundo o autor, “gera-se respeito pela ação estatal, tornando possíveis tanto o funcionamento mínimo da sociedade sem a necessidade de fiscalização e controle estatal de tudo e de todos, quanto o emprego da força pelo Estado”. Ainda conforme a mesma fonte no mesmo local, o “respeito pelo exercício do poder fomenta a cooperação voluntária de um mínimo da sociedade em favor do Estado, permitindo que este continue a existir e ditar normas regentes dos comportamentos sociais, sancionando os que não as observam”.

O autor também aponta três vetores cuja observação prática leva à operacionalização do princípio: probidade, razoabilidade e cooperação. Esses vetores dão suporte, em seu entender, ao controle judicial e administrativo do princípio em questão (MARRARA, 2012, p. 166).

A probidade importa em conduta conforme a boa-fé (MARRARA, 2012, p. 167). Calcini (2012, p. 211) elenca, como regras defluentes do dever de respeito à boa-fé: vedação ao abuso de poder, proibição do comportamento contraditório (*non venire contra factum proprium*), interdição de omissões desarrazoadas, moderação ao formalismo, “respeito ao tempo” (vedação ao “exercício prematuro de direitos e a fixação de prazos inadequados”, “dever de sinceridade objetiva”, dever de conservação dos atos administrativos (*favor acti*), “vedação ao atraso desleal”. Moreira (2017, p. 154) lista: interdição ao abuso de direito, vedação ao comportamento contraditório, “proibição à inação inexplicável e desarrazoada”, proibição da “defesa de nulidades puramente formais”, inaceitabilidade da exigência à outra parte de comportamento de padrão ético superior ao próprio, “negativa ao exercício inútil de direitos e deveres”, inadmissibilidade de condutas lesivas, “dever de conservação dos atos administrativos”, “lealdade no fator tempo”, “respeito aos motivos determinantes do ato”, “indevida utilização ou participação no processo”, “dever de sinceridade objetiva”, “restrição às provas desnecessárias e atos inúteis”, “dever de colaboração recíproca” e “dever de informação”.

“Um segundo vetor de concretização do princípio da moralidade administrativa — e que se soma ao subprincípio da probidade — é a razoabilidade” (MARRARA, 2012, p. 171). Calcini reforça que a guarda do princípio da moralidade administrativa implica condutas

orientadas por “critérios racionais, sensatos, coerentes, onde exista certa congruência lógica entre os motivos e o ato emanado para se cumprir finalidade pública”, destacando também que “todo proceder imoral será irrazoável e desproporcional” (CALCINI, 2012, p 217).

O terceiro vetor proposto por Marrara (2012) diz respeito à cooperação. Ele impõe a colaboração entre a Administração Pública e as pessoas privadas no cumprimento dos respectivos deveres. Conforme Moreira (2017, p. 136), “compete à autoridade pública prestar informações corretas e adequadas que estejam em sua esfera de competência no intuito de evitar infrações”. Esse aspecto da moralidade também implica a necessidade de sua observação pelos particulares. “A Constituição não celebra a ‘moralidade passiva’ ao consignar tal princípio em seu texto, como se fosse válido seccionar a mesma conduta em imoral mas válida (para a pessoa privada) e imoral e inválida (para a Administração)” (MOREIRA, 2017, p. 136).

2.1.2.1.4 Exigências do princípio da publicidade

Alguns procedimentos voltados ao tratamento de conflitos têm como característica o sigilo. É o caso, por exemplo, da mediação e da arbitragem (SOUZA, 2016, p. 47). Contudo, por força do princípio da publicidade, que rege a Administração Pública brasileira, quando há envolvimento de ente público em procedimentos dessa espécie, o sigilo como regra deve ceder lugar à necessária transparência.

Soares (2016, p. 48), fazendo referência à arbitragem, mas em juízo aplicável a qualquer procedimento voltado ao tratamento de conflitos da Administração Pública, aponta que “a faculdade relacionada à confidencialidade deverá ser restringida quando o Poder Público for parte do procedimento”. Essa assertiva é fundamentada exatamente no condicionamento do agir do ente público pelo princípio constitucional da publicidade.

Como essa restrição não se aplica, contudo, aos participantes privados do procedimento, a autora defende “a possibilidade de ser estabelecida pelas partes (Administração Pública e pessoa jurídica de Direito Privado) restrição de publicidade quanto a determinadas informações”. Deixa claro, contudo, que “tais informações somente poderão ser relacionadas à intimidade da pessoa jurídica de Direito Privado, como, por exemplo, dados relativos à condição econômica da pessoa jurídica contratada”. Mesmo assim, “a restrição à

publicidade não importará em sigilo absoluto, a ponto de tornar o procedimento insindicável”. O acesso aos órgãos de controle, por exemplo, não pode ser negado (SOARES, 2016, p. 50).

A solução proposta por Palma (2017, p. 24) para assegurar a publicidade no procedimento administrativo de resolução de conflitos é impor restrição de acesso a informações sobre a negociação em si, aos debates travados na mesa de negociação; deixando abertos ao público os dados referentes a propostas e contrapropostas formais e ao acordo final.

2.1.2.1.5 Reflexos do princípio da eficiência

Palma (2015, p. 120) registra três concepções do princípio da eficiência a partir da literatura sobre o tema: “(i) eficiência como sinônimo de ‘boa administração’; (ii) eficiência como comando de otimização das decisões administrativas; e (iii) eficiência como dever de escolha do meio mais adequado para determinar decisões eficientes ao caso concreto”.

Em sua visão (PALMA, 2015, p. 121), acolher o princípio da eficiência como dever de “boa administração” não acarreta nenhuma inovação no sistema jurídico, já que a Administração Pública sempre se orientou por essa diretriz. Essa linha de entendimento minimiza, por isso, a funcionalidade do princípio. A acepção mais difundida desse princípio é a de “comando de otimização de decisões administrativas” (PALMA, 2015, p. 121), segundo a qual o princípio impõe incremento de qualidade nas decisões da Administração Pública e nos procedimentos que a elas conduzem. A terceira vertente identifica a eficiência com “dever de escolha do meio mais adequado para determinar decisões eficientes ao caso concreto”, aproximando-a de uma obrigação de meio (PALMA, 2015, p. 121).

O valor metodológico dessa terceira perspectiva vem do “condicionamento das decisões administrativas à prévia ponderação dos meios à disposição da Administração Pública para satisfazer determinada finalidade de interesse público” (PALMA, 2015, p. 122). Essa ponderação deve incidir tanto sobre a escolha do instrumento jurídico a empregar para atingimento da finalidade buscada, como sobre a conformação de dito instrumento, com ênfase em sua intensidade (PALMA, 2015, p. 122). O ponto que se oferece a investigação nesse contexto é a identificação do critério para seleção do meio adequado à perseguição de cada finalidade pública de modo que essa busca possa ser qualificada como eficiente (PALMA, 2015, p. 122). Os estudos mais recentes a esse respeito discutem dois critérios possíveis. O primeiro, utilitarista, parte de constatação da escassez dos recursos e propõe

como decisão eficiente aquela que, confrontando custo e benefício, maximiza este e minimiza aquele, conferindo o melhor proveito possível aos recursos disponíveis. O outro, de proporcionalidade, nega a possibilidade de determinar-se, antecipadamente, ajuste ótimo entre custo e proveito, sendo-lhe bastante que a ação administrativa seja apta a provocar um mínimo de eficácia, evitando a atuação inócua (PALMA, 2015, p. 122-123).

A visão do princípio da eficiência como dever de escolha dos meios mais adequados à consecução dos objetivos públicos tem ligação próxima com o uso mais frequente de meios consensuais de tratamento de conflitos. A necessidade de superação de impasses burocráticos contribui fortemente para a previsão mais disseminada de instrumentos consensuais (PALMA, 2015, 127). Conforme Palma (2015, p. 101), “a satisfação das competências administrativas por meio de acordos pode se mostrar mais eficiente no caso concreto quando em comparação com o modo unilateral imperativo de ação”.

Faria (2019, p. 96) aponta que o princípio da eficiência determina “a realização de transação por parte da Fazenda Pública quando constatado o direito do requerente ou, ao menos, a alta probabilidade de sucesso de sua pretensão na via judicial”.

O princípio da eficiência exige, portanto, mais do que regras específicas de formatação dos procedimentos de autocomposição administrativa ou dos acordos deles decorrentes, a própria previsão normativa desses procedimentos e acordos como alternativa de ação para a Administração Pública, a serem empregados como meios mais adequados de obtenção de finalidades públicas, conforme avaliação no caso concreto.

2.1.2.2 Condicionamentos determinados pelos princípios regentes da resolução estatal de conflitos

Conforme se disse anteriormente, quando a Administração Pública é chamada pelo ordenamento jurídico a dirimir conflitos intersubjetivos, passa a estar limitada e orientada pelas normas constitucionais que regem essa atividade estatal. Essas normas voltam-se com mais ênfase para o Poder Judiciário, cuja razão de existir está centrada exatamente na resolução de conflitos. Todavia, como dito, várias delas aplicam-se à Administração Pública quando incumbida atipicamente da competência típica do Poder Judiciário. É essencial, portanto, examinar como o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição) modela a consensualidade administrativa voltada à extinção de conflitos.

Cabe notar que o próprio enunciado de algumas das normas constitucionais relacionadas ao tratamento de conflitos deixa clara sua aplicabilidade à Administração Pública, como se vê nos incisos LV e LXXVIII do art. 5º da Constituição. As exigências de ampla defesa, contraditório e razoável duração são, assim, indubitavelmente aplicáveis aos processos administrativos, inclusive àqueles que se propõem a dirimir conflitos de modo consensual.

Neste tópico são abordados os condicionamentos impostos pelos princípios do devido processo legal (2.1.2.2.1), da ampla defesa e do contraditório (2.1.2.2.2) e da duração razoável do processo (2.1.2.2.3).

2.1.2.2.1 Devido processo legal

O devido processo legal é princípio dotado de alto grau de generalidade. Tanto que se pode, a partir dele, deduzir outras normas com natureza de princípio, ou seja, comandos de otimização (ALEXY, 2008). Chega-se a afirmar que os demais princípios regentes do processo são decorrências do princípio do devido processo legal (NERY JUNIOR, 2017, p. 114).

Em virtude dessa amplitude, a incidência do princípio do devido processo legal ao processo decisório da Administração Pública é, sem dúvida, defensável. Todavia, há que se reconhecer que essa aplicabilidade torna-se mais densa em relação à atividade estatal de resolução de conflitos, mesmo quando realizada atipicamente pela Administração Pública. Afinal, foi em função dessa atividade que se desenvolveu, originalmente, a concepção teórica de processo. Por essa razão, trata-se desse tema neste ponto deste trabalho.

A generalidade referida também tem como consequência a dificuldade de reduzir o princípio a uma fórmula (MESQUITA, 2006, p. 209-210). Mesmo assim, a partir desse princípio deduzem-se várias limitações e exigências da atividade estatal afeta ao tratamento dos conflitos intersubjetivos. A mais óbvia delas refere-se à inviabilidade jurídica de avanço sobre o patrimônio ou a liberdade dos indivíduos sem prévio processo. Desse ponto inicial, parte uma construção teórica e jurisprudencial que se inicia em aspectos puramente processuais e, posteriormente, ganha contornos substanciais, relacionados à razoabilidade e à proporcionalidade.

Outro desenvolvimento digno de registro refere-se à área de aplicação do princípio. A ideia de devido processo legal surgiu no campo do processo penal (MESQUITA, 2006, p. 210), estendendo-se posteriormente ao processo civil e, hoje, ao processo administrativo.

Como se disse, não é possível reduzir o princípio do devido processo legal a uma fórmula. Por isso mesmo, é inviável produzir uma lista fechada e completa de reflexos desse princípio no sistema estatal de resolução de conflitos. Em geral, esses reflexos decorrem mais proximamente de princípios decorrentes do devido processo legal.

Diretamente do princípio devido processo legal decorre, como já afirmado, a imprescindibilidade de um processo prévio para interferência na liberdade e no patrimônio das pessoas. Também decorre dele a necessidade de aderência desse processo a regras preestabelecidas, presumivelmente conhecidas pelas partes. Essas regras devem ser orientadas pela proporcionalidade e pela razoabilidade, em sintonia com valores, princípios e regras constitucionais que as precedem.

Pensando na resolução administrativa consensual de conflitos, o princípio do devido processo legal exige a normatização de um procedimento administrativo que se interponha entre o surgimento dos conflitos e sua extinção por concerto de vontades das partes neles envolvidas. Também exige, como registrado por Palma (2017, p. 23) o dever de aderência das obrigações pactuadas ao problema concreto.

Neste último caso, o devido processo legal é tomado em seu aspecto substancial, como dever de proporcionalidade e razoabilidade. Tem-se, portanto, que a negociação de cláusulas desconectadas do contexto do conflito a resolver é violadora do princípio do devido processo legal porque desarrazoada e, possivelmente, desproporcional. No caso da negociação acerca de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por exemplo, é inválida, por violação do devido processo legal, cláusula que imponha prestação estranha ao contexto do contrato.

2.1.2.2.2 Contraditório e ampla defesa na consensualidade administrativa

No contexto da consensualidade administrativa, os princípios do contraditório e da ampla defesa traduzem-se na efetiva participação na negociação (PALMA, 2017, p. 22-23). O diferencial, aqui, é que se trata de uma participação colaborativa, não adversarial. Para atendimento ao princípio, deve-se garantir, tanto quanto possível fática e juridicamente, a

formulação de propostas e contrapropostas por ambos os participantes do procedimento e sua efetiva consideração pela contraparte.

Olhando exclusivamente do ponto de vista do contraditório, portanto, seriam inválidos os acordos por adesão, comuns no âmbito tributário, cujas cláusulas uniformes são ofertadas aos possíveis interessados em edital devidamente publicado. Contudo, há que se lembrar que se está diante de um princípio, a exigir ponderação para sua aplicação (ALEXY, 2008). Os acordos por adesão são lícitos quando exigidos pelos princípios da impessoalidade e da isonomia. Cumpre indagar, na investigação do cabimento dessa oferta pública, se no caso concreto é mais relevante dar tratamento uniforme a pessoas na mesma situação ou construir soluções adequadas a situações peculiares.

2.1.2.2.3 Razoável duração do processo

O princípio da razoável duração do processo não integrava a redação original da Constituição de 1988. Foi introduzido no texto pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Conforme seu próprio enunciado, aplica-se aos processos judiciais e administrativos.

Como aponta Nery Junior (2017, p. 370-371), esse princípio tem dupla função. Primeiramente, incide sobre o tempo do processo propriamente dito. Em outro aspecto, tem relação com a adoção de meios consensuais de solução de conflitos, que tem como efeito o alívio da carga de trabalho do Poder Judiciário, o que contribui para abreviar a duração média do processo.

Há que se observar que uma das razões da adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos é o ganho de tempo que oferecem em comparação com processo judicial. O procedimento administrativo de negociação para extinção de conflitos, portanto, é, em si, um instrumento de efetivação do princípio em exame. Por outro lado, sofre sua incidência e deve ser otimizado para assegurar a celeridade possível no contexto em que se realiza.

2.1.2.3 Normas constitucionais condicionantes do procedimento de negociação

Como visto no primeiro capítulo, as principais normas constitucionais condicionantes do procedimento de negociação para resolução de conflitos surgidos no âmbito dos contratos administrativos acerca de seu equilíbrio econômico-financeiro são o art. 22, I, e o art. 24, XI, da Constituição da República. Essas normas, repete-se para maior clareza, estipulam a competência legislativa da União para legislar sobre processo e normas gerais sobre procedimento e a competência legislativa dos estados para legislar de modo suplementar sobre procedimento. Essas normas determinam que os estados necessariamente deverão observar e reproduzir as regras sobre processo e as regras gerais sobre procedimento em seus regramentos locais.

2.2 NORMAS CONSTITUCIONAIS DETERMINANTES DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A proteção específica ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, contida na expressão “mantidas as condições efetivas da proposta” do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República (BRASIL, 2020) faz parte de um conjunto de normas constitucionais que têm por núcleo a proteção à propriedade privada (ARAGÃO, 2013, p. 40-41), cuja expressão mais básica encontra-se no inciso XXII do art. 5º do mesmo texto: “é garantido o direito de propriedade”.

A previsão de um instrumento como o contrato administrativo em um ordenamento jurídico serve como indicativo sobre a proteção dada à propriedade privada por esse ordenamento contra eventuais investidas do Estado. Obviamente, um ente estatal somente precisa contratar com particulares se deles não puder obter bens e serviços por atos de império. O que o impede de obtê-los sempre desse modo é, entre outras limitações, a proteção jurídica à propriedade privada.

Para efetiva tutela da propriedade privada não é suficiente, contudo, que se institua a imprescindibilidade de obter concordância do fornecedor ou prestador de serviços em assumirem esses papéis por contrato. Não é suficiente, nem mesmo, a imposição de alguma contraprestação pelo Estado, própria da relação contratual. É indispensável que se assegure a equivalência entre prestação e contraprestação, de modo que o Estado não se aproprie indevidamente da diferença de valores entre elas. Guimarães (2019, p. 68) extrai do inciso XXIV do art. 5º da Constituição, para além da disciplina da desapropriação, o sentido

axiológico de vedação do sacrifício do patrimônio privado sem a correspondente reparação econômica. Como visto, a ideia de equivalência, presente também nos contratos entre particulares, ganha outro significado quando aplicada aos contratos administrativos.

A essa equivalência, que deve ser mantida por toda a duração do contrato administrativo, dá-se a designação “equação econômico-financeira” (SANTOS, 2015, p. 205-206). Deve-se ter em mente que “alcança não apenas a remuneração prevista contratualmente, mas também outros elementos contratuais de repercussão econômica, como o prazo e a periodicidade estimados para pagamento” (SANTOS, 2015, p. 207).

Aragão (2019, p. 46) chega a identificar o cerne da relação contratual administrativa com a equação econômico-financeira, ao afirmar que a modificação da equação obtida em determinada licitação implicaria o estabelecimento de uma outra relação contratual não licitada, ferindo o próprio preceito constitucional que estabelece a licitação como antecedente necessário ao contrato administrativo (art. 37, XXI).

Escrevendo sobre concessões, Guimarães (2019, p. 57-58) enfatiza o interesse público existente na proteção à adequada remuneração do empresário. Lembra que a concessão implica decisão de empregar recursos privados para tornar viáveis atividades públicas, de modo que “o investimento privado passa a ser meio de satisfação concreta do interesse público”. Assim, reforça, a “decisão de tornar o particular coadjuvante do Estado é acompanhada do dever de se garantir o respeito ao investimento realizado”.

O assento constitucional da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo causa o condicionamento de “toda a elaboração legislativa subsequente, a interpretação de textos legais e cláusulas contratuais, e a própria manifestação jurisdicional tendente à solução de conflitos relacionados à execução dos contratos administrativos” (SANTOS, 2015, p. 208). Como não poderia deixar de ser, condiciona também a autocomposição de conflitos envolvendo essa matéria e a respectiva disciplina legal e regulamentar.

2.3 CONCLUSÕES REFERENTES AO CAPÍTULO

Em sentido contrário ao do entendimento historicamente consagrado e registrado em inúmeros atos administrativos e judiciais, o engajamento da Administração Pública em negociações extrajudiciais destinadas à extinção de conflitos não viola os princípios

constitucionais da legalidade, da indisponibilidade do interesse público, da independência e harmonia dos Poderes, da inafastabilidade da jurisdição e nem o controle judicial da Administração Pública. Assim, é compatível com o regime constitucional em vigor.

Dada a compatibilidade do uso desse método de resolução de conflitos pela Administração Pública com a Constituição, segue-se óbvia e necessariamente que as normas que primariamente regem essa matéria hão de ser buscadas na própria Constituição. Tomando em conta as conclusões do primeiro capítulo acerca das competências dos entes federados para produção de normas infraconstitucionais sobre o tema, vê-se que há um bloco de normas integrado por normas constitucionais e normas infraconstitucionais produzidas pela União ou pelos estados nos vácuos normativos deixados pelo ente nacional que os estados devem necessariamente reproduzir e respeitar na produção de seus próprios regramentos.

Voltando-se os olhos para a matéria específica deste trabalho, há que se constatar que não é desprezível a parte do regramento estadual das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos em matéria de equilíbrio econômico-financeiro do contrato constituído por normas diretamente decorrentes regime constitucional vigente ou, ainda, resultantes da projeção do regime constitucional sobre o direito federal. Vários dos temas que se entrelaçam nesse regramento têm soluções previamente designadas ou, ao menos, têm suas linhas mais gerais traçadas pela Constituição da República.

Quanto aos temas que formam esse regramento mínimo, podem ser divididos em quatro componentes necessários: o processo decisório da Administração Pública, a atividade estatal resolutive de conflitos, o procedimento de negociação e o acordo para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

No próximo capítulo serão vistas, mais detidamente, as normas que integram necessariamente esse regramento, divididas nesses grupos temáticos, dando fechamento à exposição da pesquisa.

3 CONTEÚDO NORMATIVO MÍNIMO DO REGRAMENTO ESTADUAL DAS CÂMARAS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOBRE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Neste terço final da dissertação, passa-se a identificar e agrupar as normas que formam o regramento estadual mínimo das câmaras de resolução administrativa de conflitos ao tratarem de equilíbrio econômico-financeiro de contratos. Esse agrupamento é feito conforme a natureza das normas em questão. Primeiramente, apresentam-se as normas disciplinadoras do processo decisório da Administração Pública especificamente aplicáveis ao tema (3.1). Depois, demonstram-se as normas atinentes ao exercício atípico da resolução de conflitos pela Administração Pública que incidem sobre o tema em questão (3.2). Em seguida, abordam-se as normas gerais sobre o procedimento preparatório do acordo (3.3). Finalmente, cuida-se das normas incidentes sobre os acordos celebrados sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos estaduais (3.4). Como fechamento do capítulo, apresentam-se as conclusões a ele correspondentes (3.5).

3.1 COMPONENTE DE DISCIPLINA DO PROCESSO DECISÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pertencem ao campo das normas regentes do processo administrativo decisório dos estados aquelas concernentes ao órgão estatal e sua organização interna, à investidura do agente estatal, à competência, à motivação dos atos, à legalidade, à publicidade, à isonomia, à impessoalidade, à moralidade e à eficiência. A exposição dessas normas será feita a seguir conforme a seguinte divisão: regras aplicáveis ao órgão público e aos agentes competentes (3.1.1), regras aplicáveis aos contratados (3.1.2) e regras aplicáveis à interação, à relação jurídica entre órgãos, agentes e contratados (3.1.3).

3.1.1 Regras aplicáveis ao órgão e aos servidores públicos competentes

Para viabilizar o cumprimento de uma imensa lista de atribuições, a Constituição organiza a Administração Pública pela interligação de diversas estruturas especializadas, cada uma abrigando diferentes agentes com formações e atribuições específicas. Por isso, é parte essencial da disciplina do processo decisório da Administração Pública a identificação, entre essas várias estruturas (órgãos), qual será a competente para atuar em cada hipótese. Em seguida, deve determinar, entre os agentes integrantes daquele órgão, a quais deles compete atuar. Existem, também, definições indispensáveis para a forma de atuação desses agentes: se agirão individualmente ou em conjunto; em que casos não poderão atuar; se agirão livremente ou segundo parâmetros preestabelecidos.

Este tópico contém a exposição das regras necessariamente integrantes do regramento estadual de resolução administrativa de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que disciplinam o polo público da relação jurídica formada para extinção do litígio. Inicia-se pela identificação do órgão competente (3.1.1.1). Segue-se com a identificação dos agentes encarregados (3.1.1.2). Depois, trata-se de sua atuação colegiada (3.1.1.3). Cuida-se, a seguir, das hipóteses de impedimento e suspeição (3.1.1.4). Finalmente, abordam-se os parâmetros de atuação dos servidores responsáveis pela manifestação da Administração Pública (3.1.1.5).

3.1.1.1 Órgão competente

Se, como dito anteriormente, a Constituição não disciplina diretamente a resolução administrativa de conflitos, obviamente não indica o órgão competente para realizá-la. A atribuição para legislar a respeito pertence à União, por força do art. 22, I, da Constituição, já que se trata de regra de direito processual, conforme o conceito alargado discutido neste trabalho.

Ao desincumbir-se dessa competência legislativa, a União estabeleceu, no art. 174 do Código de Processo Civil e no art. 32 da Lei n. 13.140, de 2015, que as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos funcionarão no âmbito de seus órgãos de advocacia pública. Conforme as considerações feitas anteriormente, trata-se de solução consentânea com o princípio da impessoalidade, sob os aspectos da imparcialidade organizacional e subjetiva.

Posicionar as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos nos órgãos de advocacia pública que, por força da própria Constituição (art. 132), devem ser integrados

por servidores públicos efetivos aprovados em concurso público de provas e títulos, com participação de observador externo (a Ordem dos Advogados do Brasil), é medida voltada à garantia da imparcialidade organizacional, já que promove a separação das instâncias política e administrativa. Lembra-se que, conforme Monteduro (2011, p. 327), para promover decisões imparciais, afinadas com o princípio da impessoalidade, é fundamental criar essa “diferenciação funcional”, de modo a assegurar, tanto quanto possível, a neutralidade política na tomada de decisões.

Por outro lado, a forma de investidura dos agentes públicos integrantes desses órgãos, aliada à circunstância de que, como os demais servidores efetivos, são dotados de estabilidade depois de cumprir estágio probatório (art. 41 da Constituição), confere à escolha realizada pelo art. 174 do Código de Processo Civil e pelo art. 32 da Lei n. 13.140, de 2015, o viés de estímulo à imparcialidade do ponto de vista subjetivo. Para sustentá-lo, parece bastante lembrar que os agentes constitucionalmente vocacionados à resolução de conflitos mediante aplicação do ordenamento jurídico em decisões imparciais, os integrantes do Poder Judiciário são, com poucas exceções, investidos depois de concurso público com participação da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 93, I, da Constituição) e, sem exceção, vitalícios — ou seja, dotados de uma forma qualificada de estabilidade — depois de cumpridas formalidades constitucionais específicas (art. 95, I, da Constituição).

Não se pode deixar de notar, também, que abrigar o órgão competente para resolução administrativa de conflitos no órgão constitucionalmente responsável pela representação do ente público nos processos judiciais com fins análogos e pela consultoria jurídica desses mesmos entes — atividade na qual se interpreta o ordenamento jurídico para resolução de questionamentos surgidos no cotidiano exercício da função administrativa — implica otimização do aproveitamento de estrutura organizacional criada para funções correlatas. É difícil conceber uma solução que dê aplicação mais adequada ao princípio constitucional da eficiência que esta.

Por tudo isso, os estados não poderão criar órgãos exclusivamente responsáveis pela solução administrativa de conflitos. Não poderão nem mesmo atribuir essa competência a órgãos diversos daqueles responsáveis por sua representação judicial e consultoria jurídica. É parte necessária do regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos a competência de câmara a ser criada no âmbito do respectivo órgão de advocacia pública.

3.1.1.2 Servidores encarregados

A escolha realizada pelo art. 174 do Código de Processo Civil e pelo art. 32 da Lei n. 13.140, de 2015, de alocar as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos nos órgãos de advocacia pública estaria esvaziada em seu propósito de assegurar a imparcialidade das decisões se a competência para executar diretamente as atividades-fim desses órgãos fossem cometidas a servidores diversos daqueles indicados no art. 132 da Constituição.

Assim, ressalvado o apoio administrativo e a colaboração técnica extrajurídica eventualmente necessária, a negociação direta com os contratados, a formulação de propostas e a análise de contrapropostas, assim como a celebração do acordo final devem competir aos advogados públicos investidos na forma do art. 132 da Constituição. Faz parte, portanto, do regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos norma estabelecidora dessa competência exclusiva.

3.1.1.3 Colegialidade

A lei federal não é específica a respeito, mas decorre da aplicação do princípio da impessoalidade à organização das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos o estabelecimento de regra impondo a atuação dos agentes que a integram de modo colegiado. Trata-se de medida destinada a fomentar a objetividade na atuação do órgão, a “dessubjetivização” de seu mister. É a mesma razão que orienta a colegialidade das comissões de julgamento das licitações: diminuir a possibilidade de personalização da conduta decisória (CARVALHO NETO, 2014, p. 114).

Desse modo, é norma necessariamente integrante do regramento estadual da resolução administrativa de conflitos aquela que impõe atuação colegiada das comissões legalmente competentes para tratar extrajudicialmente os dissensos.

3.1.1.4 Impedimentos e suspeições

A forma de escolha dos servidores, sua proteção contra demissão arbitrária e sua atuação colegiada não são, porém, suficientes para impedir ameaças circunstanciais à imparcialidade e à objetividade caracterizadoras da impessoalidade. Eventualmente, mesmo os servidores cuja admissão não dependeu de escolha política e que não estão sujeitos a exclusão sem justa causa do serviço público, ainda que atuando em conjunto com outros com as mesmas características, podem ver-se diante de casos em que não têm condições de manifestar, com o nível mínimo possível de interferência de suas condições pessoais, a atuação estatal estritamente exigida pelo ordenamento jurídico.

Assim, é exigência inescapável do princípio da impessoalidade previsto na Constituição que do regramento da resolução administrativa de conflitos constem normas afastando os servidores competentes de atuação nos casos em que haja alto risco de interferência de sua condição pessoal na formulação da decisão a ser tomada. São exemplos claros desses casos aqueles que na legislação processual caracterizam impedimento e suspeição.

3.1.1.5 Predefinição dos critérios de atuação

Como dito no tópico 2.1.2.1.1, o âmbito do processo decisório da Administração Pública, o princípio da legalidade institui mandamento de otimização da previsibilidade desse processo. Essa previsibilidade é obtida pela permanente necessidade de referência da decisão administrativa a uma norma que lhe antecede. Na medida do possível, essa norma deve fornecer os critérios materiais para a formulação de escolha. Se isso não for possível, ao menos deve prover o procedimento, o método para decisão.

Para implementação máxima desse preceito, não se pode deixar de prever, entre as formas de negociação previstas no regramento em estudo, a oferta pública de acordos previamente configurados, por meio de instrumentos convocatórios divulgados com ampla publicidade. Esse tipo de instrumento permite, a um só tempo, a atuação objetiva do órgão responsável pela resolução dos conflitos, amparada em regras previamente definidas; bem como a preservação da isonomia dos entes privados interessados na negociação.

Para os casos em que esse expediente não for possível, resta a edição de regulamentos disciplinando a atuação dos advogados públicos em cada conjunto de conflitos caracterizado por um traço identificador comum. Nos casos cuja especificidade implique que nem mesmo

esse agrupamento de casos seja possível, resta definir em regulamento, o procedimento a ser adotado pelos profissionais na condução das negociações.

Em qualquer dos casos, a fundamentação das decisões é essencial ao controle do seguimento dos critérios previamente estabelecidos pelos servidores competentes para atuação nos procedimentos de resolução de conflitos.

3.1.2 Regras aplicáveis ao contratado

Definidas as regras mínimas acerca da atuação da Administração Pública, cumpre abordar as regras atinentes ao elemento privado da relação jurídica processual administrativa. A presença do particular nessa relação exige tratamento normativo que, ao mesmo tempo, garanta seus direitos fundamentais e restrinja sua — de outro modo ampla — liberdade de ação, para adaptá-la ao contexto de forte incidência de princípios de direito público.

Apresentam-se a seguir, então, as normas necessariamente integrantes da disciplina estadual da resolução administrativa de conflitos referentes à manutenção da boa-fé do contratado na negociação em que se envolve (3.1.2.1); as restrições causadas à ampla publicidade para tratamento de informações referentes ao contratado cuja divulgação possa ocasionar lesão de seus direitos (3.1.2.2); bem como norma referente à representação do contratado no procedimento de autocomposição.

3.1.2.1 Regras assecuratórias da boa-fé ao contratado

Como visto no item 2.1.2.1.3, o princípio da moralidade não tem sua aplicação restrita ao polo público da relação jurídico-administrativa. Também do particular exige-se uma conduta que não se desvie das finalidades previstas no ordenamento jurídico para aquela interação público-privada de que toma parte.

A Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. No art. 5º, inciso IV, alínea “g”, dessa lei, está previsto como comportamento punível

“manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública”. A atuação em desconformidade com a boa-fé para uso do procedimento voltado à resolução de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos com o fim de obter vantagem indevida atrai as sanções previstas no art. 6º da lei citada (multa e, excepcionalmente, publicação da decisão condenatória).

Compõem, portanto, o regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos, essas normas estabelecidas de sanções para desvios de comportamento do ente privado no contexto da negociação voltada à eliminação do conflito surgido no equilíbrio econômico-financeiro do contrato que mantém com a Administração Pública.

3.1.2.2 Sigilo relativo a informações restritas

Carlos (2021, p. 371) ressalta que o microsistema da autocomposição de conflitos no Direito brasileiro é orientado pelo princípio da confidencialidade. Dá como evidência o fato de o Código de Processo Civil e a Lei n. 13.140, de 2015, dedicarem grande número de normas a esse princípio. Acresce que a Resolução CNJ n. 125, de 2010, impôs dever de confidencialidade aos mediadores e conciliadores que atuarem sob seu regime. O autor explica que a confidencialidade “tem por escopo criar um ambiente favorável à conciliação e à mediação, viabilizando que as partes de boa-fé se manifestem, sem que as informações prestadas possam ser usadas contra si posteriormente em processo judicial ou arbitral” (CARLOS, 2021, p. 371-372).

A Lei n. 13.140, de 2015, ao tratar da mediação entre particulares, dispõe em seu art. 30 sobre as regras de sigilo a serem observadas por mediadores, partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação. São confidenciais em relação a terceiros, não podendo ser reveladas sequer em processo arbitral ou judicial, informações referentes a declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; bem como documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

Por força do princípio da publicidade, o princípio da confidencialidade não pode ter aplicação irrestrita em nenhum procedimento decisório da Administração Pública brasileira. Porém, o participante privado desse procedimento retém seu direito de proteção de informações cuja divulgação possa lhe causar algum dano.

Soares (2016, p. 50) aponta como solução para harmonização dos princípios o acordo entre as partes a respeito das matérias que possam ou não ser divulgadas. Tais matérias estariam desde logo limitadas, porém, àquelas concernentes à “intimidade” da pessoa jurídica, como, por exemplo, os dados relativos a sua condição econômica. Além disso, o sigilo não seria oponível aos órgãos de controle.

O acordo sobre matérias afetas ao procedimento, contudo, especialmente quando esse procedimento já é voltado à celebração de um acordo, embora viável, constitui um ponto de incerteza desnecessário. A proposta de Palma (2017, p. 24) para assegurar a publicidade no procedimento administrativo de resolução de conflitos, sem sacrifício integral do princípio da confidencialidade, apresenta-se como mais adequada: impor restrição de acesso a informações sobre a negociação em si, aos debates travados na mesa de negociação; deixando abertos ao público os dados referentes a propostas e contrapropostas formais e ao acordo final.

As regras identificadoras dos elementos cobertos pela confidencialidade são parte necessária do regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos. Por força da prevalência geral do princípio da publicidade neste caso, os elementos cobertos pelo sigilo devem ser estritamente aqueles relativos à economia interna das pessoas jurídicas de direito privado participantes da negociação, bem como os debates das propostas e contrapropostas.

3.1.2.3 Representação do contratado

Como se viu, o atendimento ao contraditório e à ampla defesa no contexto da resolução consensual de conflitos exige efetiva influência de ambas as partes no desfecho da negociação. Considerando que, conforme se registrou anteriormente, a parte pública está representada na negociação por seus advogados, há que se assegurar ao participante privado igualdade de condições, de modo a evitar o “efeito torção de braço” (PALMA, 2017, p. 17-18). Assim, ao contratado, na resolução administrativa de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos, deve ser garantida a assistência de advogado.

Do ponto de vista constitucional, deve-se lembrar, o art. 133 da Constituição considera o advogado indispensável à administração da justiça. Não há razão para excluir os meios consensuais de resolução de conflitos da ideia ampla de acesso à justiça.

Compõe, assim, o regramento estadual mínimo de resolução consensual de conflitos o direito à assistência de um advogado pelo participante privado do procedimento autocompositivo.

3.1.3 Regras aplicáveis à relação jurídica processual administrativa

Nessa primeira passagem sobre as normas integrantes do regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que cuida das regras pertinentes a esse regramento que tratam do processo decisório da Administração Pública, resta examinar a disciplina, nesse nível, da interação entre as partes. Nessa linha, estudam-se a seguir as regras atinentes formação da relação jurídica (3.1.3.1), aquelas relacionadas à dinâmica da relação jurídica (3.2.3.2) e, finalmente, a normas regentes da extinção da relação jurídica (3.2.3.3).

3.1.3.1 Formação da relação jurídica processual administrativa

Diferença marcante entre a jurisdição e a função administrativa consiste na sujeição da primeira ao princípio da inércia ou da demanda. Não se instaura processo decisório no âmbito do Poder Judiciário para exercício de sua função preponderante sem prévio requerimento dos legitimados. A Administração Pública, como visto no item 2.1.1.2, por conta do princípio da indisponibilidade do interesse público, na acepção de indisponibilidade do dever de agir (FARIA, 2020, p. 4), não se pode esquivar da decisão ou providência prática exigida para concretização dos objetivos que o ordenamento jurídico lhe impõe. Assim, do lado da Administração Pública, a instauração de procedimento decisório depende apenas da constatação de condições fáticas que tornem necessária decisão sobre qualquer assunto de sua competência. Trata-se de expressão do poder de autotutela.

No caso do tema deste trabalho, a detecção de desequilíbrio contratual, seja oneroso para a Administração Pública, seja para o contratado, enseja a abertura do procedimento para restabelecê-lo. Se nesse procedimento surgir conflito, desde então pode o órgão encarregado da gestão contratual encaminhar o caso à câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos do órgão estadual de advocacia pública.

Do lado do contratado, o direito de petição assegurado no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição, é o equivalente do direito constitucional de ação (art. 5º, XXXV, da Constituição) no âmbito de suas relações com a Administração Pública. Nesse ponto — no poder conferido ao ente privado para movimentar a estrutura do Estado em direção a uma decisão —, há um encontro entre o regime constitucional do processo decisório da Administração Pública e o regime constitucional da atividade estatal de resolução de conflitos, tipicamente conferida ao Poder Judiciário. No exercício do direito de ação, em uma perspectiva mais restrita, com olhos para o Poder Judiciário, o autor provoca o Estado a prestar-lhe a jurisdição; no manejo do direito de petição, em um enfoque mais amplo, o administrado requer que a Administração Pública decida para assegurar seus direitos ou remediar ilegalidade ou abuso de poder. Nesse último caso, a decisão pode ser, ou não, inserida em um processo voltado à resolução de conflito.

Dado que o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato implica violação do direito constitucional previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República, diante de conflito acerca do restabelecimento da legalidade violada, assiste ao contratado o direito subjetivo público de requerer a instauração do procedimento de negociação.

Dessa maneira, são parte do regramento estadual mínimo para resolução administrativa dos conflitos referentes ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos as regras determinantes do início do processo decisório. Essas regras devem assegurar que, diante do conflito, tanto a Administração Pública como o contratado sejam legitimados a dar início ao procedimento de negociação tendente à eliminação do dissenso.

3.1.3.2 Dinâmica da relação jurídica

Como visto no item 2.1.2.1.3, Calcini (2012, p. 211) deduz do dever de boa-fé decorrente do princípio da moralidade a interdição de omissões desarrazoadas e o “respeito ao tempo” (vedação ao “exercício prematuro de direitos e a fixação de prazos inadequados”).

Moreira (2017, p. 54), por seu lado, deduz da mesma fonte “proibição à inação inexplicável e desarrazoada” e “lealdade no fator tempo”. Note-se que são preceitos referentes à duração do processo decisório sob o ângulo do impulso que lhe dão as partes, e não ainda à marcha processual definida pela sequência procedimental e pelos prazos fixados para cada ato pelas normas procedimentais.

Por essas regras, que são parte necessária do regramento estadual mínimo para resolução administrativa dos conflitos — inclusive daqueles referentes ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos — são interditas aos participantes da negociação condutas comissivas ou omissivas voltadas à criação de barreiras ao seu andamento regular.

3.1.3.3 Extinção da relação jurídica

O fim ideal de todo processo administrativo é a decisão para cuja produção é voltado. No caso do processo de negociação para extinção de conflito, por exemplo, almeja-se decisão conjunta de ambas as partes pela qual definam obrigações reciprocamente assumidas para satisfazer as pretensões contrapostas parcialmente em um nível considerado aceitável por ambas para normalizar a relação jurídica perturbada pelo desentendimento.

O processo, porém, não pode estender-se indefinidamente. Por isso, entre as regras configuradoras do procedimento deverão constar algumas instituindo prazos. Disto, no entanto, tratar-se-á mais adiante. Neste tópico interessa discutir as regras que disciplinam o encerramento do processo decisório pelas partes.

Naturalmente, o processo será encerrado com máximo aproveitamento quando ambas as partes firmarem o acordo para o qual a negociação foi instituída. Deve-lhes ser permitido, porém, deixar a negociação quando o processo em si estiver causando mais dano que o benefício que dele pode resultar.

Cumprê destacar que a negociação é um procedimento em que as partes se engajam voluntariamente para a resolução de um problema comum de modo também voluntário. Não faz sentido prender qualquer das partes a ele contra seus interesses. Disso não resultam maiores indagações quanto ao contratado: basta que manifeste, por seu representante, a vontade de deixar a negociação e assim será feito. Em conformidade com a Constituição, o § 2º do art. 32 da Lei n. 13.140, de 2015, estabelece que a submissão dos conflitos às câmaras competentes para sua resolução administrativa é facultativa. Não há de ser diferente com a

permanência no procedimento. A questão não é tão simples em relação à parte pública da negociação. Como visto na primeira parte desta dissertação, a manifestação de vontade da Administração ocorre por meio de um processo. Esse processo, em um Estado de Direito, é regido por normas jurídicas. Assim, são parte indissociável do regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos as regras para encerramento unilateral da negociação pelo estado.

3.2 COMPONENTE DE DISCIPLINA DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Neste tópico são abordadas as regras que dizem respeito, mais proximamente, à atividade estatal de resolução de conflitos, quando realizada atipicamente pela Administração Pública. Essas regras advêm originariamente das normas constitucionais referentes ao processo judicial, mas se aplicam inequivocamente à Administração Pública quando exerce atividade voltada ao mesmo fim. O enunciado de algumas dessas normas, aliás, deixa explícita sua aplicabilidade ao processo administrativo.

O ponto que dá unidade ao sistema é o princípio do devido processo legal instituído pelo art. 5º, inciso LIV, da Constituição. Com ele relacionam-se proximamente os princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII).

Primeiramente, trata-se das regras decorrentes do contraditório e da ampla defesa (3.2.1). Em seguida, cuida-se das normas exigidas pelo princípio da razoável duração do processo (3.2.2). Depois, passa-se à exposição referente ao devido processo legal em seu aspecto substancial (3.2.3). Cabe destacar que se deixa de repetir algumas regras que, mesmo relacionadas à composição de conflitos, já foram expostas no tópico anterior, sobre o processo decisório.

3.2.1 Regras decorrentes do contraditório e da ampla defesa

Como dito anteriormente, no campo da consensualidade administrativa, os princípios do contraditório e da ampla defesa infundem o valor da real participação, da efetiva capacidade das partes de influir no resultado final. Pode parecer, a um primeiro olhar, inútil tratar desse tema ao discorrer sobre procedimento de negociação que, por sua natureza, é bilateral e caracterizado por sucessivas ofertas de parte a parte. Essa preconcepção, porém, ignora um fator importante nas negociações entre partes desiguais: nesse contexto, para assegurar que ocorra efetivamente uma negociação, é necessário que haja regras que impeçam a imposição de termos de acordo de uma parte a outra, o que Palma (2017, p. 17-18) designa de “efeito torção de braço”.

A existência de acordos de adesão (PALMA, 2017, p. 13-14) — aqueles cujas cláusulas são previamente definidas por uma das partes (normalmente, a parte pública) e à outra parte cabe apenas a decisão sobre sua celebração ou não — é necessária e consentânea com os princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, como já exposto. O art. 35 da Lei n. 13.140, de 2015, diga-se de passagem, disponibiliza essa ferramenta para a União.

Não é essa a realidade que deve ser combatida pelas regras assecuratórias do contraditório e da ampla defesa. O que não se compatibiliza com esses princípios é a disponibilidade apenas de acordos de adesão; por outras palavras, a aplicação da técnica dos acordos de adesão a situações em que não se destaca a necessidade de tratamento uniforme de múltiplos casos. Oferecer ao particular apenas as opções “sim” ou “não” em um contexto cujas especificidades demandam tratamento individualizado implica violação aos princípios em estudo.

O desenho do procedimento feito pelo regramento estadual em exame deve considerar primariamente a necessidade de tratamento de hipóteses em que as especificidades do caso são relevantes. Em termos de procedimento, essas são as hipóteses mais complexas e que demandam maior número de normas para controle de uma quantidade maior de variáveis. O procedimento para celebração de acordos de adesão é, em comparação, bastante simples.

Desse modo, são normas necessariamente integrantes do regramento estadual para resolução de conflitos aquelas que assegurem a efetiva influência dos participantes no resultado. No caso da negociação, importa haver normas que assegurem a efetiva análise das propostas e contrapropostas, especialmente do contratado. Para que isso seja objeto de controle, não há alternativa senão estabelecer por norma que o resultado dessa análise seja fundamentado e dado ao conhecimento do autor da proposta ou contraproposta. É o que impõem, como visto anteriormente, os princípios da impessoalidade e da moralidade.

3.2.2 Normas exigidas pelo princípio da razoável duração do processo

Uma das razões da adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos é o ganho de tempo que oferecem em comparação com processo judicial. Essa razão potencializa a incidência do princípio da duração razoável do processo ao procedimento administrativo de negociação para extinção de conflito. Esse princípio tanto leva ao uso do procedimento como alternativa ao processo judicial —contribuindo para a celeridade da resolução dos casos restantes que efetivamente precisem ir ao Judiciário —, como exige que se confira duração adequada ao próprio procedimento de autocomposição. Como esta pesquisa pressupõe a existência da opção pela resolução consensual, resta abordar as regras que garantam que o procedimento autocompositivo não se estenda além do estritamente necessário ao cumprimento de suas funções.

O primeiro ponto a ser considerado neste campo certamente diz respeito aos prazos para prática dos atos integrantes do procedimento em exame. Se, de um lado, prazos excessivamente exíguos podem certamente contribuir para o já mencionado “efeito torção de braço”, por negar ao participante a possibilidade de avaliar apropriadamente as consequências da aceitação da proposta em discussão naquele momento do percurso; por outro, esses prazos não podem ser dilatados de modo a superar o tempo necessário para essa avaliação. Em outro aspecto, por se tratar de procedimento consensual, deve ser admitido às partes entabular negócios processuais para ajuste do prazo estabelecido em norma geral às necessidades específicas do procedimento em curso.

Outro tema que tem impacto na duração do procedimento liga-se à comunicação entre os participantes no curso do procedimento. Esse tema desdobra-se em duas questões: as comunicações dos atos do procedimento e as reuniões para discussão das propostas. Sobre as primeiras, não faz sentido que essas comunicações sejam formais, criando oportunidades para que a discussão seja desviada do conflito em si para formalidades desnecessárias. A respeito das reuniões, estas devem ser reduzidas, se possível, a apenas uma, posicionada em momento do percurso da negociação em que as propostas encontrem-se razoavelmente amadurecidas, de modo que a reunião destine-se ao acerto de detalhes mais rapidamente discutidos oralmente.

No momento presente, não há razão para que não se empregue intensivamente a tecnologia de comunicações disponível. A discussão deve ser desenvolvida em plataforma eletrônica disponibilizada pelo estado, na qual o trânsito de mensagens seja instantâneo, o

conhecimento das manifestações de cada parte pela outra possa ser registrado com segurança e os ajustes dos termos do acordo possam ser discutidos tanto de modo síncrono como assíncrono.

São, portanto, normas necessárias no regramento estadual da resolução consensual de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos as normas que estabeleçam prazos razoáveis, permitam sua modulação por acordo entre as partes, simplifiquem a comunicação entre elas, concentrem sua reunião em momento oportuno e prevejam a realização do procedimento com intensivo uso de tecnologia de informação e comunicação.

3.2.3 Devido processo legal em seu aspecto substancial

O princípio do devido processo legal tem uma dimensão substancial, relacionada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa dimensão também emana efeitos no regramento estadual da resolução administrativa de conflitos. Palma (2017) identifica essa projeção pela necessidade de aderência das cláusulas do acordo proposto ao problema concreto em discussão.

O procedimento de resolução consensual de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos não pode ser usado pelo estado para resolver outras questões que não aquela em discussão no próprio procedimento. Além de implicar violação ao princípio da moralidade — por caracterizar desvio de finalidade —, essa desconexão entre o teor das cláusulas do acordo e o problema a ser resolvido viola a razoabilidade, faceta do devido processo legal em seu aspecto substancial.

Deve integrar o regramento, portanto, norma proibidora do estabelecimento de obrigações estranhas ao contexto do contrato cujo reequilíbrio constitui objeto do conflito a ser extinto procedimento de negociação.

3.3 COMPONENTE DE DISCIPLINA DO PROCEDIMENTO DE NEGOCIAÇÃO

Tonin (2019, p. 157) deixa claro que a negociação feita pela Administração Pública para resolução de conflitos não prescinde de processo adequado, que inclui, entre outros elementos já discutidos neste trabalho, um procedimento definido.

Percebe-se, sem maior esforço, que a estrutura básica de qualquer procedimento de negociação é formada por propostas, contrapropostas e aceitação ou recusa. Embora em seu conjunto contenha predominantemente normas de direito civil material, o Código Civil contém algumas normas gerais relativas ao procedimento de negociação. Elas se encontram entre os artigos 427 e 435 desse diploma legal. Nesses enunciados normativos encontram-se as normas que disciplinam a dinâmica de propostas e contrapropostas peculiar a esse procedimento. Os artigos 840 a 850 do mesmo código, comumente citados no contexto da resolução consensual de conflitos, disciplinam o resultado desse procedimento, e não o procedimento em si.

Esse regime não é inteiramente aplicável à Administração Pública. Afinal, seu procedimento típico de formação de contratos não é o do Código Civil, mas o da Lei n. 8.666, de 1993. Trata-se apenas do modelo básico do procedimento de negociação, a instituir o caráter vinculante das propostas (arts. 427 e 429), as circunstâncias em que essa força vinculante é perdida (arts. 427 e 428), as regras para aceitação (arts. 430 e 432 a 434), para contraproposta (art. 431) e para o local presumido de celebração (art. 435).

Neste tópico, discutem-se as normas gerais do procedimento de negociação necessariamente integrantes do regramento estadual da autocomposição administrativa de conflitos sobre equilíbrio econômico financeiro de contratos. Cumpre esclarecer que nesta exposição não se pretende abordar técnicas que favorecem um bom resultado para a negociação — como a mediação e a conciliação —, mas o formato da sequência de atos preparatórios para a celebração do acordo extintivo do conflito.

Ordena-se a exposição conforme o critério de complexidade crescente. Primeiramente, expõem-se as regras gerais concernentes a acordos por adesão (3.3.1); em seguida, passa-se à discussão das normas regentes do procedimento de negociação individual (3.3.2).

3.3.1 Formação dos acordos por adesão

A Lei n. 13.140, de 2015, previu, entre seus artigos 35 e 40, o procedimento para transação por adesão aplicável aos entes da Administração federal. Nele, o primeiro ato é

autorização do chefe da advocacia pública federal, o Advogado-Geral da União, ou parecer desta mesma autoridade, aprovado pelo Presidente da República (art. 35, *caput*, e incisos I e II). Em seguida, edita-se uma resolução estabelecendo os requisitos e condições da transação (art. 35, § 1º). Depois da publicação da resolução e no prazo que ela especifica, os interessados formulam as propostas de adesão, provando que atendem às condições indicadas no regulamento (art. 35, § 2º).

Esse modelo coincide em alguns pontos com o roteiro indicado por Talamini (2017), que aponta a necessidade de procedimento administrativo em que a Administração ateste a falta de razão de posição que defende em juízo, bem como a imprescindibilidade de expressa autorização do agente competente para o cumprimento espontâneo da obrigação em litígio. Além dessas medidas — que correspondem às exigências do art. 35, incisos I e II e § 1º da Lei n. 13.140, de 2015 —, o autor defende sujeição do acordo ao controle dos órgão de fiscalização, oferta isonômica de acordos a pessoas em igual situação e respeito ao regime de precatórios.

O procedimento administrativo prévio para definição das hipóteses de oferta pública de acordo é exigência do próprio processo decisório da Administração Pública, já discutido neste trabalho. O estabelecimento prévio dos critérios de adesão em regulamento é demandado pelos princípios da legalidade e da impessoalidade. Sua divulgação é imposição do princípio da publicidade. Enfim, não há como se afastar muito dessa estrutura procedimental básica para a oferta pública de acordos.

3.3.2 Itinerário para os acordos individuais

Como dito anteriormente, o direito de dar início a procedimento administrativo resolutivo de conflito sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos pertence a ambas as partes do contrato. Todavia, o modo pelo qual as partes do contrato exercem esse direito difere.

No caso do contratado, como também visto, é bastante a apresentação de requerimento. Por força dos princípios da moralidade, da eficiência e da razoável duração do processo, o requerimento deve ser instruído com a proposta do contratado. A formulação, desde logo, de uma proposta demonstra comprometimento com a intenção de extinguir o

conflito, fornece base concreta para a manifestação da outra parte e economiza tempo na tramitação.

Já no caso do contratante, o procedimento inicial há de assemelhar-se muito ao início do procedimento para oferta pública de acordo, anteriormente examinado, precisamente pelas razões apontadas nesse exame: abre-se um processo administrativo para decisão acerca da instauração do procedimento e as condições de negociação; proferida a decisão, deve-se dar ciência ao contratado da proposta.

A partir desse ponto, a parte que recebeu a proposta pode recusar a participação na negociação, aceitar a proposta ou formular contraproposta. Cumpre lembrar que, no caso do contratante, a decisão negativa deve ter sua fundamentação dada ao conhecimento do contratado. Deve ser previsto recurso hierárquico dessa decisão, para permitir controle de forma e conteúdo à atuação dos negociadores públicos.

Apresentada a contraproposta, deve ser aberta a fase de discussão. Nessa fase, idealmente, as partes procuram aproximar as posições de suas propostas, mediante mútuas concessões, de modo a construir uma solução que atenda minimamente aos interesses de ambas. Nessa fase, pode haver, ou não, a interferência de um conciliador ou mediador.

A fase de discussão instrumentaliza-se por uma reunião entre as partes, presencial ou por meios eletrônicos. Nesse último caso, a reunião pode ocorrer de modo síncrono ou assíncrono. No modo síncrono, as partes conectam-se ao sistema em um mesmo momento e comunicam-se diretamente, por áudio, vídeo ou mensagens eletrônicas de resposta imediata. No modo assíncrono, as manifestações das partes podem ser dispostas em painel de mensagens, aberto no sistema para acolher mensagens incluídas a qualquer hora, que podem ser lidas e respondidas em diferentes momentos.

Como já indicado, o regramento deve conter normas estipulando os prazos para as respostas a propostas e contrapropostas, bem como o prazo de duração da fase de discussão, de modo a não eternizar o procedimento, convertendo-o em instrumento de protelação de qualquer das partes. Esses prazos, por outro lado, devem comportar modificação por ajuste entre os participantes do procedimento, de modo a adequá-los à realidade do problema a resolver.

A fase de discussão encerra-se com a celebração do acordo. As regras que disciplinam esse acordo serão discutidas no próximo tópico.

3.4 COMPONENTE DE DISCIPLINA DOS ACORDOS

Neste tópico discutem-se as regras aplicáveis ao próprio acordo extintivo do conflito. Inicialmente, trata-se da forma dos acordos (3.4.1). Em seguida, cuida-se de seu conteúdo (3.4.2).

3.4.1 Forma dos acordos e de sua implementação

Seguindo a regra dos atos administrativos, mas também por imperativo de clareza e, até mesmo, para prevenir outros conflitos, é essencial que os acordos obtidos nos procedimentos de negociação ora estudados sejam reduzidos a termo escrito. O princípio da publicidade, como já discutido, exige que esse instrumento seja publicado. A forma de sua implementação, porém, será adequada ao modo pelo qual se concordou em atingir o reequilíbrio.

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é citado diretamente na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, quatro vezes. Três delas para indicar hipóteses em que a Administração Pública deve alterar contratos para promovê-la (art. 57, § 1º; art. 58, § 2º; art. 65, II, “d”). Na quarta menção, além desse comando, há norma que interessa aos propósitos deste trabalho: o § 6º do art. 65 dessa lei especifica que a alteração contratual para reequilíbrio deverá tomar forma de termo de aditamento do instrumento contratual.

Todavia, cumpre lembrar que o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é obtido por mais de um método. Em geral, exigem, de fato, aditamento contratual, já que implicam mudança das cláusulas inicialmente estabelecidas. Quando o equilíbrio é obtido meramente por cumprimento de cláusula contratual preestabelecida, como ocorre no caso de reajuste conforme o índice inflacionário inicialmente designado, é bastante o apostilamento, conforme o art. 65, § 8º, da Lei n. 8.666, de 1993.

Cabe esclarecer que não é por estar previsto no contrato que o reajuste encontra-se imune a controvérsias. As partes podem, por exemplo, divergir quanto ao momento de sua implementação, diante de intercorrências específicas da execução contratual, entre muitas outras questões que podem surgir na realidade da Administração Pública.

Assim, depois de concluída a negociação e acertadas as cláusulas do acordo, ele deve ser reduzido a termo escrito e implementado por instrumento de aditamento contratual, cumpridas todas as formalidades legais exigidas para essa providência, salvo se se tratar de reajuste conforme o índice estabelecido no contrato.

3.4.2 Conteúdo dos acordos

Neste tópico, abordam-se as variáveis que podem ser objeto de ajuste para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (3.4.2.1) e as limitações desse acordo (3.4.2.2).

3.4.2.1 Objeto do ajuste

A noção de equilíbrio econômico-financeiro não é limitada à remuneração prevista em contrato. Todos os elementos contratuais que tenham reflexo econômico são envolvidos em sua formação e, se necessário, em seu restabelecimento (SANTOS, 2017, p. 207).

De modo geral, pode-se dizer que o acordo para extinção de conflito sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos pode versar sobre três variáveis: preço, prestação e prazo.

A variável mais óbvia é o preço. As partes podem dispor sobre valor, fórmula de cálculo ou periodicidade da remuneração devida ao contratado, de modo a restabelecer uma correlação adequada entre prestações contratuais e sua contraprestação pecuniária.

Pode-se, também, alterar algumas características não essenciais da prestação devida pelo contratado, como detalhes da entrega do bem ou da execução do serviço (periodicidade, prazo de execução ou entrega, entre outros), ou mesmo sua quantidade, dentro dos limites previstos na legislação.

Finalmente, pode-se dispor sobre o prazo de vigência do contrato e dilatá-lo, dentro dos parâmetros legais, ou antecipar seu fim.

Deve ficar claro no regramento estadual dos acordos destinados a extinguir conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos que não somente o preço é objeto de negociação, mas todas os elementos do contrato com expressão econômica.

3.4.2.2 Limitações do acordo

Os parâmetros constitucionais já estudados impõem limites ao acordo resultante da negociação para extinção de conflito sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos. Neste tópico faz-se um apanhado de cláusulas vedadas pela Constituição.

Primeiramente, já se viu que fere o princípio do devido processo legal em sentido substantivo (art. 5º, LIV, da Constituição) a estipulação de regras sem relação com o contrato originalmente celebrado. Nem a Administração Pública, nem o ente privado poderão usar o procedimento de negociação para obter vantagem estranha ao contrato.

Evidentemente, não poderão as partes, tampouco estipular cláusulas que alterem a natureza do contrato. Essa alteração implicaria novo contrato sem licitação, o que violaria diretamente do art. 37, inciso XXI, da Constituição.

Em outro aspecto, como se teve oportunidade de registrar, o princípio da moralidade não se aplica exclusivamente à Administração Pública. O ente privado que entra em relação com ela está, também, jungido ao atendimento desse princípio. Em uma relação contratual, essa limitação expressa-se pela guarda da boa-fé contratual. Um reflexo dessa limitação, que se liga com a questão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, encontra-se na inviabilidade de pleitear com sucesso alteração contratual para reequilíbrio econômico-financeiro baseada no que se convencionou chamar de álea empresarial ordinária. Como aponta Santos (2017, p. 209), ao firmar o contrato administrativo, o contratado assume “o dever de assimilar, de suportar as variações de ordem econômico-financeiras naturais e previsíveis impostas pelo mercado e pela própria natureza da atividade a que se propôs desenvolver”. Presume-se que “aqueles que se comprometem a exercer determinada atividade sujeita aos efeitos de tais áleas já inserem nos seus preços uma determinada margem destinada a neutralizar os efeitos dessas sujeições” (SANTOS, 2017, p. 209). Não é viável, portanto, no acordo destinado a encerrar conflito acerca do equilíbrio econômico-financeiro de contrato, admitir como fundamento da alteração contratual variação advinda da álea empresarial ordinária, pois isso implicaria, em verdade, em instaurar desequilíbrio contratual em favor do contratado.

Também se deve dizer que os acordos não poderão versar sobre valores cujo pagamento é imposto à Administração Pública por sentença transitada em julgado. Esse tipo de cláusula violaria o disposto no art. 100 da Constituição da República.

As quantias prometidas em acordo devem, evidentemente, obedecer a limitação imposta pela lei orçamentária. Afinal, como dita o art. 167, inciso II, da Constituição, é vedada “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”.

3.5 CONCLUSÕES REFERENTES AO CAPÍTULO

Como visto no capítulo anterior, o regramento estadual mínimo da resolução de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos é integrado por quatro componentes necessários, identificados conforme o tema disciplinado: o processo decisório da Administração Pública, a atividade estatal resolutiva de conflitos, o procedimento de negociação e o acordo para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

As regras concernentes ao processo decisório da Administração Pública em relação ao tema examinado neste trabalho disciplinam a atuação do órgão público e dos servidores competentes, o agir do ente privado envolvido e a relação jurídica entre ambos.

Sobre o órgão competente, concluiu-se que é parte necessária do regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos norma instituidora da competência de câmara a ser criada no âmbito do respectivo órgão de advocacia pública.

No que diz respeito aos servidores a serem encarregados do procedimento, o regramento deve conter norma estabelecida da competência exclusiva dos servidores responsáveis pelas atividades-fim do órgão de advocacia pública.

Outra norma necessária há de impor atuação colegiada das comissões legalmente competentes para tratar extrajudicialmente os dissensos.

Deve-se afastar os servidores competentes de atuação nos casos em que haja alto risco de interferência de sua condição pessoal na formulação da decisão a ser tomada, a exemplo daqueles que na legislação processual caracterizam impedimento e suspeição.

Não se pode deixar de prever, entre as formas de negociação previstas no regramento em estudo, a oferta pública de acordos previamente configurados, por meio de instrumentos convocatórios divulgados com ampla publicidade. Para os casos em que esse expediente não for possível, resta a edição de regulamentos disciplinando a atuação dos advogados públicos em cada conjunto de conflitos caracterizado por um traço identificador comum. Já nos casos cuja especificidade implique que nem mesmo esse agrupamento de casos seja possível, resta definir em regulamento, o procedimento a ser adotado pelos profissionais na condução das negociações. Em qualquer dos casos, a fundamentação das decisões é essencial ao controle do seguimento dos critérios previamente estabelecidos.

Já em relação ao participante privado do procedimento, devem ser instituídas normas estabelecidas de sanções para seus desvios de comportamento no contexto da negociação.

As regras identificadoras dos elementos cobertos pela confidencialidade são parte necessária do regramento em estudo aplicável ao particular. Os elementos cobertos pelo sigilo devem ser estritamente aqueles relativos à economia interna das pessoas jurídicas de direito privado participantes da negociação, bem como os debates das propostas e contrapropostas.

Compõe essa parte do regramento em questão, igualmente, o direito à assistência de um advogado pelo participante privado do procedimento autocompositivo.

Quanto à relação jurídica processual administrativa a ser formada para resolução do conflito, são parte do regramento estadual sobre esse tema as normas determinantes do início do processo decisório. Essas regras devem assegurar que, diante do conflito, tanto a Administração Pública como o contratado sejam legitimados a dar início ao procedimento de negociação tendente à eliminação do dissenso.

Por outro lado, devem ser interditadas aos participantes da negociação condutas comissivas ou omissivas voltadas à criação de barreiras ao seu andamento regular.

Também são parte do conjunto as regras para encerramento unilateral da negociação pelo estado. O particular, por seu lado, pode deixar o procedimento a qualquer tempo, bastando manifestar vontade nesse sentido.

Passando ao regime da atividade estatal de resolução de conflitos, as regras integrantes de sua disciplina mínima no procedimento autocompositivo dispõem sobre a aplicação do contraditório e da ampla defesa, sobre a razoável duração do processo e sobre a preservação do devido processo legal em seu aspecto substancial.

Quanto à ampla defesa e ao contraditório, são normas necessariamente integrantes do regramento estadual em questão aquelas que assegurem a efetiva influência dos participantes no resultado. No caso da negociação, importa haver normas que assegurem a efetiva análise das propostas e contrapropostas, especialmente do contratado. Para que isso seja objeto de controle, não há alternativa senão estabelecer por norma que o resultado dessa análise seja fundamentado e dado ao conhecimento do autor da proposta ou contraproposta.

Já em relação à razoável duração do processo, são necessárias normas que estabeleçam prazos razoáveis, permitam sua modulação por acordo entre as partes, simplifiquem a comunicação entre elas, concentrem sua reunião em momento oportuno e prevejam a realização do procedimento com intensivo uso de tecnologia de informação e comunicação.

Completando o regramento do componente relativo à resolução de conflitos, cumpre haver norma proibidora do estabelecimento de obrigações estranhas ao contexto do contrato cujo reequilíbrio constitui objeto do conflito a ser extinto pelo procedimento de negociação.

O terceiro componente do regramento mínimo relaciona-se ao procedimento. Há duas espécies básicas de procedimento: o acordo por adesão e a negociação individual.

O direito de dar início a procedimento administrativo resolutivo de conflito sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos pertence a ambas as partes do contrato. Todavia, o modo pelo qual as partes do contrato exercem esse direito difere.

Para a Administração Pública, quer se trate de ofertar acordo por adesão, quer se cuide de iniciar procedimento de negociação individual, faz-se necessário procedimento administrativo prévio para definição das hipóteses de oferta pública de acordo ou para decisão acerca da instauração do procedimento e as condições de negociação individual; proferida a decisão, deve-se dar ciência ao contratado da proposta. No primeiro caso, isso se dá pela publicação do ato regulamentar do acordo; no segundo, por qualquer meio de comunicação eficaz.

No caso do contratado é bastante a apresentação de requerimento, que deve ser instruído com a proposta do contratado.

A partir desse ponto, a parte que recebeu a proposta pode recusar a participação na negociação, aceitar a proposta ou formular contraproposta. Cumpre lembrar que, no caso do contratante, a decisão negativa deve ter sua fundamentação dada ao conhecimento do contratado. Deve ser previsto recurso hierárquico dessa decisão, para permitir controle de forma e conteúdo à atuação dos negociadores públicos.

Apresentada a contraproposta, deve ser aberta a fase de discussão, na qual pode haver, ou não, a interferência de um conciliador ou mediador.

A fase de discussão instrumentaliza-se por uma reunião entre as partes, presencial ou por meios eletrônicos. Nesse último caso, a reunião pode ocorrer de modo síncrono ou assíncrono. No modo síncrono, as partes conectam-se ao sistema em um mesmo momento e comunicam-se diretamente, por áudio, vídeo ou mensagens eletrônicas de resposta imediata. No modo assíncrono, as manifestações das partes podem ser dispostas em painel de mensagens, aberto no sistema para acolher mensagens incluídas a qualquer hora, que podem ser lidas e respondidas em diferentes momentos.

Como já indicado, o regramento deve conter normas estipulando os prazos para as respostas a propostas e contrapropostas, bem como o prazo de duração da fase de discussão, de modo a não eternizar o procedimento, convertendo-o em instrumento de protelação de qualquer das partes. Esses prazos, por outro lado, devem comportar modificação por ajuste entre os participantes do procedimento, de modo a adequá-los à realidade do problema a resolver.

A fase de discussão encerra-se com a celebração do acordo.

Depois de concluída a negociação e acertadas as cláusulas do acordo, ele deve ser reduzido a termo escrito e implementado por instrumento de aditamento contratual, cumpridas todas as formalidades legais exigidas para essa providência, salvo se se tratar de reajuste conforme o índice estabelecido no contrato.

Deve ficar claro no regramento que não somente o preço é objeto de negociação, mas todas os elementos do contrato com expressão econômica.

Todavia, nem a Administração Pública, nem o ente privado poderão usar o procedimento de negociação para obter vantagem estranha ao contrato.

Evidentemente, não poderão as partes, tampouco, estipular cláusulas que alterem a natureza do contrato.

Não é viável, no acordo destinado a encerrar conflito acerca do equilíbrio econômico-financeiro de contrato, admitir como fundamento da alteração contratual variação advinda da álea empresarial ordinária.

Além disso, os acordos não poderão versar sobre valores cujo pagamento é imposto à Administração Pública por sentença transitada em julgado.

Finalmente, as quantias prometidas em acordo devem, obedecer a limitação imposta pela lei orçamentária.

CONCLUSÃO

A resolução de conflitos não é tarefa típica da Administração Pública. Não se trata, porém, de novidade, sendo bastante comum no âmbito tributário, por exemplo. De qualquer modo, não se há de negar que, seja qual for o órgão encarregado de sua realização, estará sujeito a pelo menos alguma parte das normas aplicáveis ao exercício da tarefa de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário. Como o fenômeno da processualidade não se restringe à função jurisdicional, o exercício da processualidade típica dessa função no âmbito do exercício de outras funções demanda a aplicação de princípios típicos de ambas.

Assim, no caso da resolução administrativa de conflitos, a questão da natureza processual ou procedimental das normas para fim de determinação da competência nomogenética tem que levar em consideração a confluência de duas funções estatais: a administrativa e, de certa forma, a jurisdicional.

Desse modo, no estudo de um regramento mínimo para a resolução consensual de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos pelos estados, além de considerar-se a competência para a instituição de normas processuais administrativas em sentido amplo, há que se ter em conta a competência para o estabelecimento de normas processuais administrativas para resolução de conflito e, finalmente, a competência para criação dos diferentes procedimentos dentro desta atividade processual típica em ambiente atípico.

No regime constitucional brasileiro, o maior número dessas competências é confiado à União, seja por tratar de matérias abrigadas sob o conceito de “processo”, o que atrai a incidência do art. 22, I, da Constituição, seja por referir-se a matérias cujo regime é intensamente normatizado por princípios e regras constitucionais, o que exige tratamento uniforme entre as diferentes unidades federadas e, de modo proporcional, reduz as necessidades de regramento suplementar, na forma do art. 24, XI, da Constituição.

Essa franca prevalência da União conduz a um certo desinteresse pelo espaço de produção normativa dos estados. Todavia, como dito anteriormente, a Constituição de 1988 valorizou esse mesmo espaço de modo sem precedentes. Sua complexidade e sua maleabilidade exigem um exame mais próximo. Cabe lembrar que, conforme o § 3º do art. 24 da Constituição, se não houver lei federal sobre normas gerais em determinada matéria, os estados exercerão competência legislativa plena. Também se deve observar que, como consequência da autonomia dos estados (art. 18 da Constituição); esses entes gozam do poder

de auto-organização (art. 25), por meio das constituições e leis que adotarem. É igualmente relevante para delineamento desse quadro a prerrogativa do chefe do Poder Executivo (de todos os níveis federativos, por força do princípio da simetria) de dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração (art. 84, VI, “a”). Finalmente, completa o quadro a prerrogativa do estado de produzir normas específicas sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI).

Assim, os estados podem produzir leis contendo normas gerais sobre processo e procedimento administrativo de modo amplo se e enquanto a União não as produzir. Supondo a existência de normas sobre processo administrativo e normas gerais sobre procedimento em matéria processual administrativa editadas pela União, os estados deverão observá-las no exercício irrenunciável de sua auto-organização, suprindo as lacunas das normas processuais e completando o regime criado pelas normas procedimentais gerais pela inserção de disposições afinadas à realidade local. As normas originais — ou seja, que não forem mera reprodução das normas federais — dos estados que tratem de matéria processual administrativa deverão ser emanadas pelo Poder Legislativo. Aquelas que tratem de procedimento administrativo podem ser editadas pelo Poder Executivo, por se referirem à organização da administração.

Dessa maneira, as normas que instituírem o procedimento administrativo, propriamente dito, de resolução de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos poderão ser editadas pelo Poder Executivo estadual.

Não se pode deixar de considerar que tanto as normas federais quanto as normas estaduais devem considerar o regime constitucional das matérias que se propõem a disciplinar, de maneira que, em muitos pontos, o regramento infraconstitucional deverá ser uniforme, independentemente do emissor da norma.

Examinando, então, o regime constitucional que orienta a criação do regramento em estudo, tem-se, primeiramente, que em sentido contrário ao do entendimento historicamente consagrado e registrado em inúmeros atos administrativos e judiciais, o engajamento da Administração Pública em negociações extrajudiciais destinadas à extinção de conflitos não viola os princípios constitucionais da legalidade, da indisponibilidade do interesse público, da independência e harmonia dos Poderes, da inafastabilidade da jurisdição e nem o controle judicial da Administração Pública. Assim, é compatível com o regime constitucional em vigor.

Dada a compatibilidade do uso desse método de resolução de conflitos pela Administração Pública com a Constituição, segue-se óbvia e necessariamente que as normas que primariamente regem essa matéria hão de ser buscadas na própria Constituição. Tomando em conta o que já se disse acerca das competências dos entes federados para produção de

normas infraconstitucionais sobre o tema, vê-se que há um bloco de normas integrado por normas constitucionais e normas infraconstitucionais produzidas pela União ou pelos estados nos vácuos normativos deixados pelo ente nacional que os estados devem necessariamente reproduzir e respeitar na produção de seus próprios regramentos.

Voltando-se os olhos para a matéria específica deste trabalho, há que se constatar que não é desprezível a parte do regramento estadual das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos em matéria de equilíbrio econômico-financeiro do contrato constituído por normas diretamente decorrentes regime constitucional vigente ou, ainda, resultantes da projeção do regime constitucional sobre o direito federal. Vários dos temas que se entrelaçam nesse regramento têm soluções previamente designadas ou, ao menos, têm suas linhas mais gerais traçadas pela Constituição da República.

Quanto aos temas que formam esse regramento mínimo, podem ser divididos em quatro componentes necessários: o processo decisório da Administração Pública, a atividade estatal resolutiva de conflitos, o procedimento de negociação e o acordo para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Para viabilizar o cumprimento de uma imensa lista de atribuições, a Constituição organiza a Administração Pública pela interligação de diversas estruturas especializadas, cada uma abrigando diferentes agentes com formações e atribuições específicas. Por isso, é parte essencial da disciplina do processo decisório da Administração Pública a identificação, entre essas várias estruturas (órgãos), qual será a competente para atuar em cada hipótese. Em seguida, deve determinar, entre os agentes integrantes daquele órgão, a quais deles compete atuar. Existem, também, definições indispensáveis para a forma de atuação desses agentes: se agirão individualmente ou em conjunto; em que casos não poderão atuar; se agirão livremente ou segundo parâmetros preestabelecidos.

Quanto ao órgão competente, tem-se que os estados não poderão criar órgãos exclusivamente responsáveis pela solução administrativa de conflitos. Não poderão nem mesmo atribuir essa competência a órgãos diversos daqueles responsáveis por sua representação judicial e consultoria jurídica. É parte necessária do regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos a competência de câmara a ser criada no âmbito do respectivo órgão de advocacia pública.

Ao enfocar-se o corpo de servidores a ser encarregado dessa tarefa, conclui-se que, ressalvado o apoio administrativo e a colaboração técnica extrajurídica eventualmente necessária, a negociação direta com os contratados, a formulação de propostas e a análise de contrapropostas, assim como a celebração do acordo final devem competir aos advogados

públicos investidos na forma do art. 132 da Constituição. Faz parte, portanto, do regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos norma estabelecadora dessa competência exclusiva.

No que concerne ao modo de atuação, é norma necessariamente integrante do regramento estadual da resolução administrativa de conflitos aquela que impõe atuação colegiada das comissões legalmente competentes para tratar extrajudicialmente os dissensos.

Além disso, é exigência inescapável do princípio da impessoalidade previsto na Constituição que do regramento da resolução administrativa de conflitos constem normas afastando os servidores competentes de atuação nos casos em que haja alto risco de interferência de sua condição pessoal na formulação da decisão a ser tomada. São exemplos claros desses casos aqueles que na legislação processual caracterizam impedimento e suspeição.

Para implementação máxima dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, não se pode deixar de prever, entre as formas de negociação previstas no regramento em estudo, a oferta pública de acordos previamente configurados, por meio de instrumentos convocatórios divulgados com ampla publicidade. Esse tipo de instrumento permite, a um só tempo, a atuação objetiva do órgão responsável pela resolução dos conflitos, amparada em regras previamente definidas; bem como a preservação da isonomia dos entes privados interessados na negociação.

Para os casos em que esse expediente não for possível, resta a edição de regulamentos disciplinando a atuação dos advogados públicos em cada conjunto de conflitos caracterizado por um traço identificador comum. Nos casos cuja especificidade implique que nem mesmo esse agrupamento de casos seja possível, resta definir em regulamento, o procedimento a ser adotado pelos profissionais na condução das negociações.

Em qualquer dos casos, a fundamentação das decisões é essencial ao controle do seguimento dos critérios previamente estabelecidos pelos servidores competentes para atuação nos procedimentos de resolução de conflitos.

A presença do particular na relação jurídica instituída para resolução do conflito exige tratamento normativo que, ao mesmo tempo, garanta seus direitos fundamentais e restrinja sua — de outro modo ampla — liberdade de ação, para adaptá-la ao contexto de forte incidência de princípios de direito público.

Nesse campo, compõem o regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos, normas estabelecadoras de sanções para desvios de comportamento do ente privado

no contexto da negociação voltada à eliminação do conflito surgido no equilíbrio econômico-financeiro do contrato que mantém com a Administração Pública.

As regras identificadoras dos elementos cobertos pela confidencialidade também são parte necessária do regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos. Por força da prevalência geral do princípio da publicidade neste caso, os elementos cobertos pelo sigilo devem ser estritamente aqueles relativos à economia interna das pessoas jurídicas de direito privado participantes da negociação, bem como os debates das propostas e contrapropostas.

Compõe, igualmente, o regramento estadual mínimo de resolução consensual de conflitos o direito à assistência de um advogado pelo participante privado do procedimento autocompositivo.

A disciplina da dinâmica da relação jurídica processual administrativo no processo decisório da Administração Pública aplicado à resolução consensual de conflitos abrange regras referentes ao início, ao fim e ao desenvolvimento dessa relação.

Quanto à formação dessa relação, as regras devem assegurar que, diante do conflito, tanto a Administração Pública como o contratado sejam legitimados a dar início ao procedimento de negociação tendente à eliminação do dissenso.

São, outrossim, parte necessária do regramento estadual mínimo para resolução administrativa dos conflitos — inclusive daqueles referentes ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos — regras pelas quais são interditas aos participantes da negociação condutas comissivas ou omissivas voltadas à criação de barreiras ao seu andamento regular.

Similarmente, são parte indissociável do regramento estadual mínimo da resolução administrativa de conflitos as regras para encerramento unilateral da negociação pelo estado. Ressalta-se a necessidade de normas sobre a extinção da relação jurídica pelo estado porque o ente privado pode encerrá-la livremente, por manifestação de vontade simples.

As normas que regem a atividade estatal de resolução de conflitos, mesmo quando realizada atipicamente pela Administração Pública, advêm originariamente das normas constitucionais referentes ao processo judicial, mas se aplicam inequivocamente à Administração Pública quando exerce atividade voltada ao mesmo fim. O enunciado de algumas dessas normas, aliás, deixa explícita sua aplicabilidade ao processo administrativo. O centro dessa disciplina é o princípio do devido processo legal, do qual emanam princípios como os do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável do processo.

Por exigência do contraditório e da ampla defesa, são normas necessariamente integrantes do regramento estadual para resolução de conflitos aquelas que assegurem a

efetiva influência dos participantes no resultado. No caso da negociação, importa haver normas que assegurem a efetiva análise das propostas e contrapropostas, especialmente do contratado. Para que isso seja objeto de controle, não há alternativa senão estabelecer por norma que o resultado dessa análise seja fundamentado e dado ao conhecimento do autor da proposta ou contraproposta. É o que impõem, como visto anteriormente, os princípios da impessoalidade e da moralidade.

São, por decorrência do princípio da razoável duração do processo, normas necessárias no regramento estadual da resolução consensual de conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos aquelas que estabeleçam prazos razoáveis, permitam sua modulação por acordo entre as partes, simplifique a comunicação entre elas, concentre sua reunião em momento oportuno e preveja a realização do procedimento com intensivo uso de tecnologia de informação e comunicação.

O devido processo legal em seu aspecto substancial demanda a inclusão de norma proibidora do estabelecimento de obrigações estranhas ao contexto do contrato cujo reequilíbrio constitui objeto do conflito a ser extinto procedimento de negociação.

O terceiro componente do regramento mínimo relaciona-se ao procedimento. Há duas espécies básicas de procedimento: o acordo por adesão e a negociação individual.

O direito de dar início a procedimento administrativo resolutivo de conflito sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos pertence a ambas as partes do contrato. Todavia, o modo pelo qual as partes do contrato exercem esse direito difere.

Para a Administração Pública, quer se trate de ofertar acordo por adesão, quer se cuide de iniciar procedimento de negociação individual, faz-se necessário procedimento administrativo prévio para definição das hipóteses de oferta pública de acordo ou para decisão acerca da instauração do procedimento e as condições de negociação individual; proferida a decisão, deve-se dar ciência ao contratado da proposta. No primeiro caso, isso se dá pela publicação do ato regulamentar do acordo; no segundo, por qualquer meio de comunicação eficaz.

No caso do contratado, como também visto, é bastante a apresentação de requerimento. Por força dos princípios da moralidade, da eficiência e da razoável duração do processo, o requerimento deve ser instruído com a proposta do contratado. A formulação, desde logo, de uma proposta demonstra comprometimento com a intenção de extinguir o conflito, fornece base concreta para a manifestação da outra parte e economiza tempo na tramitação.

A partir desse ponto, a parte que recebeu a proposta pode recusar a participação na negociação, aceitar a proposta ou formular contraproposta. Cumpre lembrar que, no caso do contratante, a decisão negativa deve ter sua fundamentação dada ao conhecimento do contratado. Deve ser previsto recurso hierárquico dessa decisão, para permitir controle de forma e conteúdo à atuação dos negociadores públicos.

Apresentada a contraproposta, deve ser aberta a fase de discussão. Nessa fase, idealmente, as partes procuram aproximar as posições de suas propostas, mediante mútuas concessões, de modo a construir uma solução que atenda minimamente aos interesses de ambas. Nessa fase, pode haver, ou não, a interferência de um conciliador ou mediador.

A fase de discussão instrumentaliza-se por uma reunião entre as partes, presencial ou por meios eletrônicos. Nesse último caso, a reunião pode ocorrer de modo síncrono ou assíncrono. No modo síncrono, as partes conectam-se ao sistema em um mesmo momento e comunicam-se diretamente, por áudio, vídeo ou mensagens eletrônicas de resposta imediata. No modo assíncrono, as manifestações das partes podem ser dispostas em painel de mensagens, aberto no sistema para acolher mensagens incluídas a qualquer hora, que podem ser lidas e respondidas em diferentes momentos.

O regramento deve conter normas estipulando os prazos para as respostas a propostas e contrapropostas, bem como o prazo de duração da fase de discussão, de modo a não eternizar o procedimento, convertendo-o em instrumento de protelação de qualquer das partes. Esses prazos, por outro lado, devem comportar modificação por ajuste entre os participantes do procedimento, de modo a adequá-los à realidade do problema a resolver.

A fase de discussão encerra-se com a celebração do acordo.

Quanto à forma do acordo, tem-se que, depois de concluída a negociação e acertadas suas cláusulas, ele deve ser reduzido a termo escrito e implementado por instrumento de aditamento contratual, cumpridas todas as formalidades legais exigidas para essa providência, salvo se se tratar de reajuste conforme o índice estabelecido no contrato.

Deve ficar claro no regramento estadual dos acordos destinados a extinguir conflitos sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos que não somente o preço é objeto de negociação, mas todas os elementos do contrato com expressão econômica.

Fere o princípio do devido processo legal em sentido substantivo (art. 5º, LIV, da Constituição) a estipulação de regras sem relação com o contrato originalmente celebrado. Nem a Administração Pública, nem o ente privado poderão usar o procedimento de negociação para obter vantagem estranha ao contrato.

Evidentemente, não poderão as partes, tampouco estipular cláusulas que alterem a natureza do contrato. Essa alteração implicaria novo contrato sem licitação, o que violaria diretamente do art. 37, inciso XXI, da Constituição.

Em outro aspecto, o princípio da moralidade não se aplica exclusivamente à Administração Pública. O ente privado que entra em relação com ela está, também, jungido ao atendimento desse princípio. Em uma relação contratual, essa limitação expressa-se pela guarda da boa-fé contratual. Um reflexo dessa limitação, que se liga com a questão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, encontra-se na inviabilidade de pleitear com sucesso alteração contratual para reequilíbrio econômico-financeiro baseada no que se convencionou chamar de álea empresarial ordinária. Não é viável, no acordo destinado a encerrar conflito acerca do equilíbrio econômico-financeiro de contrato, admitir como fundamento da alteração contratual variação advinda da álea empresarial ordinária, pois isso implicaria, em verdade, em instaurar desequilíbrio contratual em favor do contratado.

Também se deve dizer que os acordos não poderão versar sobre valores cujo pagamento é imposto à Administração Pública por sentença transitada em julgado. Esse tipo de cláusula violaria o disposto no art. 100 da Constituição da República.

As quantias prometidas em acordo devem, evidentemente, obedecer a limitação imposta pela lei orçamentária. Afinal, como dita o art. 167, inciso II, da Constituição, é vedada “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 672 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, 28 ago. 2013. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v263.2013.10644>

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 35-56.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 300 p.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 575 p.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. **Processo e procedimento à luz da Constituição Federal de 1988: normas processuais e procedimentais civis**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. 158 p.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 358 p.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, v. 26, p.1-26, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2020. *e-book*.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. **Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 1 dez. 2010. DJE/CNJ n. 219, p. 2-14. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 904813 / PR, 3ª Turma. Recorrente: Companhia Paranaense de Gás Natural - COMPAGAS. Recorrido: Consórcio Carioca Passarelli. Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DF, 20 de outubro de 2011. **DJe**. Brasília, 28 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 34270 / MG, 1ª Turma. Recorrente: Associação dos Municípios da Microrregião do Vale do Paranaíba AMVAP. Recorridos: Município de Ipatinga e Estado de Minas Gerais. Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 25 de outubro de 2011. **DJe**. Brasília, 28 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Re nº 79.102-BA, 1ª Turma. Recorrentes: Carlos César Rego e outros. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, DF, 17 de outubro de 1975. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 6 ago. 1976.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2145, Plenário. Recorrente: Petróleo Brasileiro S.A.. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Conselheiro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 14 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 set. 2013.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Princípio da moralidade administrativa. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. Cap. 11. p. 180-229.

CARLOS, Helio Antunes. **O microsistema de autocomposição**. Rio de Janeiro: Processo, 2021. 473 p.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 2014. 335 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais**,

Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, v. 1, n. 1, p. 87-96, 30 jun. 2009. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2009.11.10>.

EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 56, p.47-70, abr. 1959.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. 2019. 338 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

FARIA, Luzardo. A indisponibilidade do interesse público: conteúdo, natureza jurídica, fundamentos normativos e impactos no direito administrativo brasileiro. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 1-28, abr. 2020.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, 1 jul. 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 2007. 284 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública**, Belo Horizonte, v. 7, n. 21, p. 51-77, dez. 2018.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 57-69.

HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição de 1988. **Revista da faculdade de direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 33, n. 33, p. 249-274, out. 1991.

JORGE, André Guilherme Lemos. **Tribunal Administrativo e a Supremacia da Constituição Federal: a aplicação da constituição pelos julgadores administrativos. Uma resposta dada pelo sistema jurídico a partir da obra de Mário Losano**. Curitiba: Juruá, 2013. 228 p.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 154 p.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. Cap. 10. p. 159-179.

MATTEUCCI, Nicola. República. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília: Unb, 2010. p. 1107-1109.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, LIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013. *e-book*.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **O devido processo legal em seu aspecto material**: breves considerações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 170, n. 43, p. 209-220, abr. 2006.

MONTEDURO, Massimo. El carácter multidimensional de la imparcialidad administrativa y el principio de objetividad: reflexiones sobre la experiencia italiana. **Documentación Administrativa**, Madrid, v. 289, p. 305-366, abr. 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais, a lei 9.784/1999 e o código de processo civil/2015. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. 496 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p.129-156, jan. 2003. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45823>.

MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. Cap. 23. p. 452-467.

OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p.69-107, abr. 2000. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47527>.

OTERO, Paulo. **Direito do procedimento administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016. 704 p.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Cap. 2. p. 27-66

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. 325 p.

RAMOS, Saulo. Responsabilidade civil do estado - Culpa recíproca - Transação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 166, p. 156-166, fev. 1986. Fundação Getúlio Vargas.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. **Arbitragem no setor de energia elétrica**. 2015. 170 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos: formação e controle interno da execução, com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia.** Belo Horizonte: Fórum, 2015. 357 p.

SOARES, Tamírames de Almeida Damásio. As vantagens e desvantagens do procedimento arbitral e o limite mínimo da publicidade nas controvérsias que envolvem a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 37-55, jun. 2016.

TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro nos contratos administrativos.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 187, p. 90-93, 1992.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais.** Revista de Processo, São Paulo, v. 264, p.83-107, fev. 2017.

TONIN, Maurício Morais. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público.** São Paulo: Almedina, 2019. 336 p.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, p.391-426, jan. 2016.