
DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

EDIÇÃO ESPECIAL SOBRE MÉTODOS
ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2020

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

Conselho Editorial

Adriane Reis de Araújo
Aldacy Rachid Coutinho
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Celso Luiz Ludwig
Érica de Oliveira Hartmann
Eros Belin de Moura Cordeiro
Eroulths Cortiano Junior
Fernando Borges Mânica
Fernando Campos Scaff
Guilherme Roman Borges
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jair Lima Gevaerd Filho
Joe Tennyson Velo
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
José Anacleto Abduch Santos
José Antonio Peres Gediel
Jozélia Nogueira
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luiz Osório Moraes Panza
Manoel Caetano Ferreira Filho
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Miguel Gualano de Godoy
Paulo Ricardo Schier
Ricardo Saavedra Hurtado
Rodrigo Luís Kanayama
Rodrigo Xavier Leonardo
Roland Hasson
Safira Orçatto Meirelles do Prado
Sandro Marcelo Kozikoski
Sérgio Cruz Arenhart

Comissão Editorial

Andréa Margarethe Rogoski Andrade
Audrey Silva Kyt
Claudia Picolo
Guilherme Henrique Hamada
Leila Cuéllar

Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR

Leila Cuéllar

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

EDIÇÃO ESPECIAL SOBRE MÉTODOS
ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2020

Dados Internacionais para Catalogação na Publicação (CIP)
Elaborado pela Bibliotecária Patrícia Rezende | CRB-9/1879

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
DO PARANÁ DIREITO DO ESTADO EM DEBATE: edição especial
sobre métodos adequados de solução de conflitos envolvendo a
administração pública / Curitiba : PGE/PR, – 2020.
252 p. : n. 11 ; 16 x 23 cm.

Annual.

ISSN 2316-3070

1. Direito. 2. Periódico I. Procuradoria-Geral do Estado do
Paraná II. Título

CDD 340

CDU 342

As opiniões e os entendimentos externados nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores, não se confundindo com os adotados pelo Conselho Editorial, pela Comissão Editorial ou pela instituição Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

Todos os textos aqui publicados foram aprovados pelo sistema double blind peer review por dois professores membros do Conselho Editorial, sem interferência da Comissão Editorial.

comissaoeditorial@pge.pr.gov.br

Revisão

Annalice Del Vecchio

Capa e Editoração Eletrônica

Glauce Midori Nakamura

Apresentação

A Procuradoria-Geral do Estado do Paraná lança mais uma edição da sua Revista Direito do Estado em Debate, com enfoque temático em métodos adequados de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

Como é sabido por todos, estamos passando por um ano muito diferente, que ficará gravado em nossa memória como um dos maiores desafios de saúde pública do século XXI.

Com esse cenário, a adaptação foi fundamental. Novos hábitos foram aprendidos e outros já conhecidos foram aprimorados. Enfim, vivemos muitas transformações que estão sendo denominadas como o “novo normal”.

Os reflexos desta pandemia também foram percebidos nas diversas áreas do direito. Por consequência, os instrumentos jurídicos foram adequados à nova realidade da Administração Pública, especialmente em face da necessidade de uma atuação célere e segura em razão do momento de urgência e emergência ora vivenciado.

Resta claro que a celeridade não é apenas um elemento importante em situações pandêmicas, mas deve ser a tônica da resolução de conflitos.

Todos os dias surgem conflitos entre particulares e a Administração Pública. A ocorrência destes embates é inevitável. Por sua vez, o mais importante é a pacificação dessas disputas, de forma a atender a todos os envolvidos, com soluções adequadas para cada caso.

Nesta esteira, a Revista deste ano divulga vários artigos com a abordagem na autocomposição, transação, conciliação, mediação e arbitragem abrangendo a Administração Pública.

Meus sinceros agradecimentos a todos os autores pela imensa dedicação e pelo tempo despendido. Agradeço, ainda, o entusiasmo e o afinho dos integrantes da Comissão Editorial e do Conselho Editorial.

Convido todos a desfrutar da leitura da nossa Revista, nas versões física e online, especialmente nestes dias de distanciamento social.

Boa leitura a todos!

Curitiba, setembro de 2020

Leticia Ferreira da Silva
Procuradora-Geral do Estado

Sumário

Apresentação	5
---------------------------	---

Leticia Ferreira da Silva

**A autocomposição e sua identidade consensual:
ensaio sobre conceitos**

Internal dispute resolution and its consensual identity:

<i>essay on concepts</i>	11
--------------------------------	----

José Roberto da Cunha Peixoto

Kaline Ferreira

**Notas sobre mediação, conciliação e as funções
da Advocacia Pública: uma perspectiva à luz
do Direito Administrativo contemporâneo**

*Notes on mediation, conciliation and the functions
of Public Advocacy: a perspective in the light*

<i>of contemporary Administrative Law</i>	33
---	----

Flávio Amaral Garcia

**A autorização legal para realização de acordos
pela Administração Pública e a sua aplicação
no âmbito das câmaras administrativas**

*Legal Authorization for agreements by
the Government and its application in the framework*

<i>of Administrative Chambers</i>	55
---	----

José Sérgio da Silva Cristóvam

Elisa Berton Eidt

Preponderância da publicidade em detrimento da confidencialidade na mediação entre particulares e a Administração Pública
Preponderance of publicity at the expense of confidentiality in mediation between public administration and private parties 83
Maria Candida do Amaral Kroetz

O credenciamento de câmaras arbitrais pela administração pública
The enrollment of arbitral institutions by public authorities 111
Egon Bockmann Moreira
Elisa Schmidlin Cruz

Os critérios de direito e por equidade no julgamento das arbitragens envolvendo a Administração Pública no Brasil
The criteria at law and in equity in the judgment of arbitrations involving Public Administration in Brazil 133
Gustavo Justino de Oliveira
Rafael Augusto Silva Domingues

Tutela antecipada e tutela cautelar na arbitragem
Provisional and protective measure in arbitration 153
Cristina Bichels Leitão

Enfim, uma esperança para a transação tributária: uma breve análise da Lei n. 13.988/2020
Finally hope for tax transaction: a brief analysis of Act 13.988/2020 177
Ana Paula Sabetzki Boeing

Produção antecipada e coletivização da prova como mecanismos de incentivo à autocomposição <i>Anticipated production and evidence collectivization as mechanisms to encourage settlements</i>	223
<i>Thiago Simões Pessoa</i>	

A autocomposição e sua identidade consensual: ensaio sobre conceitos

Internal dispute resolution and its consensual identity: essay on concepts

*José Roberto da Cunha Peixoto*¹

*Kaline Ferreira*²

RESUMO: O avanço de técnicas autocompositivas envolvendo entes públicos na Administração Pública Federal precisava de um esforço hermenêutico de concertação de alguns termos essenciais para a melhor aplicação das normas vigentes. As confusões a respeito dos termos autocomposição, autotutela e *arbitramento* provocam um desgaste repetitivo, que pode ser minorado a partir de registros acadêmicos, mesmo que a título de ensaio.

1 Advogado da União. Diretor da Câmara de Conciliação da Administração Federal - CCAF/CGU/AGU. Pós-graduado em Direito Constitucional (UNISUL/LFG/IDP). Especialista em Técnicas de Negociação e de Mediação pela FGV e pelo PON/HARVARD LAW SCHOOL. Vencedor da Categoria Especial do XII do Prêmio INNOVARE (Prática “Centrais de Negociação da Procuradoria-Geral da União”).

2 Advogada da União. Doutora em Direito Público pela Université Montesquieu Bordeaux IV. Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora Adjunta de Direito Administrativo da UFBA. Coordenadora-Geral da Câmara de Conciliação da Administração Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação; autocomposição; autotutela; heterocomposição.

ABSTRACT: The advance of internal dispute resolution related to Federal public entities in Brazil urged for a hermeneutical effort concerning certain essential terms in order to a better application of the current regulations. The misunderstandings caused by the Brazilian terms “autocomposição”, “autotutela” and “*arbitramento*” provided a common confusion that may be undermined by academic studies, such as essays.

KEYWORDS: Interpretation; internal dispute resolution; administrative self-protection; third-party dispute resolution.

1 INTRODUÇÃO

Tratar da autocomposição envolvendo entes públicos costuma provocar um desvio no eixo de compreensão de alguns conceitos, o que traz potenciais prejuízos à sua melhor e mais proveitosa aplicação. A ambiência do sistema jurídico-administrativo transforma essa tarefa de delimitação de conteúdos em uma missão tão rica quanto desafiadora.

Os conflitos envolvendo entes públicos, para serem solucionados pela via da autocomposição, exigem uma releitura da própria consensualidade envolvendo a Administração Pública. O encontro de vontades para fechamento de um acordo quando um dos interessados é o Estado altera todo o sentido da expressão *vontade*.³

3 “Essa vontade administrativa não poderia, sequer, ser denominada de vontade, posto que com essa não se assemelha. A vontade administrativa nunca poderá ser livre ou autônoma, nem subjetiva, tampouco fruto de um artifício mental, interno e psicológico. A vontade administrativa é institucional, objetiva, externa e deverá ser sempre procedimentalizada para que seja alcançada pelos mecanismos de controle. Se o particular

Além disso, a dinâmica motora da Administração Pública também precisa ser revisitada, os processos administrativos que culminavam sempre numa decisão pela autoridade administrativa competente transformaram-se, por meio dos mecanismos da autocomposição, em um *iter* cujo destino é um acordo de vontades, no qual as decisões não são tomadas por quem conduz o processo, mas sim pelas partes envolvidas no conflito.

São muitas as adaptações e as readaptações para desconstruir um aparato que há muito *terceirizou* ao Poder Judiciário a resolução dos conflitos gerados pelas suas atividades administrativas.

O receio de punições decorrentes da atuação firme do Ministério Público, dos órgãos de controle e das Cortes de Contas promoveu, ao longo dos anos que se seguiram ao novo modelo constitucional instituído pela CF/88, um processo quase irreversível de empoderamento do Poder Judiciário, formando-se um contexto em que juízes ganharam ares de gestores e de impulsionadores de políticas públicas, enquanto que o Executivo, infantilizado, amesquinhou-se a um papel de mero executor de decisões judiciais.

Nesse momento, parcialmente consciente de que não se pode gerir a coisa pública nem conduzir a máquina administrativa sob a tutela de um ativismo jurisdicional, que não se reveste de suficiência e de adequação para o fim a que se propõe a atividade administrativa, a Administração Pública tenta fortalecer um sistema múltiplo, interno e alternativo ao Poder Judiciário. A ordem passa a ser a busca por formas adequadas de resolver seus conflitos administrativos.

é autônomo naquilo que lhe pertence e que não é proibido pelo direito, o ente público está vinculado ao direito, inclusive, nos primeiros atos de formação da sua vontade.” (DAVI, Kaline. *A autocomposição e as pessoas jurídicas de Direito Público: o que mudou depois da Lei de Mediação?* Publicações da AGU – O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões Práticas e Controvertidas, v. 9, n. 04, Brasília-DF, out./dez. 2017, pp. 117-128).

Em meio a essa busca, muitos percalços deverão ser transpostos para que a Administração Pública volte a fazer o que nunca deveria ter sido negligenciado: a gestão de seus próprios conflitos.

Conceitos como os de autotutela administrativa, autocomposição e heterocomposição, conflito e controvérsia jurídica começam a gerar equívocos capazes de dificultar a implantação de um sistema multiportas na Administração Pública.

A confusão abrange termos e conceitos que começam a se misturar como em uma *sopa de letrinhas* indigesta, suficiente para causar muitos males a um sistema ainda tão frágil e de recente construção.

A finalidade do presente texto é demonstrar a necessidade de se esclarecer a diferenciação desses termos e de tornar mais precisos esses conceitos, para que as estruturas e premissas dos sistemas a serem desenhados sejam suficientes e adequadas para o objetivo maior, que é o de pacificar os conflitos administrativos de maneira eficaz.

2 A AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA E SUA RELAÇÃO COM A AUTOCOMPOSIÇÃO

O princípio da legalidade administrativa traz com ele alguns consectários lógicos, um deles é a autotutela administrativa, poder-dever que o ordenamento jurídico confere à Administração Pública para que ela revise seus próprios atos, sem necessidade de provocação de terceiro e sem recorrer ao Poder Judiciário.

Por força da autotutela, a Administração zela pela regularidade de sua atuação, verificando todos os aspectos de sua atuação, da legalidade, passando pela eficiência até o juízo de oportunidade e de conveniência. Dessa verificação podem resultar vários efeitos jurídicos: a anulação, a revogação, a suspensão, a cassação, a convalidação e, até mesmo, a confirmação da legalidade ou da conveniência e oportunidade do ato.

Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, pela autotutela a Administração Pública exerce o controle sobre os próprios atos, *com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário*. Pelo exercício da autotutela a Administração pode, por meio de medidas de polícia administrativa, impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação dos bens públicos.⁴

Duas súmulas do Supremo Tribunal Federal consagram a autotutela da Administração Pública: a Súmula n. 346 assegura que *“a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”*; a Súmula n. 473 estabelece que *“a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”*.

Além disso, o artigo 53 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dispõe que *“a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”*.

Portanto, o princípio da autotutela da Administração Pública, no sentido da possibilidade de a Administração anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, ou revogá-los, em razão de conveniência ou oportunidade, é expressa e amplamente reconhecido também pela legislação, além da doutrina e da jurisprudência pátria.

De forma a acomodar esse dever de autotutela com os avanços da doutrina jurídico-administrativa, recentemente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB estabeleceu alguns limites para o exercício desse autocontrole:

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 73.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Assim, percebe-se que a autotutela pode ser exercitada pela Administração Pública durante toda a sua atuação. Esse exercício da autotutela pressupõe sempre uma processualização que normalmente precederá uma decisão administrativa. Extinguir, modificar, suspender ou revogar efeitos de atos administrativos advêm de decisões administrativas que potencialmente afetam a situação jurídica de alguém, por isso, é imperativo que esses afetados tenham oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa em um devido processo administrativo.

Demonstra-se que, para tal, à Administração Pública, mesmo não tendo a imparcialidade do Poder Judiciário, compete, sem prejuízo do controle judicial de todos os seus atos, rever suas decisões como um julgador de suas próprias condutas. Essas decisões que podem resultar em consequências diversas – anulação, revogação, convalidação, suspensão, modificação – são proferidas por autoridades administrativas que recebem da lei a competência para tanto.

Quando uma autoridade administrativa decide com base na autotutela, essa decisão não depende da aquiescência daquele que é afetado por ela. Esse é um ato decisório típico, cogente, imperativo, e ele incidirá automaticamente e afetará a relação jurídica que se pretende controlar, independentemente de consenso e vontade dos sujeitos envolvidos.

O que demonstramos é que a autotutela é administrativa, unilateral e pressupõe cogência e imperatividade, devendo apenas ser procedimentalizada, o que garante os direitos fundamentais daqueles que estão sendo afetados pelo seu exercício. O processo que antecede uma decisão

de anulação, modificação, convalidação, revogação ou suspensão de ato administrativo expressa um ato de força estatal que em nada se aproxima de uma construção consensual autocompositiva.

A circunstância de ser a autotutela um controle do Estado sobre si mesmo, sem interferência de um terceiro imparcial que se substitui à vontade das partes, não é o bastante para considerá-la autocomposição. Frise-se que a autocomposição pressupõe decisões horizontais e confluentes, tomadas, em caráter de mutualidade, por parte de cada um dos interessados envolvidos no conflito, sendo que nenhum deles exerce poder constituído um sobre o outro, mas sim negociam livremente seus interesses, com ou sem ajuda de um mediador, mas sem cogência ou imperatividade.

Diante disso, conclui-se que a autotutela pode utilizar, e ordinariamente utiliza, a ferramenta da imperatividade, da cogência, da exigibilidade do que a autoridade competente decida em única ou última instância administrativa. Já a autocomposição é adversa e avessa à decisão verticalizada e intromissiva de uma relação jurídica. Autocomposição não é controle, é consenso, construído de forma horizontalizada e a partir de estratégias próprias e individuais de negociação.

Podemos admitir, entretanto, que a autotutela se utilize da autocomposição como ferramenta de restabelecimento da legalidade? Considerando que a autocomposição é uma forma consensual de resolução de conflitos e que pode ser desenvolvida em âmbito administrativo, entendemos que sim, se a autocomposição se mostrar como a forma mais eficiente de sanar um vício administrativo, ela pode se substituir à forma imperativa, afinal, a autotutela não é avessa ao consenso, mas a autocomposição, sim, é avessa à imperatividade e à cogência.

Resumindo, a autotutela pode se valer do consenso sem se desnaturar, já a autocomposição não pode se valer da força imperativa sem abandonar sua natureza consensual.

3 A HETEROCOMPOSIÇÃO COMO RESOLUÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DE CONFLITO ADMINISTRATIVO

É bastante comum reduzirmos a heterocomposição a um dos modelos que a representa, a judicialização de conflitos. A submissão de conflitos ao Poder Judiciário é algo tão ordinário e habitual na sistemática cotidiana de entes públicos e privados, que o Juiz se transformou na única porta aparente quando o tema é a resolução de conflitos. Tanto é assim que, quando tratamos de heterocomposição, via de regra enxergamos os processos judiciais como categoria dessa espécie.

Entretanto, segundo Ricardo Stersi dos Santos, na heterocomposição o conflito é administrado por um terceiro, escolhido ou não pelos litigantes, que detém o poder de decidir, sendo a referida decisão vinculativa em relação às partes. Isso quer dizer que a heterocomposição se caracteriza pela presença de um terceiro e que este tem poder de decisão sobre as partes.⁵

A jurisdição exercida pelo estado-juiz é a forma mais popular de heterocomposição, conhecida e utilizada na solução de conflitos, na qual o juiz dá uma solução impositiva aos casos concretos. Outro método heterocompositivo, alternativo à jurisdição, é a arbitragem, regulada pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que prevê essa outra técnica de solução de controvérsias, na qual não há intervenção estatal, tratando-se de uma espécie de jurisdição privada.

O que difere a arbitragem da jurisdição é que, diferentemente desta, há uma perspectiva de consensualidade na arbitragem em sua fase pré-processual e que acontece no momento em que as partes, de comum acordo, por cláusulas compromissórias em um contrato ou por meio de compromisso arbitral firmado após a instalação do conflito, elegem o

5 SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

método da arbitragem como forma heterocompositiva de resolução do conflito, mas em substituição à tradicional jurisdição estatal.

Durante o processo de arbitragem, assim como no processo judicial, o conflito também pode ser resolvido consensualmente.

Contudo, nenhuma dessas duas possibilidades de utilização do consenso na arbitragem é o bastante para classificarmos esse modo de resolução de conflito como um modelo autocompositivo, ao lado da mediação, da negociação e da conciliação.

Na arbitragem, o árbitro age como um Juiz, aplicando o direito ao caso concreto e se substituindo à vontade das partes de forma decisiva. Não há autodeterminação ou decisão das partes em relação à solução adotada na sentença arbitral.

Diferentemente da arbitragem, que é jurisdição privada, temos a autotutela e a autocomposição. Na autotutela administrativa, a Administração Pública exerce o controle de seus atos por ela própria, respeitado o devido processo legal administrativo, mas sem prescindir da imperatividade estatal – o que a diferencia da arbitragem pela ausência de um terceiro imparcial e pela possibilidade de revisão da decisão administrativa em última instância pelo Poder Judiciário.

Na autocomposição envolvendo entes públicos, temos um modo consensual de resolução de litígios que não admite impositividade por nenhuma autoridade, mas que deve ser procedimentalizada, admitindo-se a condução por um terceiro que facilitará a aproximação dos envolvidos – o que a diferencia da arbitragem, por não admitir intervenção de terceiro imparcial que se substituirá à vontade das partes por decisão unilateral.

A partir do quadro abaixo, demonstra-se as características essenciais de cada um desses modelos, o que representa também os respectivos traços diferenciadores, uns em relação aos outros:

	AUTOTUTELA	AUTOCOMPOSIÇÃO	HETEROCOMPOSIÇÃO
DECISÃO SUBSTITUTIVA			X
CONSENSO		X	
TERCEIRO IMPARCIAL			X
DEVIDO PROCESSO	X	<i>obs</i> ⁶	X
ESPÉCIES EXEMPLIFICATIVAS	ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS	MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO	ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO

4 A AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DE CONCEITOS

No âmbito da Administração Pública Federal, foi criada a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), instituída pelo Ato Regimental n. 5, de 27 de setembro de 2007, e sua estrutura está definida no Decreto n. 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

Alguns anos depois, em 2015, foi promulgada a Lei n. 13.140/2015, que dedicou o seu Capítulo II à AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.

Isso significa dizer que em 2007, com o Ato Regimental AGU n. 5, a União protagonizou uma política audaciosa de resolução consensual de conflitos interinstitucionais.

Foi criada e estruturada a CCAF, um órgão interino à Consultoria-Geral da União, órgão superior de assessoramento e consultoria da Administração Pública Federal Direta, cuja competência autocompositiva

6 Embora seja recomendável um fluxo procedimental que garantirá a segurança jurídica dos envolvidos e a legitimidade do acordo, ele não é essencial para sua caracterização.

restringia-se à resolução consensual de conflitos entre entes governamentais da própria Administração Pública Federal.

Nessa época, essas técnicas de resolução consensual de conflitos, mesmo nas relações conflituosas privadas, ainda eram incipientes se comparadas à cultura dos métodos adversariais ortodoxos (jurisdição estatal).

Por força do pioneirismo nessa iniciativa, sem precedentes nacionais, os normativos internos que estruturaram a CCAF não faziam diferença entre arbitragem, arbitramento, conflito e controvérsia jurídica. Destacam-se vários dispositivos nesses normativos que demonstram a atecnia na utilização desses termos, justificável para o contexto em que foram elaboradas, *verbi gratia*: o Ato Regimental n. 5 de 27 de setembro de 2007⁷; o Decreto n. 7.392 de 13 de dezembro de 2010⁸; a Portaria n.

7 “[...] Art. 3º Compete à Consultoria-Geral da União:

VI - participar do deslinde de controvérsia jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, objetivando sua solução em sede administrativa;

[...] Parágrafo único. Para o deslinde de controvérsia jurídica de que trata o inciso VI deste artigo é indispensável que a solicitação esteja devidamente fundamentada e instruída com as manifestações divergentes emitidas pelos órgãos jurídicos respectivos.

[...] Art. 10. Integram o DECOR:

I - a Coordenação-Geral de Orientação, à qual incumbe:

[...] b) atuar na solução de controvérsias e na uniformização de teses jurídicas;

[...] Art. 17. Compete à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF:

I - identificar as controvérsias jurídicas entre órgãos e entidades da Administração Federal, bem como entre esses e os Estados ou Distrito Federal, e promover a conciliação entre eles;

[...] III - sugerir ao Consultor-Geral da União, se for o caso, a arbitragem das controvérsias não solucionadas por conciliação [...].”

8 “Art. 14. Ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos compete: I - orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, especialmente no que se refere à:

a) uniformização da jurisprudência administrativa;

b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da

1.281 de 27 de setembro de 2007.⁹

Advocacia-Geral da União; e

c) prevenção de litígios de natureza jurídica.

[...] Art. 18. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete:

I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;

II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;

III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios;

IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;

V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;

VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e

VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.”

9 “Art. 1º O deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria.

Art. 2º Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, poderá ser solicitado seu deslinde por meio de conciliação a ser realizada:

I - pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF;

II - pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico quando determinado pelo Consultor-Geral da União;

III - por outros órgãos da Advocacia-Geral da União quando determinado pelo Advogado-Geral da União.

Parágrafo único. Na hipótese dos incisos II e III do caput, as atividades conciliatórias serão supervisionadas pela CCAF.

[...] Art. 11. A Consultoria-Geral da União, quando cabível, elaborará parecer para dirimir a controvérsia, submetendo-o ao Advogado-Geral da União nos termos dos arts. 40 e 41 da

Assim, consideramos que, se ao tempo da elaboração e publicação dessas normas, se justificavam os equívocos na utilização desses termos, nesse momento essas justificativas já não se mostram mais razoáveis. Nessa esteira, longe de querer proferir a última palavra sobre conceitos e interpretações, ensaiamos um esclarecimento acerca desses conceitos, o que se torna imperativo para que a aplicação desses normativos não seja inviabilizada.

5 DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA COMO OBJETO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DE UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA DE NORMAS FEDERAIS E DO CONFLITO COMO OBJETO DA AUTOCOMPOSIÇÃO

Sobre a controvérsia jurídica, considerando os próprios termos que as normas citadas utilizam, podemos concluir que ela se revela quando: i. há um choque entre interpretações legais ou ii. há dúvida a respeito da forma de execução de uma decisão judicial ou, ainda, iii. quando há concorrência entre teses doutrinárias divergentes acerca de um mesmo instituto ou norma constitucional ou infraconstitucional federal.

Na Lei n. 13.140/15, do seu art. 36, § 1º, extraímos que os conflitos podem envolver controvérsias jurídicas, mas com elas não se confundem nem se esgotam.¹⁰ Da mesma forma, podemos concluir que os conflitos podem ser pacificados ou resolvidos pela autocomposição, já as controvérsias

Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.”

10 “Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.”

jurídicas, caso não sejam objeto de acordo, podem ser dirimidas para alcançar a finalidade de harmonização de entendimento jurídico.

Vale frisar que, desde o advento da LC n. 73/93, é competência da Advocacia-Geral da União, por desdobramento de suas competências constitucionais constantes do art. 131, exercer com exclusividade a consultoria e o assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal.

Aqui, quando falamos de controvérsia jurídica, não tratamos de conflito entre pessoas físicas, entes públicos, privados ou órgãos, mas sim de uma controvérsia que é técnico-jurídica, que pode até estar inserida em um conflito – que é de ordem sociológica –, mas não necessariamente. Ela pode configurar apenas uma oposição de entendimentos técnico-jurídicos, a ser dirimida por quem tem legitimidade, que, nesse caso, tratando-se de Administração Pública Federal, é a Advocacia-Geral da União.

Sobre o conflito, tem-se que ele possui caráter polissêmico e transdisciplinar, portanto, o conflito é resultado de interações sociais, situando-se na antagonia de comportamentos e sentimentos. Ele funciona como mola propulsora de aperfeiçoamento e progresso.¹¹

Assim, podemos afirmar que o conflito envolvendo entes públicos normalmente contém uma controvérsia jurídica, o que se dá geralmente por força do regime jurídico a que estão submetidos.

Todavia, pela estrutura complexa e transdisciplinar do conflito, ele não se encerra nessa controvérsia, ele a exorbita e posiciona-se muito mais nos comportamentos e nos interesses antagônicos dos atores sociais, o que é permeável à pacificação pelo consenso a ser obtido por intermédio das técnicas de autocomposição.

Nessa diferenciação entre controvérsia jurídica e conflito, reside uma importante delimitação da atuação dos meios de resolução autocompositivos envolvendo entes públicos.

11 SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Atlas, 1983.

Quando estivermos diante de uma controvérsia jurídica puramente considerada (ou seja, sem que esteja inserida em um conflito), nos termos já descritos, não há necessidade de aplicação de técnicas de autocomposição, mas, sim, da instauração de um processo administrativo para uniformização de entendimento jurídico. Esse processo seguirá as regras do clássico processo administrativo, com suas regras de instrução e suas formalidades específicas e gerais previstas na Lei n. 9.784/1999.

Nesse ponto, cabe fazermos um esclarecimento sobre o intitulado “*arbitramento*” previsto na Portaria da AGU n. 1.281/2007¹² e no Decreto n. 7.392 de 13 de dezembro de 2010.¹³ Trata-se de um processo administrativo que se assemelha a um modelo heterocompositivo e que objetiva uma *decisão* do Advogado-Geral da União fixando o entendimento final acerca de determinada controvérsia jurídica no âmbito da Administração Pública Federal. Esse processo administrativo somente envolve questões de direito e deve ser devidamente instruído para que resulte numa decisão

12 “Art. 11. Não havendo a conciliação da controvérsia jurídica, aplicar-se-á o disposto no § 1º do art. 36 da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.

§ 1º Determinado o encerramento das tratativas no procedimento de conciliação pela CCAF, caberá ao Consultor-Geral da União distribuir internamente o processo administrativo para o fim de elaborar o parecer para dirimir a controvérsia jurídica, o qual será submetido ao Advogado-Geral da União e vinculará os órgãos e entidades em conflito.

§ 2º Previamente à elaboração do parecer de que trata o § 1º, a Consultoria-Geral da União solicitará manifestação jurídica aos órgãos e entidades em conflito.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º do art. 36 da Lei nº 13.140, de 2015, o Advogado-Geral da União dará conhecimento do Parecer ao Ministro de Estado da Economia. (Redação dada pela Portaria AGU n. 576/2019).”

13 “Art. 18. À Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete: VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação [...]”.

tecnicamente adequada e eficiente, que guarde conformidade com a legislação afeta.¹⁴

A decisão final do Advogado-Geral da União vinculará todos os órgãos da Advocacia-Geral da União. A denominação arbitramento, embora equivocada, já que não encontra referência específica no ordenamento administrativo pátrio (à exceção das figuras previstas nos arts. 292, § 3º e 509, I, do Código de Processo Civil para fixação, pelo juiz da causa, do valor da causa e do valor a ser liquidado por sentença de arbitramento), apresenta nitidamente esse significado: solução de controvérsia jurídica pelo titular do órgão de assessoramento jurídico da União.¹⁵

14 “Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.”

15 “26. Em relação ao intitulado “arbitramento”, ele não se confunde com a arbitragem. O denominado “arbitramento” é um instrumento de resolução de controvérsia jurídica que encontra lugar quando as tentativas de resolução consensual restam infrutíferas e o conflito persiste por força, principalmente, dessa controvérsia, que geralmente, é a principal causadora do conflito [...]”.

30. Diante disso, podemos afirmar que o que se denomina de “arbitramento” é um processo administrativo que culminará com uma decisão do Advogado-Geral da União fixando o entendimento acerca de determinada controvérsia jurídica. Esse processo administrativo somente deverá envolver questões de direito e não serão de competência da CCAF, que foi criada para aplicar técnicas autocompositivas para solucionar conflitos entre pessoas, físicas ou jurídicas, públicas e até particulares em contenda com um ente público. Para esses casos, que tratam de pôr fim à controvérsia jurídica, o art. 1º da Portaria 1281/2007, prevê: “A Consultoria-Geral da União, quando cabível, elaborará parecer para dirimir a controvérsia, submetendo-o ao Advogado-Geral da União nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993”.

31. O termo “arbitramento” não foi utilizado pela Lei n. 13.140/2015, o que muito nos conforta. O Decreto n. 7.392/2010 e a Portaria n. 1.281/2007 é que utilizam o termo para denominar

6 A “ARBITRAGEM” IMPROPRIAMENTE INSERIDA NO TÍTULO DA CCAF

Os processos arbitrais regidos pela Lei n. 9.307/1996 são extrajudiciais, contudo, são considerados pela legislação brasileira e pela doutrina nacional como expressão de jurisdição privada.

Nesse ponto, verifica-se do próprio texto da lei de arbitragem (Lei n. 9.307/96) as seguintes regras normativas:

- a) art. 31: *“a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”*;
- b) o art. 17 *“equipara os árbitros aos funcionários públicos”*, para os efeitos da legislação penal; e
- c) o art. 18 dispõe que, para os fins processuais, o árbitro *“é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário”*.

A legitimidade de um agente/órgão integrante do Poder Executivo para exercer competência própria do Poder Judiciário merece uma análise mais acurada.

esse procedimento administrativo que dirime controvérsias jurídicas, todavia, essa utilização deverá ser abolida em reforma normativa, uma vez que a conotação emprestada à expressão “arbitramento” no Código de Processo Civil vigente, afasta completamente a possibilidade de associar o “arbitramento” à harmonização de entendimentos jurídicos. Para ilustrar, citamos os seguintes dispositivos do CPC: art. 81, § 3º; art. 292, § 3º; art. 509, I; art. 510; art. 809, § 1º – todos se referindo ao arbitramento como uma forma de estimar valor da causa ou da execução, pelo juiz.

Advocacia-Geral da União. PARECER n. 00001/2019/CCAF/CGU/AGU aprovado pelo Advogado-Geral da União. Despacho 097 de 21 de março de 2019.

Não se trata aqui de exercício de jurisdição privada, expressamente regulamentada pela Lei n. 9.307/1996 e reconhecida pelo Código de Processo Civil nas ações que versem sobre direito patrimonial disponível.

Estamos, nesse ponto, a tratar da hipótese de haver uma Câmara Federal, sediada na AGU, de natureza pública, portanto, exercendo função arbitral, como um órgão de arbitragem.

O que teríamos, nessa hipótese, seria um projeto de criação de uma espécie de jurisdição pública (administrativa) não exercida pelo Poder Judiciário, e sim pelo Poder Executivo. Tal modelo se aproximaria não da arbitragem prevista na Lei n. 9.307/1996, mas, para além disso, de uma situação de dualidade de jurisdição existente em alguns países que autorizam esse modelo, a exemplo da França, com seus Tribunais Administrativos.

Historicamente, a dualidade de jurisdição foi adotada no Brasil durante o período imperial. A partir de 1891, todavia, foi adotado o modelo Anglo-Saxônico, onde os tribunais judiciários têm plenitude de competência.

Dessa forma, o exercício de função jurisdicional por um órgão público externo ao Poder Judiciário remete-nos a esse modelo de dualidade de jurisdição, de implantação de uma justiça administrativa, e não de uma jurisdição privada fundamentada na nossa Lei de Arbitragem.

Por essas razões, consideramos que a CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública, malgrado conter no seu título o termo arbitragem, não possui autorização constitucional ou legal para exercer jurisdição administrativa, nos moldes acima debatidos.

A CCAF é o órgão da Advocacia-Geral da União concebido, por excelência e por essência, para atuar na resolução consensual de conflitos, ou seja, para colocar em prática técnicas autocompositivas de pacificação sem intervenção judicial ou jurisdicional.

Esse modelo não somente objetiva a “desjudicialização” dos conflitos, mas também visa, em nossa percepção, à verdadeira pacificação das contendas, com maior eficiência e adequação que o modelo jurisdicional ou outro modelo de heterocomposição porque busca a realização do con-

ceito de justiça a partir da própria vontade das partes envolvidas, e não a partir da vontade de um terceiro imparcial (juiz).

Acreditamos que a autocomposição, especialmente a mediação, na maioria dos casos, é a forma mais eficaz e mais abrangente de pacificação do conflito; por vezes, a depender do tipo e da complexidade do conflito, pode ser a única forma de se obter uma solução ampla e verdadeiramente pacificadora. Por isso, a nossa aposta e o nosso compromisso é depositar todas as energias nesse modelo de autocomposição, deixando de lado a iniciativa da estruturação de um modelo de arbitragem nessa Câmara Pública.

Além disso, em nossa experiência prática, temos a nítida percepção de que, sob o ponto de vista procedimental, sequer seria recomendável manter as duas abordagens em um mesmo órgão público, tendo em vista as consequências de gestão relacionadas com a gestão de modelos procedimentais nitidamente distintos, em essência e em natureza, na mediação e na arbitragem.

De fato, na mediação é exigível que os procedimentos sejam mais fluidos e com muita oralidade e informalidade para a obtenção do consenso entre as partes. Por óbvio, não se deve esquecer a necessidade de um mínimo de burocracia para garantir a segurança jurídica das decisões tomadas pelas partes (uma delas pública, obrigatoriamente), para cujo mister é necessário o cumprimento de manifestações formais por escrito e observância de alçadas de competências previstas em normas legais ou infralegais. Mas isso se faz sem grandes apegos ao devido processo, à rigidez do contraditório ou de ampla defesa, isso se concretiza com um diálogo equilibrado entre as partes.

Já no modelo arbitral, o procedimento requer maior hígidez processual, com regras pré-definidas em códigos regimentais da respectiva Câmara, bem como com a observância normativa de princípios como o contraditório e a ampla defesa, dentro do espectro e da perspectiva de um legítimo *due process*.

Sob outro aspecto, o dos agentes encarregados das atividades de mediação e de arbitragem, temos que, dentre os requisitos de atuação de

um mediador, é requerida uma postura mais “equidistante” em relação às partes interessadas, devendo ele adotar as melhores estratégias para promover uma ótima **aproximação das partes**, para que, em regime de cooperação, lealdade e boa-fé, exercitem todas as opções possíveis e legitimáveis para a obtenção da solução dos (muitas vezes, aparentes) conflitos de interesses. Aqui, uma eventual dicotomia entre o perfil de um mediador e o de um advogado público (perfil de parcialidade na defesa do Estado) não fica tão evidente, tendo em vista que essa “equidistância” pode ser suprida pela construção de uma reputação administrativa dos agentes públicos responsáveis pela atividade técnica de mediação.

Por sua vez, o perfil exigível de um árbitro deve ser essencialmente técnico-científico, com conhecimentos específicos para a causa cujo objeto as partes pretendam uma solução terceirizada, sob a perspectiva da heterocomposição. A imparcialidade é uma característica que também deve ser buscada no perfil de um árbitro, tendo em vista que, nas situações em que se terá apenas 1 (um) árbitro, este deve decidir as questões com o mesmo equilíbrio e isenção que seria exigível de um juiz. E tal requisito seria muito complicado de se obter entre os advogados públicos, dada a sua natureza essencialmente parcial de defesa dos interesses estatais.

Vê-se, mesmo com a superficialidade inerente ao modelo de ensaio eleito para essa abordagem, que as peculiaridades de cada um dos modelos de resolução de conflitos não recomendam, em nossa perspectiva, que seja atribuída à CCAF uma competência heterocompositiva que difere totalmente de sua essência e vocação para a atividade de autocomposição, pela via da mediação.

7 CONCLUSÃO

O Direito é linguagem e construção cultural, dessa forma, esclarecer conceitos e dirimir equívocos em torno de expressões e símbolos linguísticos não configura discussão meramente estética. As expressões cujos conteúdos

foram aqui analisadas são essenciais para a construção de um sistema multiportas de resolução de conflitos envolvendo entes públicos.

A adequação de valores pertencentes ao direito público para proporcionar o acolhimento de técnicas concebidas primordialmente para solucionar conflitos entre sujeitos de vontades autônomas e detentores de interesses disponíveis desafia toda a nossa capacidade de romper com barreiras paradigmáticas.

Assim, a tarefa de interpretar torna-se uma atividade muito mais criativa e inovadora. Sem desrespeitar o espírito das leis e procurando dar um colorido ainda mais nítido aos direitos fundamentais, perseguimos a preservação da ordem jurídica que já temos, com a atualização técnica necessária ao que foi elaborado em momento pretérito.

Um ensaio é apenas o início de reflexão sobre uma obra que nem mesmo começou a ser produzida. É despreziosa a nossa intenção de esclarecer e interpretar os conceitos e perspectivas que abrangem a heterocomposição e a autocomposição envolvendo a Administração Pública que trouxemos à discussão, salvo do ponto de vista prático e pragmático. A evolução de órgão autocompositivo na Administração Pública Federal dependia dessas reflexões, transformadas agora em publicação.

8 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 12 jul. de 2018.

DAVI, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de Direito Público: o que mudou depois da Lei de Mediação? *Publicações da AGU – O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões Práticas e Controvertidas*, v. 9, n. 4, Brasília-DF, out./dez. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FALECK, Diego. Introdução ao design de sistema de disputas: câmara de indenização 3054. *Revista brasileira de arbitragem*, São Paulo, ano V, n. 23, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções Gerais da Arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Atlas, 1983.

Notas sobre mediação, conciliação e as funções da Advocacia Pública: uma perspectiva à luz do Direito Administrativo contemporâneo

Notes on mediation, conciliation and the functions of Public Advocacy: a perspective in the light of contemporary Administrative Law

Flávio Amaral Garcia¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar o impacto da consensualidade como modo de agir da Advocacia Pública. Pretende-se demonstrar que existe um enorme espaço para que as técnicas de mediação e negociação, por exemplo, sejam expandidas como forma de solucionar os conflitos. A judicialização dos conflitos envolvendo os entes públicos reclama urgente reversão. Propugna-se, no presente texto, a retomada do papel de centralidade do processo administrativo como forma de endereçar e solucionar os conflitos e litígios. A Advocacia Pública do século XXI deve ser preventiva e não meramente reativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; consensualidade; Advocacia Pública; negociação; mediação; arbitragem.

1 Professor de Direito Administrativo da FGV-RJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio do Escritório Juruena & Associados.

ABSTRACT: The present article aims at addressing the impact of the consensuality as a conduct of the State Attorneys. We intend to demonstrate the existence of plenty of room for mediation and negotiation techniques, for instance, to be expanded as a way of settling disputes. The judicialization of conflicts involving the Federal Government, the States and the Municipalities requires urgent reversal. In this text, we defend the resumption of the central role of the administrative procedure as a means of addressing and resolving disputes. The State Attorneys' activity in the 21st century must be preventive; not merely reactive.

KEYWORDS: Administrative Law; consensual methods; Public Advocacy; negotiation; mediation; arbitration.

1 O DIREITO ADMINISTRATIVO, O PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO UNA E O EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO

No Brasil, de um modo geral, a construção do Direito Administrativo foi essencialmente doutrinal.² Na origem, os administrativistas buscavam beber na fonte da jurisprudência firmada no Conselho de Estado e na

2 Conforme anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Enquanto, no Direito Francês, o direito administrativo era de formação pretoriana, jurisprudencial, adaptável de forma mais flexível ao interesse público sempre cambiante, pelo trabalho criativo da jurisprudência, no Brasil essas mesmas teorias e princípios foram incorporados ao direito positivo.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de Direito Administrativo brasileiro*. In: Cadernos de Direito e Cidadania II (IEDC). São Paulo: Artchip, 2000, p. 62). No mesmo sentido leciona Fernando Dias Menezes de Almeida: “De um lado, os autores brasileiros – isso se aplica particularmente ao caso da teoria do contrato administrativo – fundamentam-se em doutrina e jurisprudência francesas. De outro, em um momento posterior, tal teoria foi sendo progressivamente cristalizada na legislação brasileira.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 41).

própria doutrina francesa. Esse aspecto histórico é deveras relevante para compreender a formação dos nossos institutos.

Algumas características bastante relevantes dessa origem francesa ainda se apresentam marcantes na nossa práxis administrativa: (i) assimetria em relação ao Direito Privado; (ii) princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado; (iii) princípio da Indisponibilidade do Interesse Público; (iv) imperatividade.

Bem verdade que, se antes tais premissas eram consideradas absolutas, hodiernamente essas características vêm sendo temperadas por visões mais contemporâneas e revisitadas por meio de estudos e investigações doutrinárias que lançam um olhar próprio do Direito Administrativo do século XXI e das suas constantes mutações.³

O ponto a ser abordado aqui, no entanto, é de outra natureza. Não obstante ter importado o arcabouço dogmático do Direito Administrativo francês, o Direito Administrativo brasileiro não importou o sistema administrativo para solucionar os litígios e o exercício do controle dos atos e contratos da Administração Pública.

Como notório, no Brasil, adota-se o princípio da jurisdição una⁴,

3 Nesse sentido, estão algumas obras como: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, pp. 129-156, jan. 2003. ISSN 2238-5177; SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo em debate*. 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, v. 59, 2005; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

4 Confira-se o conceito de jurisdição una formulado por Hely Lopes Meirelles: “O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido por sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios – de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário.” (MEIRELLES, Hely

previsto expressamente no XXXV do art. 5º da Constituição da República, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Significa dizer que todos os conflitos – administrativos ou entre particulares – somente poderão ser solucionados com caráter de definitividade pelo Poder Judiciário. Isso quer dizer, *a contrario sensu*, que as questões resolvidas em sede administrativa não ganham o revestimento da *res iudicata*.

O regime francês, ao contrário, adotou o sistema de dualidade de jurisdição, caracterizado por admitir a coexistência, ao lado da jurisdição comum, de uma estrutura de contencioso administrativo na solução dos conflitos que envolvam a Administração Pública. Existem, portanto, tribunais administrativos que solucionam os litígios estabilizando-os com a definitividade própria da coisa julgada. Isso não ocorre no Brasil.

Em certa medida, o fato de a Administração Pública não contar com uma estrutura própria de Justiça Administrativa acarretou, ao menos, duas consequências importantes: (i) um certo descaso com as estruturas administrativas para resolver os conflitos nas mais diversas áreas (tributária, previdenciária, pessoal, contratual etc.), já que, ao fim e ao cabo, qualquer decisão administrativa poderia ser mesmo revista pelo Poder Judiciário; (ii) obrigou a levar para o Judiciário questões altamente complexas e sofisticadas, como é o caso, por exemplo, de conflitos envolvendo reequilíbrios econômico-financeiros em contratos de concessão, que apresentam uma série de componentes que escapam por completo do conhecimento tradicional dos contratos administrativos regidos pela Lei n. 8.666/93.

Durante um longo período, a solução dos conflitos tendo como sede o processo administrativo não assumiu o protagonismo que merecia, até

Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004).

mesmo em razão de uma postura pouco colaborativa dos entes públicos⁵, que, não raro, postergavam direitos, evitavam reconhecer os seus erros e preferiam endereçar os litígios para o Judiciário, na equivocada perspectiva do “*quanto mais demorar melhor*”. Prevalcia aqui uma lógica perversa de postergar eventual condenação para o outro agente político, o que configura um verdadeiro amesquinamento das funções públicas e da real compreensão do interesse público.

Como regra, os entes públicos não possuem estruturas definidas para o contencioso administrativo, especializadas no julgamento das ações que envolvam a Administração Pública, o que também concorre por repercutir diretamente no vertiginoso aumento dos litígios levados ao Poder Judiciário e na demora em serem solucionados.

Essa, contudo, não é a única causa da excessiva judicialização. Com efeito, a Constituição assegurou direitos sociais aos indivíduos, criando correlatos deveres aos entes públicos, além de facilitar o acesso à Justiça, conquistas que, inegavelmente, representam um enorme avanço para o Estado Democrático de Direito.

De um lado, a intensificação do acesso ao Judiciário é o resultado prático da maior conscientização da sociedade em relação aos seus direitos;

5 Evidente que essa é uma generalização que deve ser lida com os temperamentos necessários, seja em razão da postura de cada ente, seja em razão do fato de que em determinados setores o processo administrativo sempre assumiu uma relevância. É o caso, por exemplo, das questões tributárias que têm nos Conselhos de Contribuintes estruturas administrativas bem organizadas e tecnicamente aparelhadas. Em Nota Técnica de 2019, a OAB/RJ já se manifestou sobre a sua importância: “Importante ressaltar que o Conselho de Contribuintes, segundo grau criado com o intuito de trazer uma paridade no julgamento dos lançamentos efetuados pela Fazenda Estadual, é importante instrumento democrático, que reforça o princípio da autotutela e materializa o devido processo legal e todos os seus consectários, tais como ampla defesa e contraditório. Uma vez concedidos, estes não podem ser extirpados do contribuinte sob pena de vedação ao retrocesso em termos de direitos fundamentais.” Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-oab-rj-fim-conselho.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

direitos individuais e sociais são reconhecidos, e os conflitos que produzem são invariavelmente encaminhados aos Tribunais, sem qualquer triagem ou mesmo alguma tentativa de solução da questão pela via administrativa.

Também o acesso fácil pela via do processo eletrônico gera, não raro, uma massificação de processos e padronização da atividade intelectual, que acaba envolvendo advogados, públicos e privados, promotores, defensores e juízes, criando uma espiral de irracionalidade que leva à prevalência das atividades auxiliares, como as de técnicos, residentes, estagiários e secretários dessas carreiras, a ponto de as tornarem indispensáveis em suas respectivas estruturas, públicas e privadas, eis que a atividade intelectual torna-se reduzida e se amesquinha, diante da necessária gestão e administração de modelos e peças padronizadas de todo tipo, em ciclo que se autorreproduz e pouco ou nada concorre para que se realize, afinal, a desejada justiça.

Acresce que a falência na prestação de alguns serviços públicos, a incapacidade gerencial de Administrações Públicas ainda não estruturadas para o atingimento de resultados, pouco transparentes e excessivamente burocráticas, acarreta como consequência a indesejável cultura do litígio e da judicialização, em que o cidadão, como primeira alternativa, não busca a solução do seu problema pela via do processo administrativo, senão que deposita todas as esperanças no processo judicial.

De tudo isso, constata-se um Poder Judiciário completamente assoberbado de ações judiciais, impedindo que se dê solução com eficiência e rapidez às demandas levadas a sua apreciação.

Infelizmente, parcela relevante das demandas judiciais que sobrecarregam o Poder Judiciário envolvem os entes públicos.⁶ Isso se

6 Pesquisa de 2018 da Associação dos Magistrados Brasileiros demonstra que: “A administração pública lidera a disputa judicial no Primeiro Grau como parte ativa no universo dos 100 maiores litigantes nas seguintes unidades federativas: Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo

devia a um certo conformismo e a uma postura reativa das advocacias públicas, que insistiam em levar ao Judiciário demandas perdidas ou com a jurisprudência amplamente contrária.

A boa notícia é que esse quadro está em transformação.

2 A CONSENSUALIDADE E A MUDANÇA DE POSTURA DAS ADVOCACIAS PÚBLICAS

Atualmente, percebe-se que a maior parte das advocacias públicas mudou completamente essa postura. Há uma preocupação com o excesso de judicialização, com a massificação das demandas, com a perpetuação de recursos procrastinatórios, com o reconhecimento de que é preciso orientar os entes públicos na mudança dos seus comportamentos e, principalmente, que as próprias advocacias públicas podem ser importantes espaços para exercer a mediação de conflitos, evitando que todo e qualquer conflito seja encaminhado ao Poder Judiciário.

Na perspectiva do Direito Administrativo, essa mudança foi propugnada pela centralidade com que a temática da consensualidade foi alçada no campo das relações públicas.

A consensualidade é o modo de agir e de gerir a coisa pública que não se caracteriza pela imposição, pela verticalidade ou pela autoridade, mas pela possibilidade de negociação, de flexibilidade e de participação ativa do particular.

Um dos pioneiros da introdução da temática no Brasil foi Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO⁷, quando afirmava que “se tem somado aos

e Rondônia”. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>>. Acesso: em 18 mai. 2020.

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 107.

tradicionais pactos públicos – contratuais e não contratuais – uma profusão de novas relações negociadas em que se privilegia o consenso como método para o mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado”.

O processo administrativo se apresenta como a matriz por excelência da participação administrativa, constituindo-se no meio adequado para identificar, articular, ponderar e arbitrar os distintos interesses que nele convergem, alterando profundamente o marco teórico do Direito Administrativo tradicional, estruturado, nos primórdios, a partir do poder da autoridade estatal. O eixo central da produção das decisões administrativas deixa de ser o ato (imperativo e unilateral) e passa a ser o processo (consensualizado e dialético), conforme percebido pela doutrina administrativista contemporânea.⁸

A despeito das ações unilaterais e imperativas continuarem a existir no cotidiano da atividade administrativa (vide as diversas ações estatais no combate ao Covid-19, como as requisições administrativas e diversas medidas restritivas de direitos), fato é que o pressuposto axiológico da consensualidade mudou completamente a forma do agir estatal. Cada vez mais é possível notar o espaço de ações, condutas e posturas dialógicas e alicerçadas na busca do consenso.

Sem qualquer pretensão de esgotamento, cabe anotar as seguintes manifestações de consensualidade que estão vivamente presentes no cotidiano do Direito Administrativo: (i) termos de ajustamento de condutas;

8 Ver CASSESSE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 1994; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; NIGRO, Mario. *Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*. In: ALLEGRETTI, Umberto; ORSO BATTAGLINI, Andrea; SORACE, Domenico. *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*. Rimini: Maggioli, 1987. t. II.

(ii) procedimento de manifestação de interesses; (iii) acordos de leniência; (iv) acordos substitutivos no Direito Sancionador; (v) a regra geral do art. 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)⁹; (vi) mediação e conciliação; (vii) *dispute boards*; (viii) arbitragem.

Como se vê, em todos esses institutos a base valorativa – em maior ou menor medida – é a consensualidade. O impacto para a Advocacia Pública é imenso. E, seguramente, essa mudança de mentalidade está modificando profundamente a forma de agir dos entes públicos, seja no exercício da representação judicial, seja no exercício da atividade consultiva.

Interessa-nos aqui examinar, ainda que brevemente, a mediação e a conciliação e a sua repercussão na atividade das Advocacias Públicas.

Talvez a principal mudança seja a cultural. É cada vez mais crescente a percepção da importância da autonomia das partes para resolver os seus próprios conflitos. Em grande parte dos casos, não será necessário recorrer à tutela de um terceiro para dirimir os litígios.

3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A mediação e a conciliação são funções que se impõem como consequência dos novos tempos de priorização de soluções e mecanismos extrajudiciais de conflitos. Conforme leciona Fredie DIDIER JR., a “mediação e a conciliação são formas de solução de conflito, pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar

9 “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.”

as partes a chegar à autocomposição”.¹⁰ No campo do Direito Público, trata-se de inegável espaço aberto ao desenvolvimento de uma Advocacia Pública proativa.

Geralmente tratadas de maneira semelhante, essas espécies podem ser diferenciadas em relação à técnica utilizada e ao papel do terceiro envolvido.

Na conciliação, o conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, sendo-lhe lícito sugerir soluções ao litígio. Logo, é a técnica mais indicada quando não houver vínculo anterior entre os envolvidos, conforme dispõe o Novo Código de Processo Civil no art. 165, § 2º.¹¹

Na mediação, por outro lado, cabe ao mediador o papel de servir de veículo de comunicação entre as partes. Por isso, cabe-lhe apenas auxiliar o diálogo entre os litigantes, sendo-lhe vedado propor soluções. Por conseguinte, o Novo Código de Processo Civil indica no art. 165, § 3º¹², que esta será a espécie a mais indicada quando houver vínculo anterior entre as partes, como é o caso dos conflitos societários e familiares.

A mediação e a conciliação podem ocorrer extrajudicialmente, por meio de Câmaras Públicas institucionais, que são vinculadas ao Tribunal

10 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento I. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.v. I.

11 “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”

12 “(...) § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

ou aos órgãos de Advocacia Pública, ou em ambientes privados, tais como Câmaras Privadas.

Destaca-se que, conforme a recém-publicada Lei n. 13.140/15, denominada a nova Lei de Mediação, aos entes federados é permitida a criação de Câmaras Administrativas de prevenção e resolução de conflitos¹³, o que evidencia a intenção do legislador de corroborar com a ideia contemporânea de Administração Pública gerencial, não só permitindo como incentivando a solução de litígios extrajudicialmente.

Dois meritórias experiências merecem destaque: as Câmaras de Conciliação da Advocacia-Geral da União e a Câmara de Resolução de Litígios de Medicamentos do Estado do Rio de Janeiro.

A Câmara de Conciliação da Advocacia-Geral da União constitui uma eficiente tentativa de diminuição do número de litígios judiciais em matéria administrativa, reduzindo, com isso, a movimentação desnecessária do Poder Judiciário e, conseqüentemente, os gastos do Poder Público. Atua em diversos temas, tais como direitos possessórios, responsabilidade civil, créditos, tributos e questões indígenas, todos no âmbito da Administração Pública Federal.

Importa destacar o pioneirismo da Advocacia Geral da União, que vem colhendo excelentes resultados e acumulando experiências que têm sido generosamente partilhadas com as advocacias públicas dos demais entes federativos.

No Estado do Rio de Janeiro, vale destacar a Câmara de Resolução

13 “Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

de Litígios de Medicamentos (CRLS), fruto da união de diversas entidades públicas, visando à mediação de casos que envolvam a saúde da população fluminense.

A CRLS foi criada em 2012 por meio de convênio, celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro (PGE, Secretaria de Saúde, Defensoria Pública, Tribunal de Justiça, Município do Rio de Janeiro, PGM, Secretaria Municipal de Saúde, União e Defensoria Pública da União).

O seu objetivo primário é o de promover o atendimento das partes assistidas pelas Defensorias Públicas (do Estado e da União) que demandem prestação de serviço de saúde, evitando o ajuizamento de ações e buscando solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico, exame médico, internações ou transferências.

É composta por uma equipe multidisciplinar formada por coordenadores, farmacêuticos, enfermeiros, médicos, nutricionistas, defensores, assessores administrativos, estagiários.

De modo bem genérico, o seu fluxo de atendimento consiste nas seguintes etapas: (i) o cidadão procura a CRLS para atendimento de situações que demandem prestação de serviços de saúde; (ii) é feita uma triagem e análise técnica: o primeiro atendimento é realizado por servidores administrativos, que encaminham a demanda para a equipe de análise técnica das Secretarias de Saúde do Estado e do Município (que verificará a existência de vagas nos hospitais ou mesmo se o medicamento demandado está disponível); (iii) quando não for viável uma solução administrativa, a demanda é encaminhada para as Defensorias do Estado ou da União; (iv) se o caso não for resolvido, a demanda do assistido é judicializada.

Um olhar mais apurado permite compreender que não se trata propriamente de mediação, mas de uma atuação coordenada, harmônica e concertada de todos os atores envolvidos, cujo principal propósito é resolver, em sede administrativa, a demanda de saúde do cidadão.

Também no Estado do Rio de Janeiro, outro exemplo é a Câmara Administrativa de Solução de Litígios (CASC), criada pelo Decreto n. 45.590/16, recentemente revogado pelo Decreto n. 46.522/18.

A CASC é a implementação concretizadora do art. 32 da Lei n. 13.140/15 e art. 174 do CPC. Foi concebida a partir de uma atuação conjunta entre a Procuradoria Geral do Estado e a Defensoria Pública. A CASC apresenta os seguintes objetivos: (i) autocomposição intra-administrativa; (ii) autocomposição com os Municípios; (iii) autocomposição com os administrados.

Um caso exitoso da CASC foi o da emissão dos diplomas da Secretaria de Estado de Educação. O Estado não emitia os diplomas dos alunos do terceiro ano do ensino médio. Milhares de ações eram ajuizadas (principalmente pela Defensoria Pública), requerendo a emissão dos diplomas e condenação por dano moral.

Foi criado um protocolo de procedimentos para que os servidores da Secretaria de Estado de Educação pudessem, de forma objetiva, atestar as situações nas quais caberia a emissão do diploma.

Nesses casos, certamente, o Estado seria condenado a emitir o diploma, correndo o risco, ainda, de arcar com o pagamento de dano moral. Criou-se um canal direto entre a Defensoria Pública e a Secretaria de Estado de Educação, tendo por base o protocolo de procedimentos previamente acordado. Quase 80% dos casos foram resolvidos administrativamente.

Para além disso, mudou-se a orientação jurídico-administrativa: o Diretor de Escola que não emite o diploma no prazo fixado fica sujeito à punição administrativa. Trata-se de solução preventiva, que evita no nascedouro o surgimento de novas demandas.

No rigor do exame, essas Câmaras nem sempre promoverão apenas mediação. A meu sentir, devem funcionar como centros administrativos que interagem com os órgãos e entes públicos, com proposições de alteração de rotinas e de comportamentos públicos geradores de demandas judiciais.

Podem funcionar, também, como verdadeiros organismos internos de inteligência no combate aos acervos de massa e às demandas repetitivas, tentando compreender, na origem, as causas de ações judiciais que se repetem a partir de posturas equivocadas dos gestores. Para tanto, será indispensável uma postura proativa e não meramente reativa.

Espera-se que, no futuro, possam atuar junto aos Tribunais de Justiça com sistemas avançados de Tecnologia de Informação, de Inteligência Artificial e de mediação *online*.

Muitos são os desafios da mediação e da conciliação na Administração Pública e, numa visão ampliada, de verdadeiros centros administrativos de prevenção de conflitos. Não devem ser encaradas como uma forma secundária de resolução de conflitos, mas compreendidas como um processo de composição de litígios que se subsume a uma racionalidade distinta daquela própria do processo judicial.

É preciso uma mudança de mentalidade, com a atuação de advogados públicos capacitados que tenham, como ponto de partida, a premissa de evitar a litigiosidade excessiva. Nas precisas palavras de Leila CUÉLLAR¹⁴:

Além de formação sólida e contínua, o profissional do Direito, sobretudo aquele que se dedica à advocacia (pública ou privada), tem o dever de ir além, transformando-se em “gestor de conflitos”, em “arquitetos de processos dinâmicos”, responsável não apenas pela solução do caso X ou Y, mas pela busca da prevenção, da melhor solução e da melhor forma de se chegar a tal solução. Deve o advogado buscar a concepção de um sistema eficaz de solução de controvérsias.

Não existem mais respostas prontas, mas os trabalhos são de alfaiataria: a busca contínua pela perfeição, respeitando sempre as particularidades – e as medidas – de cada cliente, em cada caso. Todos os conflitos, reais ou potenciais, exigem estudo minucioso de suas premissas normativas, em harmonia com as exatas perspectivas do cliente. As soluções não são estáticas, nem automáticas, mas demandam criatividade.

Nesse sentido, essas Câmaras devem ser encaradas como estratégicas e prioritárias pelas advocacias públicas e pelos entes federados, principalmente nas demandas de massa, assumindo o advogado público

14 CUÉLLAR, Leila. *O advogado como arquiteto de processos*. In: CUÉLLAR, Leila et al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 20.

a função, como acima referido, de verdadeiro “gestor de conflitos” ou de “arquitetos de processos dinâmicos”.

Enfim, as Câmaras de Mediação e Conciliação podem ser um importante instrumento de gestão administrativa, sendo o primeiro passo de uma reestruturação de maior amplitude dos órgãos e entidades das distintas Administrações Públicas, que confirmam maior eficiência na atuação e no atendimento das demandas dos administrados.

4 A ADVOCACIA PÚBLICA DO SÉCULO XXI: DESAFIOS E PERSPECTIVAS¹⁵

No contexto ora apresentado, é imperioso que o modelo da atuação da Advocacia Pública considere os novos paradigmas e os renovados desafios na sua atuação e estruturação, alinhados com as demandas que decorrem de realidades cada vez mais globais, plurais e complexas.

A função de representação judicial é um dos pilares que sustentam a atuação das advocacias públicas, mas nela não se esgota. A Advocacia Pública compreende um conjunto de outras atribuições, que se alinham para o atendimento dos interesses públicos primários, tais como, destacadamente, a correta estruturação das políticas públicas, conformando o interesse público em modelos dotados de juridicidade, a atuação na prevenção dos conflitos, a consultoria jurídica (com a orientação de como fazer, o que não fazer e descrevendo cenários de riscos para cada situação) e o controle interno da legalidade (dotado de razoabilidade e com respeito às escolhas dos agentes democraticamente eleitos).

15 As reflexões constantes desse item foram desenvolvidas em conjunto com Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Aline Paola C.B.C de Almeida. Para maior aprofundamento ver: *O futuro da Advocacia Pública: a ação preventiva e proativa*. In: *Direito do Estado em Debate*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, v. 1, pp. 11-36, 2016.

É preciso conferir a essas relevantíssimas funções o mesmo peso, esforço e dedicação que hoje são destinados à atuação das Advocacias Públicas na atividade contenciosa e na defesa em juízo dos entes federados.

A atuação proativa do Advogado Público pode e deve preceder à eclosão das demandas judiciais, empregando outros meios, mas igualmente dirigidos ao cumprimento da dupla missão: de zelar pelo erário e pela ética.

Esses meios, que são, genericamente, os preventivos de litígios judiciais, tanto podem preceder ao ajuizamento de ações quanto ter lugar, incidentalmente, em ações já iniciadas. Tais meios, no setor público, exigem formalização funcional, que no caso das modalidades de advocacia, portanto, incluída a pública, têm nível constitucional, indispensável para assegurar a sua independência em face de todas as demais funções estatais constitucionalizadas.

Várias medidas e providências práticas podem ser adotadas pelos órgãos responsáveis pela Advocacia Pública, com vistas a instituir uma atividade de advocacia preventiva e que não seja meramente reativa aos litígios que são levados ao Poder Judiciário.

Convém, a esta altura, em caráter exemplificativo, cogitar quais instrumentos podem contribuir para o desempenho do poder-dever dos Advogados de Estado nessa dupla missão que lhes toca de evitar danos ao erário público e violações à ética pública.

Não raro, a representação judicial dos interesses estatais em juízo se esgota na apresentação da sua defesa perante o Poder Judiciário.

Mas o fato é que as condutas administrativas que são noticiadas para a Advocacia Pública por meio dos litígios judiciais não podem ser ignoradas. Em outros termos: caberá sempre uma avaliação técnica acerca da sua juridicidade para a correção de eventuais erros ou omissões.

É dever ético do advogado público, diante de uma ação ou omissão estatal desconforme com o Direito, oficiar o administrador/gestor no exercício do controle interno da legalidade para que aquela postura não seja reproduzida.

Luciane Moessa de SOUZA¹⁶ pondera que “os fatos que chegam ao conhecimento do advogado público por meio de um litígio judicial não poderão ser por este ignorados para fins de atividade de consultoria jurídica, mas sim, nela utilizados”.

Eventual postura passiva da Advocacia Pública, que se limite a promover a defesa dos entes públicos em juízo, sem a devida orientação acerca da necessária correção de rumos, não se põe em linha de coerência com uma atuação eficaz e que cumpra a sua missão institucional de defender eficientemente o interesse público.

As ações judiciais devem ser o maior laboratório para o exercício de uma advocacia preventiva. Imagine-se, por exemplo, uma cláusula ilegal que conste em edital de concurso público. O potencial de demandas futuras é enorme, devendo a Advocacia Pública alertar os gestores sobre o risco na sua reprodução em outros editais.

Esse risco não se reduz apenas à adveniência de mais litígios, mas se estende à elevada probabilidade de não se alcançar o êxito esperado, além do custo na movimentação da máquina administrativa e judiciária.

A atuação pode e deve ser de ofício, sem necessidade de provocação ou, mesmo, de formulação de consulta específica. Obedecidos aos trâmites hierárquicos e procedimentos internos de cada órgão jurídico, a função da instituição envolve alertar o gestor para os erros cometidos nas suas condutas ativa ou passiva.

O gestor não poderá ser compelido a adotar a orientação fixada pelo órgão jurídico, mas, entretanto, assume as responsabilidades decorrentes

16 SOUZA, Luciane Moessa de. *Consultoria jurídica no exercício da Advocacia Pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia do Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 182.

da sua decisão. Existem aspectos políticos, administrativos, operacionais e, principalmente, financeiros, que são sopesados pelo agente público no momento da tomada da decisão. Mas o dado concreto é que o agente público precisa saber os riscos e as consequências da manutenção da sua decisão administrativa. O que não pode ocorrer é o agente público ignorar que aquela conduta, ação ou mesmo omissão é ilegal por não ter sido alertado pelo órgão jurídico.

Além de officiar formalmente o gestor, a Advocacia Pública pode e deve atuar – nos limites da sua competência – na construção jurídica de soluções administrativas que não agridam a ordem jurídica e o direito dos administrados.

Importante anotar que as situações que decorrem do conhecimento de condutas identificadas em ações judiciais são, evidentemente, as mais diversas, não se podendo cogitar de inconsequentes generalizações, sem o conhecimento do substrato fático de cada hipótese.

É preciso aperfeiçoar os mecanismos e instrumentos institucionais eficientes para criar uma saudável retroalimentação em relação à atuação no contencioso judicial e a necessária correção das condutas e ações administrativas.

Essa ainda não é uma cultura totalmente entronizada nas advocacias públicas, que se têm demonstrado eficientemente combativas e atuantes perante o Judiciário, mas excessivamente complacentes com eventuais correções de rumo das condutas e ações dos administradores públicos.

Todavia, esse quadro está sendo alterado, o que se percebe em função do consenso que tem naturalmente se formado na comunidade jurídica e, principalmente, no seio da própria Advocacia Pública. Atuar preventivamente e espontaneamente, a partir da identificação de condutas ilegais nos processos judiciais, é, a um só tempo, concretizar o atendimento aos princípios da juridicidade, eficiência e economicidade.

Um bom exemplo de uma lei-quadro sobre o tema da consensualidade é a recente Lei n. 17.324, de 18.03.20, do Município de São Paulo, que instituiu a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta, com os seguintes objetivos, a teor do

seu artigo 1º: (i) reduzir a litigiosidade; (ii) estimular a solução adequada de controvérsias; (iii) promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; (iv) aprimorar o gerenciamento do volume de demandas administrativas e judiciais.

A Política de Desjudicialização será coordenada pela Procuradoria Geral do Município, cabendo-lhe, dentre outras ações, conforme prevê o artigo 2º: (i) dirimir, por meios autocompositivos, os conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública Municipal Direta e Indireta; (ii) avaliar a admissibilidade de pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e a Administração Pública Municipal Direta e Indireta; (iii) requisitar, aos órgãos e entidades da Administração Pública Municipal, informações para subsidiar sua atuação; (iv) promover o arbitramento das controvérsias não solucionadas por meios autocompositivos, na hipótese do inciso I; (v) promover, no âmbito de sua competência e quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos submetidos a meios autocompositivos; (vi) fomentar a solução adequada de conflitos, no âmbito de seus órgãos de execução; (vii) propor, em regulamento, a organização e a uniformização dos procedimentos e parâmetros para a celebração de acordos envolvendo a Administração Direta; (viii) disseminar a prática da negociação; (ix) coordenar as negociações realizadas por seus órgãos de execução; (x) identificar e fomentar práticas que auxiliem na prevenção da litigiosidade; (xi) identificar matérias elegíveis à solução consensual de controvérsias.

Trata-se de uma legislação contemporânea e atualizada, que prepara a Advocacia Pública para os desafios complexos que se colocam hodiernamente, disciplinando os instrumentos viabilizadores da consensualidade, tais como os acordos, a mediação, a arbitragem, as transações tributárias, a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, ocupando-se, ainda, do gerenciamento do volume de processos administrativos e judiciais, fomentando que a Administração Pública Municipal Direta e Indireta programem mutirões de conciliação para a redução do estoque de processos administrativos e judiciais.

5 BREVES CONCLUSÕES

As conclusões serão realmente breves e bastante objetivas.

Tenho a firme convicção de que o advogado do futuro é aquele que previne os conflitos e não aquele que os estimula.

Tenho a firme convicção de que os métodos alternativos de resolução de conflitos entraram de forma definitiva na pauta da Advocacia Pública e que o interesse público poderá ser melhor atendido, em determinadas circunstâncias, por meio da mediação e da negociação.

Tenho a firme convicção de que as advocacias públicas devem estruturar centros de inteligência aptos a funcionar como mecanismos preventivos de litígios e imbuídos da cultura da mediação e da busca do consenso.

Tenho a firme convicção de que o processo administrativo precisa ocupar o papel de centralidade na solução dos litígios envolvendo os entes públicos e que as partes devem ter a percepção da sua autonomia para resolver os conflitos, recorrendo ao Judiciário apenas naqueles casos em que a solução administrativa seja realmente inviável.

Tenho a firme convicção de que determinados litígios – complexos e intrincados – envolvendo os entes públicos poderão ser endereçados de forma mais adequada pela via arbitral, sendo imperioso que as Advocacias Públicas se preparem para essa nova realidade. A arbitragem pode ser um instrumento de incremento da segurança jurídica nas relações jurídicas de natureza pública, atraindo novos investimentos para o país.

Tenho a firme convicção de que o gerenciamento de ações judiciais e demandas repetitivas não deve se limitar ao exercício da função de representação judicial, sendo dever do advogado público assumir uma postura proativa e preventiva de interagir com o gestor público e modificar os comportamentos públicos que, despidos de razão jurídica ou mesmo econômica, promovem uma enxurrada de ações judiciais repetitivas.

Tenho a firme convicção de que os advogados públicos devem se preparar para novas realidades, como a utilização da inteligência artificial na

gestão dos processos judiciais, otimizando as suas funções e racionalizando a sua atuação em prol da eficiência.

Tenho a firme convicção de que a Advocacia Pública, entre todas as funções essenciais à justiça, é aquela que tem maior potencial de crescimento, seja na estruturação das políticas públicas, seja no combate à corrupção e no controle interno da legalidade.

Tenho a firme convicção de que a consensualidade no Direito Administrativo não é mais uma cogitação doutrinária ou dogmática, mas uma realidade que se apresenta em várias dimensões no cotidiano da Administração Pública brasileira.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. II.

CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 1994.

CUÉLLAR, Leila. O advogado como arquiteto de processos. In: CUÉLLAR, Leila et Al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. In: *Cadernos de Direito e Cidadania II* (IEDC). São Paulo: Artchip, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento I. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v. I.

GARCIA, Flavio Amaral; NETO MOREIRA, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C.B.C de. O futuro da Advocacia Pública: a ação preventiva e proativa. In: *Direito do Estado em Debate*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, v. 1, pp. 11-36, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

NIGRO, Mario. Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza. In: ALLEGRETTI, Umberto; ORSO BATTAGLINI, Andrea; SORACE, Domenico. *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*. Rimini: Maggioli, 1987.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia do Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

A autorização legal para realização de acordos pela Administração Pública e a sua aplicação no âmbito das câmaras administrativas

Legal Authorization for agreements by the Government and its application in the framework of Administrative Chambers

José Sérgio da Silva Cristóvam¹

Elisa Berton Eidt²

1 Professor Adjunto de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado e Doutorado do PPGD/UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto à Universidade de Lisboa, Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC). Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB Nacional. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SC. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC).

2 Doutoranda em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) (2019). Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul (2016-2019). Professora convidada da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS. Autora do livro *Autocomposição na Administração Pública* (Essere nel mondo, 2017). Integrante do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC).

RESUMO: O estudo visa examinar o instituto do acordo administrativo como atividade a ser desempenhada pela advocacia pública, com ênfase nos resultados que podem ser entregues por meio das câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos. A partir da análise de diplomas normativos que autorizam a utilização, pela Administração Pública, de métodos alternativos ao da sentença judicial para a solução de seus conflitos, busca-se demonstrar a competência concedida pelo legislador para que a Administração incorpore tais métodos na sua atuação. A concepção do interesse público a partir de um procedimento participativo serve de base para ilustrar a funcionalidade das câmaras administrativas e o papel do advogado público neste espaço institucional, com a conclusão de sua ampla contribuição para o aprimoramento da consensualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; consensualidade; interesse público; normas legais; câmaras administrativas.

ABSTRACT: The study aims to examine the introduction of the administrative agreement as an activity to be performed by public advocacy, with an emphasis on the results that can be delivered through the chambers of prevention and administrative resolution of conflicts. Based on the analysis of normative diplomas that authorize the use, by the public sector, of alternative methods to the judicial sentence for the solution of its conflicts, this article seeks to demonstrate the competence granted by the legislator so that the State incorporates such methods as a state action. The conception of the public interest based on a participatory procedure serves as a basis to illustrate the functionality of the administrative chambers and the role of the State Attorney in this institutional space, with the conclusion of his broad contribution to the improvement of consensus.

KEYWORDS: Public Sector; agreement; public interest; legislation; administrative chambers.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A inserção dos métodos alternativos³ de resolução de conflitos no Brasil sustenta-se em pilares normativos editados ao longo dos últimos quinze anos. Do ponto de vista normativo, importa ao tema recuperar a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que introduz a conciliação e a mediação como política judiciária em nível nacional. Em seguida, a Lei n. 13.105/2015, que trata do novo Código de Processo Civil (CPC), e a Lei n. 13.140/2015 (aqui será tratada como Lei da Mediação), que trata da mediação entre particulares e da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Há, ainda, a Lei n. 9.307/96, que regula o procedimento de arbitragem, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2001 e cujo procedimento foi aperfeiçoado por meio da Lei n. 13.129/2015.

Este tardio incentivo legislativo para “novas” formas de acesso à justiça⁴ vem sendo assimilado tanto pela sociedade quanto pelos órgãos públicos, além de todos os profissionais que lidam com o sistema de justiça. O presente trabalho pretende focar na utilização da autocomposição

3 Por métodos alternativos entende-se a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem. O termo “alternativo” deve aqui ser compreendido para além da concepção de desafogar o Judiciário (SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí, RS: Unijuí, 2010, p. 313), configurando-se como alternativas à sociedade, que tem à sua disposição diferentes técnicas de solução (entre elas, o Judiciário), a depender do tipo de conflito (SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos*: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 40).

4 Sobre uma abordagem crítica à utilização do marco teórico de acesso à justiça no Brasil tendo como base o projeto Florença, realizado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth no final de década de 70 e que não incluiu dados do país, ver: GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araújo. *Acesso à justiça no brasil*: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 3, pp. 152-181, 2019.

pelos órgãos públicos, com enfoque no que disposto no art. 32 da Lei da Mediação, da mesma forma que no art. 174 do CPC.⁵

Por meio da análise da legislação posta e da produção bibliográfica sobre o assunto, busca-se identificar os pontos comuns colocados pelo legislador no que diz respeito à adoção de métodos consensuais pelo Poder Público em geral. Partindo-se do pressuposto de que não há uma regra única e geral para a Administração utilizar-se destes métodos, a análise tem como finalidade apresentar um panorama mais geral acerca da maneira como o legislador vem tratando do assunto.

Por certo, uma melhor compreensão quanto aos parâmetros concedidos pela lei para a realização de acordos administrativos tende à difusão da sua adoção como modo legítimo e talvez até prioritário para a prevenção e solução de litígios em que se vê envolvido o Poder Público. O método utilizado será o hipotético-dedutivo, desde já destacando-se que não há um sistema de dados consolidado que demonstre, de forma quantitativa e qualitativa, a utilização da autocomposição pelos entes públicos⁶, sobretudo de forma extrajudicial.

5 Ambos trazem a possibilidade de criação de câmaras administrativas de resolução de conflitos pelos entes públicos, as quais serão objeto de análise mais detalhada no item 2 do presente artigo.

6 O *Relatório Justiça em Números 2019* inclui uma análise quantitativa das conciliações realizadas no âmbito do Poder Judiciário, com demonstração por tribunal e por fase do processo judicial, sem classificação das partes envolvidas nos acordos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

2 NORMAS LEGAIS QUE AUTORIZAM AO PODER PÚBLICO A REALIZAÇÃO DE ACORDOS E A QUESTÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Conforme define Odete MEDAUAR, a competência no Direito Administrativo relaciona-se como “a aptidão legal conferida a um órgão ou autoridade públicos para realizar determinadas atividades”.⁷ No âmbito do direito público, portanto, a realização da atividade administrativa somente ocorre mediante prévia designação legal da competência, do contrário, o ato não terá validade.

A atribuição legal de competência a órgão ou autoridade administrativa pode ocorrer de maneira mais vinculada aos comandos expostos na lei ou, então, por meio da concessão de faculdade à autoridade para escolher entre várias soluções possíveis. Nas atividades vinculadas, só há um único possível comportamento à Administração, enquanto a liberdade de avaliação quanto ao ato a ser praticado caracteriza-se como atuação administrativa discricionária⁸, tudo a depender do que exposto no comando legal.

Neste sentido, explica Alexandre Santos de ARAGÃO que a discricionariedade da atuação administrativa é percebida com maior ênfase quando a lei utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados para a

7 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

8 Na ponderação de Celso Antônio Bandeira de Mello, não haveria atuação totalmente discricionária por parte da Administração, pois seus atos não prescindem da vinculação quanto à competência e quanto à finalidade, esta última sempre obrigatoriamente relacionada à realização de um interesse público. A liberdade estaria, portanto, “na utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 42.

atribuição da competência. Quando isso ocorre, o legislador abre a possibilidade para o exercício do juízo de conveniência e oportunidade por parte do agente público, o qual servirá para definir o mérito da atividade administrativa, por meio da escolha das opções disponíveis.⁹

A justificativa para a concessão desta margem de liberdade para o administrador público realizar suas escolhas reside, precipuamente, na incapacidade de a legislação prever todas as situações possíveis a serem enfrentadas pela Administração. A complexidade das relações estabelecidas pelo poder público e a velocidade com que novas demandas lhe são apresentadas fazem com que a flexibilidade de atuação configure-se como essencial para uma boa gestão.

Ainda no que diz respeito à atuação discricionária, necessário pontuar que esta margem de opções para que a Administração eleja as melhores soluções para determinado caso concreto não prescinde de uma adequada motivação da via eleita. Quer dizer, devem ser expostas as razões por que se adotou um caminho e não outro, além da consideração dos interesses envolvidos na situação, de modo que se compreenda eventuais preterições.

Feita esta introdução, cumpre analisar de que forma o legislador vem concedendo competência à Administração para a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos, se de maneira mais vinculada ou discricionária e, também, qual o órgão ou sujeito autorizado para a sua utilização.

Inicialmente, abordam-se os dispositivos constantes na Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação), que trata da autocomposição pelas pessoas jurídicas de direito público e da criação das câmaras administrativas, cuja funcionalidade será melhor detalhada mais adiante neste artigo. Por ora, destacam-se as competências que foram concedidas a estas câmaras, por meio do art. 32 da referida lei.

9 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 160-162.

Nos incisos I a III, a competência das câmaras administrativas para realizar a autocomposição é expressa para as seguintes situações: a) para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública; b) para avaliar a admissibilidade de pedidos de composição quando se trata de controvérsia envolvendo o particular; e c) para promover a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Em seguida, a Lei da Mediação acrescenta casos específicos em que a autocomposição poderá ser utilizada, por meio da câmara administrativa ou por meio dos procedimentos comuns da mediação, caso tais órgãos não tenham ainda sido criados: para tratar do equilíbrio-econômico financeiro dos contratos (art. 32, § 5º), para a instauração de mediação coletiva para tratar de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos (art. 33, parágrafo único) e, por fim, concede abertura para tratar de conciliação em matéria tributária, pois faz remissão ao Código Tributário Nacional para tratar da suspensão de prescrição por procedimento administrativo de resolução consensual (art. 34, § 2º).

O rol de caráter exemplificativo das situações acima colocadas é evidenciado por meio do § 2º do art. 32, que dispõe sobre a competência dos entes federados para a regulamentação dos casos em que entende cabível a adoção da autocomposição. Trata-se a Lei da Mediação, portanto, de uma norma aberta e habilitante para adoção da autocomposição em conflitos a serem especificados em regulamento, além daquelas situações já expressamente previstas na lei.

Como toda norma aberta, seu conteúdo deve ser preenchido por meio de regulamentação e posterior implementação de seus comandos. O legislador optou, dessa forma, em conferir competência aberta para a realização da autocomposição – ao encargo das advocacias públicas dos entes federados, onde houver –, com a descrição das atividades que podem ser desempenhadas pelas câmaras administrativas (art. 32, I a III). As hipóteses de utilização da autocomposição estão expostas de maneira exemplificativa, atribuindo-se aos entes federados a competência para a sua previsão de maneira específica.

Com efeito, uma nova hipótese de utilização das câmaras administrativas veio prevista na Lei n. 13.867/2019, ao possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública. Se optado pela mediação, conforme dispõe o art. 10-B, § 2º da lei, o procedimento poderá ocorrer nestas câmaras.

A competência aberta e com margem de discricionariedade da Administração para a realização de acordo também pode ser verificada na redação do art. 26 da Lei n. 13.655/2018, que introduz alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Conforme consta no referido artigo, uma vez cumpridos os requisitos constantes em seu § 1º, a autoridade administrativa está genericamente¹⁰ autorizada a celebrar compromissos com os particulares, como forma de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.¹¹

10 Sobre o ponto, a explicação dada por Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra, em artigo que trata especificamente do dispositivo legal mencionado: “A Lei nº 13.655/2018 consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independente de lei ou regulamento específico, celebre compromissos. Também confere importantes diretrizes para uma prática consensual com negociação mais pública e paritária, visando ao efetivo atendimento de interesses gerais”. GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo, Edição Especial – LINDB, pp. 135-169, nov. 2018, p. 139.

11 Em outra oportunidade, já se ponderou que o art. 26 da LINDB, ainda que se trate de norma genérica e aberta, não necessariamente abrange todas as situações de conflito em que se vê envolvida a Administração Pública. No texto do dispositivo legal em questão, a relação colocada é de “autoridade administrativa” e “interessado”, sendo exemplificado por meio de “expedição de licença”. Trabalha-se, dessa forma, com o modelo de relação jurídico-administrativa em que há poder sancionatório do Estado, dando a possibilidade de substituição de prerrogativas públicas, no caso o poder de sanção, por um ajuste que melhor atenda aos interesses gerais. EIDT, Elisa Berton. *A mediação no contexto da Advocacia Pública: o que já é consenso e o que está para construir*. In: ALMEIDA NETO, Osvaldo

Mais recentemente, houve autorização legal para que a União, suas autarquias e fundações realizem transação resolutiva de litígio referente a créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária (art. 1º da Lei n. 13.998/20). Destaca-se, aqui, que a abertura do legislador para que tais transações ocorram fica subordinada ao juízo de oportunidade e conveniência da União, sendo que a celebração deverá, motivadamente, atender ao interesse público (art. 1º, § 2º).

Por fim, ainda sobre o rol exemplificativo de diplomas normativos que tratam de autorização para que a Administração celebre acordos, há o Decreto Federal n. 10.201/2020, que estabelece novos valores de alçada para a autorização de acordos ou transações a serem celebrados por pessoas jurídicas de direito público federal e empresas públicas federais. O acordo pode servir para prevenir ou terminar litígios, judiciais ou não, e o valor do crédito ou débito envolvido é que definirá qual autoridade tem competência para sua autorização.

Referido decreto regulamenta o § 4º do art. 1º e o art. 2º da Lei n. 9.469/97, que já autorizava a realização de acordos pela União e definia as competências conforme o valor envolvido na transação. A inovação que traz está na ampliação dos valores máximos que a Advocacia-Geral da União pode transacionar, independentemente do aval da autoridade administrativa relacionada com o caso. Como regra geral, cabe ao Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e aos dirigentes das empresas públicas federais, também diretamente ou mediante delegação, a autorização para a realização de acordos. Se os valores envolvidos ultrapassarem o valor de cinquenta milhões, exige-se

(Coord.). Mediação, conciliação e arbitragem na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020, no prelo.

a autorização conjunta com a autoridade competente, inclusive nos casos envolvendo os órgãos especificados no art. 2º, § 2º do Decreto.¹²

Sobre os diplomas até aqui inventariados, com enfoque na competência para a realização de acordos, algumas questões merecem destaque: (i) a *competência legal* vem colocada de forma aberta e discricionária, na forma de normas habilitantes com pouca densidade, a fim de conceder maior liberdade para a opção pela via do acordo (“avaliar a admissibilidade”, “quando couber”, “casos previstos no regulamento”, “a autoridade administrativa poderá”, “poderá celebrar a transação”, “feita a opção pela mediação”); (ii) os *critérios* porventura estabelecidos utilizam-se de conceitos indeterminados, como “razões de relevante interesse geral”, “juízo de oportunidade e conveniência”, “entender que a medida atende ao interesse público”, “para prevenir ou terminar litígios”; e, (iii) a *autoridade competente* varia entre “ente federado”, “advocacia pública”, “autoridade

12 O texto normativo tem a seguinte redação: “Art. 2º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área à qual estiver afeto o assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais, que envolvam, respectivamente, a União e empresa pública federal.

§ 1º A realização de acordos ou transações que envolvam créditos ou débitos com valor igual ou superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto.

§ 2º Na hipótese de interesse dos órgãos do Poder Legislativo ou Judiciário, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União ou da Defensoria Pública da União, a autorização prévia e expressa de acordos e transações, inclusive os judiciais, que envolvam créditos ou débitos com valores iguais ou superiores aos referidos no § 1º será concedida, em conjunto com o Advogado-Geral da União, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou de Conselho, pelo Procurador-Geral da República ou pelo Defensor Público-Geral Federal, no âmbito de suas competências”.

administrativa”, “Advogado-Geral da União”, “União”, “Ministro de Estado” ou outras autoridades.

Na esteira do ensinamento de Odete Medauar¹³ a respeito do “significado operacional” do princípio da legalidade na Administração Pública no Brasil, prevalece a ideia de que ele se realiza quando o legislador concede à Administração a habilitação legal para a adoção de atos e medidas. Afaste-se, portanto, do significado de que a obediência ao princípio da legalidade seria restringir a Administração a fazer somente o que está previsto em lei.

Conforme já afirmado, em um mundo cada vez mais complexo em termos de relações e demandas, há absoluta incapacidade de a lei prever antecipadamente as variadas situações que possam envolver o Poder Público. A exigência de lei prévia autorizando todo e qualquer ato da Administração causaria uma paralisação de suas atividades¹⁴, em evidente descompasso com a rapidez com que as situações ocorrem no dia a dia contemporâneo.

Por meio de uma habilitação legal, fica a Administração autorizada a realizar seus atos e a justificá-los com base no dispositivo legal que concedeu tal permissão, sem perder de vista a obediência aos demais preceitos do ordenamento jurídico. Na explicação de Odete Medauar¹⁵, essa permissão possui gradações:

(A) habilitação legal, por vezes, é somente norma de competência, isto é, norma que atribui poderes para adotar determinadas medidas, ficando a autoridade com certa margem de escolha no tocante à substância da medida; por vezes, a base legal expressa um vínculo estrito do conteúdo do ato ao conteúdo da norma ou às hipóteses ali arroladas.

13 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. Op. cit., p. 150.

14 Ibid, p. 150.

15 Ibid, p. 151.

Sobre a celebração de acordos pela Administração Pública, a opção do legislador foi de conceder essa autonomia de forma mais ampliada, a partir de uma análise do caso concreto e das opções disponíveis para a tentativa de solução. Também é possível afirmar que, muito embora não conste no ordenamento jurídico brasileiro uma autorização única e genérica¹⁶ para a realização de acordos pelo Poder Público, o conjunto normativo mencionado permite concluir por uma autorização ampla, ainda que de modo esparso em mais de um diploma normativo.¹⁷

No caso, há autorização legal para acordos substitutivos de sanções, para resolução de litígios relativos à cobrança de créditos, para realização de acordos e transações envolvendo valores (nestes dois últimos, a previsão é destinada para a Administração federal, somente) e para a criação de espaço institucional, no âmbito das advocacias públicas, para adoção da autocomposição nos casos trazidos pela lei, além de outros a serem definidos por regulamento.¹⁸

16 Em uma análise de direito comparado, é possível encontrar no ordenamento jurídico de alguns países uma permissão genérica à Administração para a realização de acordos. A existência de uma norma autorizativa que habilita previamente o poder público à realização de acordos pode ser verificada em países como Portugal, Espanha, Estados Unidos e Alemanha. Para maior detalhe, conferir: LOUREIRO, Caio de Souza et al. *Análise dos modelos de regulamentação sobre acordos administrativos no Direito comparado*. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord.); BARROS FILHO Wilson Accioli de. (Org.). *Acordos administrativos no Brasil. Teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 473-493.

17 Na classificação exposta por Juliana Bonacorsi de Palma, no modelo de previsão normativa difusa, a consensualidade vem dispersa no ordenamento jurídico, por meio de diversas normas que versam sobre diferentes instrumentos de atuação administrativa consensual. Já o “modelo de previsão normativa por permissivo genérico é marcado pela presença de um permissivo autorizador genérico à Administração Pública para que celebre acordos administrativos, sem prejuízo de normas especiais que disponham mais especificamente sobre a dinâmica da atuação consensual”. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 235.

18 Em reforço à abrangência das situações que são trazidas pelo legislador, utiliza-se do

Em relação às possibilidades para a adoção da via consensual, o legislador aposta na discricionariedade da Administração em optar pela realização dos acordos administrativos, com base em conceitos jurídicos indeterminados.¹⁹ Em suma, presentes razões de interesse público (e para melhor realizá-lo), à autoridade administrativa é dado decidir pela utilização de meios consensuais para solução de seus litígios.

Sobre o interesse público (ou interesse geral), trata-se de conceito que se enquadra na categoria de conceito indeterminado, porém determinável a partir de uma indicação normativa específica ou da sua definição quando do cotejo com a situação concreta. Em geral, a dimensão concreta e definitiva do interesse público não habita as leis em abstrato, e muitas vezes só pode ser atingida a partir da ponderação dos múltiplos interesses e variáveis envolvidos em um determinado contexto e cenário, quando remanesce maior liberalidade à Administração estabelecer os seus contornos mais imediatos e conformá-lo à moldura normativa constitucional e infraconstitucional.²⁰

ensinamento de Onofre Alves Batista Júnior: “A forma de atuação que a Administração Pública tenha de adotar não se encontra constitucionalmente predeterminada, tampouco nosso ordenamento jurídico obriga que a Administração exerça suas potestades de forma imperativa e unilateral. Ao contrário, é marcante o prestígio dado pela CRFB/88 à participação do administrado e às soluções concertadas”. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 488.

19 A definição de conceito indeterminado não é tranquila na doutrina do Direito Administrativo. Para uma exposição mais detalhada, conferir: ALVES RIBEIRO, Carlos Vinicius. *Interesse público*: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; ALVES RIBEIRO, Carlos Vinicius. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 106-111.

20 Sobre a abertura para a definição de interesse público, cumpre ressaltar o seguinte: “Não se deve, pois, buscar o interesse público (singular), mas os interesses públicos consagrados no texto constitucional, que inclusive podem apresentar-se entre si conflitantes (ou com outros interesses privados) na conformação do caso concreto, a exigir necessariamente

De fato, por vezes o interesse público em concreto, cuja prossecução é encomendada em abstrato pelos diplomas normativos, é algo que só pode ser claramente determinado no término de um processo em que a Administração venha a conhecer todos os interesses públicos e privados em jogo e as condicionantes concretas da sua realização, de forma a avançar para uma ponderação integrada das várias soluções que se perfilam para a sua adequada harmonização e realização.²¹

No que diz respeito à discricionariedade da Administração²² para a utilização da via consensual, ela é identificada na facultatividade concedida pelo legislador no momento que faz a previsão destes meios. Quer dizer, em nenhum momento vincula-se a postura do agente público à utilização dos meios consensuais, de modo que estes se apresentam na forma de alternativa para se alcançar soluções mais adequadas, sem prescindir de uma prévia análise quanto a sua aplicação.²³

uma adequada e sofisticada ponderação de valores, ainda que não imune a uma elevada dose de instabilidade e insegurança jurídico-política”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba, Juruá: 2015, pp. 114-117.

21 KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 31-32.

22 Na definição de Alexandre Santos de Aragão, a discricionariedade administrativa consiste na “margem de escolha deixada pela lei ao juízo do administrador público para que, na busca da realização dos objetivos legais, opte, entre as opções juridicamente legítimas, pela medida que, naquela realidade concreta, entender mais conveniente”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 160.

23 Neste sentido, vale ressaltar que a ausência de obrigação para a utilização da mediação, conciliação ou algum outro meio consensual está alinhada a um dos princípios mais essenciais dos denominados métodos alternativos de solução de conflitos, o da voluntariedade. A participação no procedimento somente deve ocorrer quando há aceitação dos envolvidos de que se trata de uma tentativa viável e oportuna para se chegar a um bom termo. Sobre o

Por outro lado, mesmo que discricionária a utilização dos meios consensuais, a sua opção deve vir acompanhada da devida motivação²⁴, por meio da qual será possível averiguar o *iter* percorrido pelo administrador até chegar nessa opção.²⁵ Tudo isso de forma a abrir ao crivo geral os critérios de análise da Administração que apontaram para a solução consensual e, algumas vezes, em celebrar o acordo.

Outro ponto de relevo refere-se aos agentes legalmente indicados como competentes para a utilização da via consensual. Não há aqui propriamente uma uniformidade, pelo que tanto os entes federados, a advocacia pública ou autoridades administrativas são elencadas como aqueles que participarão do procedimento consensual e celebrarão o acordo eventualmente firmado.

Na tentativa de sistematizar a matéria sobre os órgãos ou sujeitos que devem participar dos procedimentos consensuais, cumpre ressaltar os dois cenários em que a consensualidade pode ocorrer: (i) em juízo; e, (ii) na via extrajudicial. A respeito dos procedimentos em juízo, as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e respectivas autarquias e fundações) são representadas, em regra, pelos órgãos de advocacia pública.²⁶

tema, conferir: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, pp. 188-197.

24 Com isso, não se quer dizer que os atos vinculados do Poder Público carecem de motivação. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, nos atos vinculados, em que há aplicação quase automática da lei, basta a exposição da subsunção do fato ao dispositivo legal. Por sua vez, para os atos discricionários, em geral a motivação deve vir mais detalhada. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 112.

25 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182.

26 Sobre a representação da Fazenda Pública em juízo, recorre-se ao ensinamento de Leonardo Carneiro da Cunha: “o advogado público quando atua perante os órgãos do Poder

Dessa forma, não há discussão quanto à atuação da advocacia pública quando se tratar de acordos a serem eventualmente celebrados, pelos entes públicos, no âmbito judicial. Enquanto procedimento judicial, é a advocacia pública quem representa a Administração no ato processual do acordo, conforme dispõem os arts. 131 e 132 da Constituição de 1988.

Já na esfera extrajudicial, pode ocorrer que, além da advocacia pública, faça-se necessária a presença do agente público²⁷ competente para dar andamento aos compromettimentos assumidos no acordo. Isso decorre da lógica do procedimento consensual, que está na busca pela composição dos interesses envolvidos, a partir de uma avaliação da situação conflituosa e da possibilidade de as partes assumirem compromissos.

A presença do agente público, portanto, torna o desenho do acordo compatível com a realidade da Administração, pois permite que informações a respeito da sua disponibilidade financeira, estrutural ou pessoal, por exemplo, possam ser conhecidas por todos e de forma contemporânea ao

Judiciário é a Fazenda Pública *presente* em juízo. Em outras palavras, a Fazenda Pública *se faz presente* em juízo por seus procuradores. Segunda clássica distinção feita por Pontes de Miranda, os advogados públicos *presentam* a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se a *representação*. Com efeito, o órgão torna presente, portanto *presenta* a respectiva pessoa jurídica de cujo organismo faz parte. Esta é a razão pela qual não se haverá de exigir a outorga de mandato pela União e demais entidades de direito público a seus respectivos procuradores”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 7. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Dialética, 2009, p. 20. Oportuno explicar que se fala “em regra” porque há municípios do Brasil que não possuem órgãos de advocacia pública, sendo representados judicialmente, portanto, por meio de escritórios de advocacia contratados.

27 Para os contornos do presente estudo, agentes públicos são as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitariamente, do exercício de alguma função estatal. Compreendem tanto os agentes políticos (Chefes dos Poderes, Ministros, Secretários etc.) quanto os agentes administrativos (servidores públicos em geral), a depender da competência que possuem para efetivamente colaborar com o andamento da solução consensual. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 75-81.

procedimento. De fato, no ambiente extrajudicial não se trabalha com coerção ou imposição de obrigações, mas sim, comprometimentos voluntários que, ao mesmo tempo em que minimizam o conflito, trazem obrigações a serem assumidas pelas partes envolvidas, inclusive pelo Poder Público.

A legislação por vezes menciona o agente público, além da advocacia pública. É o que ocorre na Lei n. 13.655/2017, que fala em celebração de compromisso pela autoridade administrativa após a oitiva do órgão jurídico. O Decreto Federal n. 10.201/2020 estabelece tetos de valores a partir dos quais a autorização do Ministro do Estado ou das autoridades especificadas faz-se necessária para as transações, inclusive na esfera judicial. Por fim, a Lei n. 13.988/2020 delega à própria pessoa jurídica de direito público, no caso a União, a competência para celebrar a transação (art. 1º, § 1º), muito embora se entende que tal dispositivo mereça ser lido em conjunto com a competência trazida pela Lei n. 9.469/97.²⁸

Ainda que a presença do agente público tenha sido aqui suscitada por ocasião dos acordos extrajudiciais, compreende-se que a sua participação, ainda que indireta, não escapa aos acordos em juízo. Por exemplo, em uma política de oferecimento de propostas de acordo judiciais por adesão, que ocorrem com frequência em matérias como de servidores públicos, evidente que sua elaboração contará pelo menos com as considerações prévias das Secretarias da Administração e da Fazenda.

A diferença está que, no processo judicial, utiliza-se da estrutura do Poder Judiciário (física e pessoal), o rito está devidamente previsto no CPC, conta-se com a possibilidade de utilização da coerção pelo juiz e, por fim, eventuais pagamentos de valores pela Administração dar-se-ão por meio das requisições de pequeno valor ou precatórios. Já no ambiente extrajudicial, o formato e os estímulos para a celebração de acordos são

28 Interessante observar que a Lei n. 9.469/1997, ao regulamentar inciso VI, do art. 4º da Lei Complementar n. 73/1993, o faz de forma mais ampla, incluindo a possibilidade de acordos extrajudiciais.

outros, assunto que será melhor abordado a seguir, em especial sobre as possibilidades de acordo a serem celebrados nas câmaras administrativas.

3 O PROCEDIMENTO PARTICIPATIVO NAS CÂMARAS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS

As câmaras administrativas previstas no art. 32 da Lei da Mediação têm definido pelo legislador tanto o seu espaço de atuação, no âmbito das advocacias públicas, quanto a sua competência, de modo exemplificativo.²⁹ A partir de uma concepção mais participativa da realização do interesse público, pretende-se demonstrar algumas maneiras de utilização deste novo espaço, longe de esgotar, é claro, suas possibilidades.

Como primeiro ponto, cumpre-se destacar que há um *iter* procedimental até se chegar à celebração do acordo extrajudicial. Acerca desta procedimentalização, defende-se a necessidade de haver um procedimento mínimo e previamente regulamentado para a tentativa de solução consensual, seja entre órgãos públicos e, sobretudo, quando a controvérsia envolver o particular. É o que Onofre Alves BATISTA JÚNIOR denomina de “flexibilização responsável”³⁰, de forma que a fluidez e a maleabilidade necessárias à construção de consenso não dispensem uma formalidade mínima no procedimento.

É claro que o procedimento aqui referido não coloca o particular na mera posição de destinatário da decisão a ser tomada pelo Poder Público.

29 Sobre o procedimento da mediação envolvendo os entes públicos, ver: EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na Administração Pública*. Santa Cruz do Sul, RS: Essere nel mondo, 2017. pp. 107-161. Disponível em: <<http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-autocomposiCAo-na-administraCAo-pUBlica-ebook100.php>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

30 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. Op. cit., p. 188.

Pelo contrário, deve ser sujeito ativamente participante da formação da decisão que resolverá o conflito. Desta lógica que advém a legitimidade do *procedimento consensual*³¹, em que o diálogo e a consideração das posições de todos os envolvidos permitirão uma decisão razoável e de mais fácil implementação, se comparada a uma decisão heterocompositiva.

A toda evidência, o respeito ao devido processo legal deve estar presente em qualquer regulamentação que trate dos métodos autocompositivos pelo Poder Público. Portanto, deve haver a previsão, dentre outros: a) da admissibilidade do caso para tentativa de autocomposição³²; b) de oportunidade de participação das partes interessadas; c) do esclarecimento em relação às funções que são desempenhadas pelos participantes por parte do Poder Público (agentes públicos e suas respectivas funções, mediador, assessoria jurídica etc.); d) de transparência dos atos administrativos

31 A existência de um processo administrativo está inclusive prevista de modo expreso na Lei n. 13.140/2015, em seu art. 34: “A instauração de **procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública** suspende a prescrição” (grifo nosso).

32 De acordo com o que estabelece o art. 32 da Lei n. 13.140/2015, o juízo de admissibilidade deverá ocorrer quando se tratar de conflito da Administração com o particular (inciso II). Nessa etapa, leva-se em conta a viabilidade jurídica da solução consensual, a possibilidade (econômica e estrutural) de o ente público cumprir com sua obrigação pela via extrajudicial, dentre outros. Nota-se que o legislador não definiu este procedimento quando se trata de conflitos entre órgãos e entidades da Administração (inciso I), do que se pode deduzir como algo obrigatório a tentativa de conciliação. No âmbito da Advocacia-Geral da União, inclusive, a obrigação de solução extrajudicial para estes casos vem expressa no art. 36 da mesma lei. Por fim, a previsão constante no inciso III, acerca da celebração do termo de ajustamento de conduta, parte de uma relação hierárquica entre Poder Público e particular, dispensando-se a etapa do juízo de admissibilidade para a sua realização.

praticados ao longo do procedimento; e) de publicidade³³ à decisão final, com a devida motivação.

Este processo dialógico e participativo é que tornará a atividade das câmaras administrativas algo diverso do que ocorre nos processos judiciais e, até mesmo, nos procedimentos administrativos em geral, que muitas vezes asseguram aos particulares em geral somente uma posição formal de participação, mas não substancial. No ensinamento de Odete Medauar³⁴:

Mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo realiza-se a aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a ideia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público.

Quando se parte da perspectiva de que, em muitas situações, a preservação do interesse público não pode ser feita em abstrato e previamente ao enfrentamento de determinada situação concreta³⁵, a formalização de um procedimento justo e participativo ganha especial relevância, pois será ele o instrumento de legitimação da solução consensual. O interesse

33 Sobre eventual dicotomia entre publicidade dos atos administrativos e confidencialidade dos procedimentos mediativos, ver: LINN HECK, Tatiana; BOMBINO Luciana Marques. *Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: Incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na Administração Pública*. Revista da ESDM, Porto Alegre, Seção Temática – Autocomposição, pp. 125-143, 2019.

34 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. Op. cit., p. 201.

35 Com efeito, a efetiva defesa do interesse público surge a partir da construção de consensos dialógicos, com respeito à diversidade de valores, ideias e interesses, afastando-se, dessa forma, da imposição autoritária de obrigações de fazer ou deveres de abstenções. Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Op. cit., p. 312.

público, portanto, realiza-se plenamente na conciliação de interesses³⁶, de forma ponderada e com redução de sacrifícios, prática consensual que não prescinde de estar formalizada dentro de um procedimento administrativo.

Neste sentido, muito mais importante que o conhecimento de técnicas negociais e conciliativas, o advogado público que atuar nestes espaços deve se preocupar com o desenvolvimento de um “procedimento administrativo para resolução consensual” (art. 34 da Lei de Mediação) com etapas bem definidas – instauração, realização de reuniões, produção de provas, manifestação formal dos envolvidos e decisão final motivada e fundamentada – e com a devida transparência de seus atos.

Esse é o motor que dará sustentabilidade ao acordo eventualmente firmado, tanto perante órgãos de controle da Administração quanto junto ao Poder Judiciário, no caso de algum pedido de revisão da decisão adotada. Claro que, por meio das técnicas de mediação e de negociação, podem o advogado público³⁷ e demais agentes públicos envolvidos adotar posturas

36 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. Op. cit., p. 163.

37 A atuação do advogado público na condição de facilitador do diálogo, como mediador ou conciliador, pode gerar alguns questionamentos em relação a sua imparcialidade na condução do procedimento consensual, sobretudo quando do outro lado do conflito está algum sujeito privado. A imparcialidade, de fato, constitui-se em premissa fundamental na atuação do mediador e para o advogado público esta regra não pode ser diferente, e muito menos ponderada. O que se acredita é que, uma vez optando o regulamento da câmara administrativa pela atuação do advogado público como mediador, deverá ele observar esta condição *sine qua non*, sob pena de todo o procedimento perder a sua credibilidade. Sobre a suspeita de que servidor público não pode atuar como mediador em casos envolvendo ente público, LAWRENCE SUSSKIND e CONNIE OZAWA ponderam que se trata de problema muito mais teórico que prático, pois uma vez percebido por uma das partes que há parcialidade do mediador, não há mais interesse no procedimento. Obtém-se a confiança por meio da atuação e do profissionalismo do mediador, na mesma lógica do que ocorre nas mediações privadas, portanto. SUSSKIND, Lawrence; OZAWA, Connie. *Mediated negotiation in the public sector: The planner as mediator*. *Journal of Planning Education and Research*, v. 4, n. 1, pp. 5-15, 1984.

que melhor favoreçam a ponderação de interesses e a efetiva participação de particulares no processo de tomada de decisão.

No entanto, o que restará formalizado são as etapas e as manifestações ocorridas dentro do procedimento administrativo, e a sua adequada instrumentalização é que possibilitará a legitimação da consensualidade dentro da Administração. Trata-se de condição inegociável quando se fala em autocomposição pelo Poder Público, embora a consensualidade possa remeter a uma ideia de informalidade e de flexibilidade de regras.

No que diz respeito aos tipos de conflitos que podem ser admitidos para tratamento autocompositivo nas câmaras administrativas, além daqueles já elencados na lei³⁸, essa matéria deve habitar os regulamentos de cada ente federado. Esta norma aberta e habilitante para a admissão de conflitos variados vai ao encontro da ideia de preservação do interesse público, a depender das variáveis do caso concreto.

Com efeito, a partir de uma análise das posições das partes envolvidas, dos fundamentos jurídicos que as embasam, dos valores econômicos em discussão, da comparação com o rito do processo judicial e com a possível solução judicial, é possível desenhar uma metodologia de solução consensual para o conflito. A câmara administrativa, por meio da advocacia pública, pode lançar mão de técnicas de negociação e de mediação³⁹ para se alcançar uma decisão consensual, tudo dentro de um procedimento administrativo participativo, devidamente formalizado e fundamentado.⁴⁰

38 Como exposto, os conflitos relativos a equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, à prestação de serviços públicos e à matéria tributária já estão previstos na Lei n. 13.140/2015.

39 De arbitramento também, no caso de conflitos entre órgãos públicos, nos termos do que já previsto no art. 36 da Lei de Mediação.

40 Sobre uma “produção procedimentalizada da decisão”, Marçal Justen Filho defende o imprescindível dever de justificativa da Administração: “A justificativa – que condiciona a validade da decisão adotada – compreende a avaliação realizada pela autoridade em vista

Ainda que após este arranjo procedimental a solução consensual não reste formalizada, é possível vislumbrar os seus ganhos secundários, pela aproximação das partes envolvidas, melhor compreensão das posições defendidas por cada um e, até, melhor aceitação da decisão que vier a ser adotada unilateralmente, seja pela Administração, seja pelo Poder Judiciário na via do processo judicial.⁴¹

Por outro lado, como sugerem Leila CUÉLLAR e Egon Bockmann MOREIRA, a delimitação inicial de matérias a serem apreciadas pelas câmaras

das diversas circunstâncias, que envolve a observância de um procedimento. A legitimidade jurídica e política da decisão depende da observância desse procedimento e da consistência das justificativas invocadas”. JUSTEN FILHO, Marçal. *A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública*. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord.); BARROS FILHO Wilson Accioli de. (Org.). *Acordos administrativos no Brasil. Teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 57-58.

41 De acordo com Juliana Bonarcorsi de Palma, a participação administrativa possui intrínseco relacionamento com a consensualidade, uma vez que se opõe ao ato administrativo unilateral, o qual, eventualmente, pode assumir um caráter autoritário. Trata-se da “possibilidade de o administrado construir em conjunto com a Administração o ato final cujo conteúdo lhe afeta imediatamente”, podendo esta participação e a sua contribuição para o ato final variarem conforme o caso. PALMA, Juliana Bonarcorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. Op. cit., pp. 129-137. Neste ponto, a classificação trazida por Mark Bobela-Mota Kirkby contribui para elucidar as possibilidades de participação do particular: a) acordos prévios à própria tramitação do procedimento, com determinação total ou parcial do ato administrativo a ser praticado no futuro; b) acordos endoprocedimentais, celebrados no curso de um procedimento administrativo, em que pode haver a definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo discricionário do ato administrativo final do procedimento ou, então, o acordo somente dirá respeito a questões controvertidas que possam surgir no decorrer do procedimento, sem direta influência no seu ato final; c) acordos substitutivos de atos administrativos, em que um ato unilateral é substituído pela solução consensual e, por fim, d) acordos integrativos de atos administrativos, que se referem a algum aspecto da relação jurídica estabelecida entre Administração e particular, nascida a partir de um ato administrativo e que, portanto, este último complementam. KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*. Op. cit., pp. 279-285.

administrativas pode permitir maior funcionalidade no desenvolvimento da atividade consensual, como forma de se obter paulatinamente o *know-how* para este tipo de atuação.⁴² De fato, a introdução de um procedimento administrativo mais dialógico e participativo, com uma análise mais ampla do conflito que escapa do binômio ganha-perde, não pode ocorrer às pressas e sem respeitar um período de adaptação, sob pena de incorrer em ineficiência e resultados indesejados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção da consensualidade para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, sobretudo de forma extrajudicial, vem ocorrendo de maneira gradual e relativamente recente. O presente estudo buscou analisar de que forma o legislador vem inserindo esta possibilidade de atuação pelo Poder Público, por meio da previsão da competência, dos critérios de atuação e, por fim, dos sujeitos autorizados para a realização, ou tentativa de realização, dos acordos administrativos.

Sobre o tema, é possível concluir que o legislador, ao falar dos meios consensuais, estabelece uma competência aberta e discricionária aos agentes públicos, de modo que a sua adoção dependerá de uma análise da situação concreta e dos interesses nela envolvidos. Isto é, concede-se a possibilidade de celebração de acordos, cabendo aos agentes públicos a análise acerca da sua adequação.

Da mesma forma, os critérios postos pelo legislador aos agentes públicos, a fim de que optem pela via consensual, são preenchidos por meio de conceitos indeterminados, tal como preservação do interesse público.

42 CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Câmaras de autocomposição da Administração Pública brasileira: reflexões sobre o seu âmbito de atuação*. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, v.1, n.1, jan./jun. 2019, p. 33.

Exige-se da Administração o dever de fundamentação dessas escolhas, em que as razões da utilização do meio consensual para melhor realizar o interesse público restem devidamente esclarecidas e motivadas.

Em relação ao sujeito que está apto a representar a Administração quando houver a celebração de acordos, há diferenças nos cenários judicial e extrajudicial, muito embora a legislação não seja específica neste ponto.

Em arremate, um dos traços mais relevantes está na construção das bases para um procedimento participativo no âmbito das câmaras administrativas, de modo que a oportunidade concedida pelo legislador na criação destes espaços seja utilizada para maior aproximação entre órgãos públicos e entre o Poder Público e os particulares em geral. A partir de uma metodologia mínima de procedimento, abre-se espaço para a construção de consensos e a elaboração de diálogos pela Administração, em que a advocacia pública assume papel de especial relevância.

5 REFERÊNCIAS

ALVES RIBEIRO, Carlos Vinicius. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; ALVES RIBEIRO, Carlos Vinicius. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 7. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Dialética, 2009.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Câmaras de autocomposição da Administração Pública brasileira: reflexões sobre o seu âmbito de atuação. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, v.1, n.1, jan./jun. 2019.

EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na Administração Pública*. Santa Cruz do Sul, RS: Essere nel mondo, 2017. Disponível em: <<http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-autocomposicao-na-administracao-publica-ebook100.php>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. A mediação no contexto da Advocacia Pública: o que já é consenso e o que está para construir. In: ALMEIDA NETO, Osvaldo (Coord.). *Mediação, conciliação e arbitragem na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, no prelo.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araújo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 3, pp. 152-181, 2019.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial – LINDB, pp. 135-169, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do Interesse Público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord.); BARROS FILHO Wilson Accioli de. (Org.). *Acordos administrativos no Brasil*. Teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2011.

LINNHECK, Tatiana; BOMBINO Luciana Marques. Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: Incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na Administração Pública. *Revista da ESDM*, Porto Alegre, Seção Temática – Autocomposição, pp. 125-143, 2019.

LOUREIRO, Caio de Souza et al. Análise dos modelos de regulamentação sobre acordos administrativos no Direito comparado. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord.); BARROS FILHO Wilson Accioli de. (Org.). *Acordos administrativos no Brasil*. Teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 473-493.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 20. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí, RS: Unijuí, 2010.

SUSSKIND, Lawrence; OZAWA, Connie. Mediated negotiation in the public sector: The planner as mediator. *Journal of Planning Education and Research*, v. 4, n. 1, pp. 5-15, 1984.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Preponderância da publicidade em detrimento da confidencialidade na mediação entre particulares e a Administração Pública

Preponderance of publicity at the expense of confidentiality in mediation between public administration and private parties

Maria Candida do Amaral Kroetz¹

RESUMO: A mediação é reconhecida como um meio adequado de resolução de disputas envolvendo a Administração Pública brasileira. Mas, a transposição do modelo privado, ao qual a confidencialidade é inerente, para a autocomposição na seara pública vem sendo feita com pouca observância às peculiaridades do regime constitucional de atuação estatal. No presente artigo pretende-se analisar o impacto do princípio da publicidade nos processos de mediação envolvendo particulares e pessoas jurídicas de direito público e a consequente mitigação da confidencialidade nestes procedimentos.

1 Mestra e doutora pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Procuradora federal. Vice-diretora do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR, onde é professora adjunta do Departamento de Direito Civil e Processual Civil desde 2008. Mediadora certificada pelo CNJ e pelo ICFML.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Administração Pública; publicidade; transparência; confidencialidade.

ABSTRACT: Mediation has been recognized as an appropriate means of dispute resolution involving the Brazilian Public Administration. However, the transposition of the private model, to which confidentiality is inherent, to self-composition methods in the public area has been performed within little observance of the peculiarities of the constitutional regime of State action. The article analyzes the impact of the principle of transparency on mediation processes involving individuals and legal entities governed by public law and the consequent mitigation of confidentiality in these procedures.

KEYWORDS: Mediation; Public Administration; publicity; transparency; confidentiality.

1 INTRODUÇÃO

As disputas envolvendo a Administração Pública são de difícil equacionamento e frequentemente conduzem a uma alongada litigância judicial. No Brasil, o INSS, a União, os Estados e os Municípios são os maiores litigantes, em diferentes instâncias judiciais², sendo parte em mais da metade dos mais de oitenta milhões de processos pendentes de decisão judicial.³ Isto ocorre, entre outros motivos, porque a jurisdição estatal é

2 Já há alguns anos se sabe que o poder público é o grande protagonista da judicialização do Brasil, conforme relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, datado de 2011, *Os 100 maiores litigantes*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2020.

3 Segundo a 14^a edição do Relatório do CNJ *Justiça em números*, “O Poder Judiciário contava com um acervo de 79 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de

complexa e irresponsiva quando chamada a equacionar eficientemente a gama de interesses envolvidos nas diversas esferas de atuação estatal.

Atento a este cenário, o Conselho Nacional de Justiça investe em produção de informações para diagnóstico do problema da litigiosidade excessiva no país e, também, em iniciativas para modificar este cenário. Muitas delas visam à adoção dos métodos consensuais de resoluções de conflito no âmbito da Administração Pública.

Observa-se que, entre as várias iniciativas legislativas⁴ que buscam incentivar formas outras de solução de litígios para além do processo judicial, alguns diplomas legais, como a Lei n. 9.469/1997 e o capítulo II da Lei n. 13.140/2015 – Lei de Mediação, tratam da autocomposição de conflitos em que for parte a Administração Pública de modo mais específico. Também a doutrina sustenta o valor da celebração de acordos e transações em prol do interesse público. Neste sentido, a opinião de Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

A Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas

2018, sendo que mais da metade desses processos (54,2%) se referia à fase de execução. A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 73% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamento de 90% em 2018 – a maior taxa entre os tipos de processos constantes desse Relatório”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 7 mai 2020.

4 Apontam-se como relevantes iniciativas legislativas para incentivos aos métodos não jurisdicionais de solução de conflitos a Lei n. 9.307/1996 (Lei de arbitragem), com as modificações da Lei n. 13.129/2015, a Lei n. 9460/1997, que prevê a possibilidade de celebração de acordos no âmbito da AGU, a Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, seguida da Lei n. 13.105/2015, que traz o novo Código de Processo Civil e, por fim, da Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação).

atividades. A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda.⁵

Todavia, há que se considerar que existem peculiaridades próprias do regime jurídico diferenciado da Administração Pública, as quais impõem limites muito claros e relevantes nas negociações para resolução de conflitos. Não é possível, portanto, um decalque dos métodos privados de solução de controvérsias às situações que envolverem o Poder Público porque sua atuação é regida por regras constitucionais e infraconstitucionais presididas pelos princípios da legalidade, isonomia e publicidade.

Testemunho loquaz da necessidade de adequação dos métodos autocompositivos às especificidades do direito administrativo é o fato de a Lei de Mediação ser bipartida em dois capítulos: o primeiro que trata da mediação entre particulares; e o segundo que versa sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.⁶ Em que pese estar autorizada a solução de controvérsias em que for parte pessoa jurídica de direito público por meio do procedimento de mediação previsto para particulares, enquanto não criadas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos pela União, Estados e Municípios⁷, é necessário

5 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 192.

6 O artigo 1º da Lei n. 13.140/2015 assim dispõe: “Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsia entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.”.

7 O artigo 33 da Lei n. 13.140/2015 assim dispõe: “Art. 33 - Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta lei”.

compatibilizar a mediação com o regime de direito público.

Com base nessas considerações, objetiva-se analisar a incidência ou não do princípio da confidencialidade nas mediações em que a Administração Pública direta ou indiretamente figurar como parte. Primeiro será examinada a confidencialidade na mediação entre particulares, depois serão expostas as justificativas para o apego à publicidade em disputas envolvendo entes públicos. Por fim, serão apresentadas as razões pelas quais se sustenta a observância da publicidade da mediação na seara pública em detrimento da confidencialidade.

2 A CONFIDENCIALIDADE NA MEDIAÇÃO ENTRE PARTICULARES

O dever de confidencialidade é próprio ao desenvolvimento da mediação entre particulares e vincula todos que participem direta ou indiretamente do procedimento de mediação, conforme o disposto no artigo 30 da Lei n. 13.140/2015.⁸ Os documentos produzidos para e as

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

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

- I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;
- II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;
- III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;
- IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em

informações reveladas e discutidas durante a sessão de mediação carregam um véu de privacidade que impede sua divulgação, bem como do teor dos acordos celebrados.

A confidencialidade na mediação entre particulares é um princípio estatuído no artigo 2º, VII da Lei de Mediação e no artigo 166 do Código de Processo Civil⁹, uma vez que é importante assegurar que as informações compartilhadas nas sessões não possam nem vir a público, nem servir como evidências. Este sigilo alivia a tensão das partes porque impede que estes dados sejam utilizados a seu desfavor em eventual processo judicial ou arbitral, já que a prova obtida mediante tal conduta será considerada ilícita.¹⁰

A troca de informações é de extremo valor em negociações e por isso uma promessa de confidencialidade recíproca incrementa a segurança

processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.”.

9 O artigo 166 do Código de Processo Civil estatui que: “Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.”.

10 NASRALLAH, Sílvia Pedroso. *Confidencialidade na mediação*. Revista dos Tribunais, v. 981, ano 2017, pp. 25-38.

estimulando as partes a revelar dados, emitir opiniões, fazer sugestões e formular propostas.

Evidenciada a importância da confidencialidade na mediação entre particulares é o fato de que os diversos regulamentos das câmaras privadas de mediação preconizam a confidencialidade do procedimento, e o de que as partes envolvidas são convidadas a firmar o termo de confidencialidade antes do início da mediação. Também é eloquente a disposição da Diretiva da Mediação editada pela União Europeia em 2008 que, apesar de facultar às partes abrir mão da confidencialidade, ao delinear regras gerais para mediação, foi determinante quanto ao sigilo sobre informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, autorizando os Estados-Membros a aplicar medidas rigorosas para a proteção da confidencialidade.¹¹

De outro lado, a confidencialidade não objetiva criar um espaço imune a padrões éticos de comportamento, mas presidido pelo princípio

11 O artigo 7º. da Diretiva sobre Mediação da União Europeia assim dispõe: “Confidencialidade da mediação

1. Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, excepto:

a) Caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a proteção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou

b) Caso a divulgação do conteúdo do acordo obtido por via de mediação seja necessária para efeitos da aplicação ou execução desse acordo.

2. Nada no n.º 1 obsta a que os Estados-Membros apliquem medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação.”. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&qid=1589816249677&from=EN>>.

Acesso em: 18. mai. 2020.

geral da boa-fé objetiva e seus decorrentes deveres de lealdade e proteção, inclusive em relação a terceiros não envolvidos na mediação. Ao versar sobre a intersecção entre ética e confidencialidade, José Emílio Nunes PINTO sustenta que o sigilo visa favorecer uma forma amigável de solução de controvérsias, preservando a continuidade das relações entre as partes envolvidas e minimizando o impacto do conhecimento da controvérsia por parte do público, resguardando patrimônios, seus interesses privados e os negócios em geral. Veja-se:

A confidencialidade não deve e não pode ser vista como um artifício para que se consagrem decisões irrecorríveis à margem da ética, servindo como uma cortina de fumaça para ocultar o andamento do procedimento arbitral. A confidencialidade visa permitir que quaisquer controvérsias sejam dirimidas de forma amigável sem que a existência daquelas possa afetar a continuidade das relações contratuais, nem que sejam essas controvérsias entendidas pelos terceiros como ruptura de relações contratuais. Casos haverá em que a simples ciência de existir uma controvérsia poderá afetar direitos associados a essa relação que se tornou litigiosa, tais como a expectativa de desempenho de companhias e de seus negócios, sem mencionar a sua relativa posição concorrencial.¹²

Em contrapartida, a mediação não se presta a afastar o interesse público, nem pode funcionar como instrumento para esconder do público informações, ações e transações que sejam de seu interesse. Menos ainda se constitui em arena para acobertar a prática de ilícitos administrativos e criminais acobertados pelo manto do sigilo.

Por fim, é de se ressaltar que, apesar de a confidencialidade ser muito frequente e valorizada na mediação, ela não lhe é essencial. Muito embora haja uma ligação seminal entre elas, a confidencialidade é um instrumento acessório à mediação, estabelecido como regra pela legislação, pelos regu-

12 PINTO, José Emílio Nunes. *Confidencialidade na arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 6, ano 2005, pp. 25-36.

lamentos institucionais das câmaras ou pelo acordo expresso entre os envolvidos, mas que pode ser afastado tanto por previsões legais¹³, quanto por convenção entre as partes. Assim, a mediação não é obrigatoriamente sigilosa. Em que pese ser uma das vantagens que mais favorece a opção por este método de equacionamento de disputas, a confidencialidade é presumida, mas não imperiosa na mediação.

Por força do disposto no artigo 30 da Lei de Mediação, é possível afirmar que a confidencialidade é atributo inerente à mediação entre particulares porque normalmente as partes têm o interesse de impedir o acesso público ao fato de que estão envolvidas em uma mediação, às informações surgidas durante o procedimento, aos valores negociados, aos segredos comerciais, à privacidade pessoal e, principalmente, ao teor do acordo celebrado. Com base no parágrafo 1º do artigo 30 da Lei de Mediação, nota-se que o dever de segredo aplica-se também, e talvez com mais intensidade, a mediadores, advogados, assessores técnicos e outras pessoas que participem direta ou indiretamente do procedimento de mediação. O método exige um compromisso ético que engloba todos os participantes, como se fosse uma engrenagem onde todos os componentes têm de atuar em conjunto e em cooperação, sob pena de a falha de um deles comprometer todo o resultado almejado, acarretando grandes prejuízos.

Todavia, é de se ter em conta que a mediação é essencialmente voluntária, já que as pessoas têm a liberdade de escolher esse método como forma de lidar com o conflito e também têm a liberdade para decidir seu resultado, mesmo que este seja a retirada precoce do procedimento sem que nada tenha sido acordado. É de se reconhecer, na vida em sociedade,

13 Os parágrafos 3º e 4º do artigo 30 da Lei de Mediação, por exemplo, respectivamente, autorizam a divulgação de informação obtida durante as sessões de mediação quando esteja relacionada com a ocorrência de crime de ação pública e determinam o dever de prestar informações à administração tributária após o termo final da mediação, sem que estas providências configurem violação do dever de confidencialidade.

o protagonismo de cada indivíduo, inclusive no que toca ao desenlace das contendas em que ele se vê envolvido, tanto no que toca ao conteúdo, quanto à forma.

A mediação, entendida como técnica procedimental de autocomposição facilitada pela intervenção construtiva de um terceiro imparcial, é um valioso meio para o exercício da autonomia privada. Da mesma forma que as pessoas podem contrair obrigações, negociando condições contratuais e até mesmo renunciando a certos interesses, com mais razão podem protagonizar as condições em que vai se desenvolver a discussão sobre os conflitos decorrentes destes vínculos, escolhendo o método a ser utilizado e, se privado, se será sigiloso ou não.¹⁴ A voluntariedade e a flexibilidade formal que presidem o procedimento de mediação aportam a possibilidade de ingerência das partes na sua gestão, possibilitando adequá-lo consensualmente às circunstâncias do caso concreto e, assim, convertendo-o em uma ferramenta eficaz para a concretização da autonomia privada dos envolvidos.

Entende-se, pois, que é possível as partes, em comum acordo, dispensarem a confidencialidade da mediação se isto lhes convier mutuamente. O poder de autodeterminação dos privados faculta-lhes afastar o sigilo das negociações, documentos, transações e acordos, sem que isto descaracterize a mediação.

14 Segundo Sílvia Pedrosa Nasrallah, “os métodos de conciliação ou de mediação, em conformidade com o estipulado por lei (artigo 166, *caput*, §§ 1º e 4º, do CPC 2015; e artigo 2º, VII da Lei n. 13.140/2015), ciosos do resultado processual que podem ocasionar, devem ser confidenciais, salvo se as partes decidirem o contrário.”. *Confidencialidade na Mediação*. Revista dos Tribunais, v. 981, ano 2017, pp. 25-38.

3 A PUBLICIDADE NA MEDIAÇÃO EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Usualmente as vantagens associadas à mediação são promover a cultura de pacificação na solução de conflitos; ser um meio rápido, barato, informal e flexível de resolução de disputas; propiciar o alívio de tensões; e, favorecer o controle de riscos. Além disso, a voluntariedade própria da mediação cria a possibilidade de as partes moldarem diretamente o resultado da composição aos seus interesses subjacentes, o que enseja um alto grau de satisfação das partes com os acordos resultantes.

Mas essas virtudes, que avultam nas mediações entre particulares, não são tão evidentes quando presente a Administração Pública na controvérsia. O contexto é muito distinto, já que a atuação estatal é estranha à autonomia privada. No ambiente público, as implicações da disputa e de qualquer acordo alcançado se estenderão muito além das esferas jurídicas das partes diretamente envolvidas, alcançando o público em geral.

Na literatura sobre mediação, há uma tendência de transpor as reflexões próprias da mediação entre particulares àquelas que envolvem o poder público. Leila CUÉLLAR e Egon Bockmann MOREIRA sustentam inclusive a existência de um dever legal da Administração Pública de desenvolver a tentativa de autocomposição, como se depreende da seguinte reflexão:

Atualmente, não se pode litigar sem antes haver a firme tentativa de conciliar: trata-se de aplicação expressa do princípio da legalidade, em vários foros e instâncias. Alterou-se a lógica normativa da solução de controvérsias que tocam à Administração Pública: se, antes, a propositura de uma ação (e a sentença judicial) eram requisitos para a conciliação; hoje, esta é pressuposto de qualquer processo judicial. A antiga regra do ajuizamento irrestrito de demandas atualmente precisa ser compreendida como exceção. Assim, o prestígio ao interesse público exige que se evitem os conflitos; mas, caso surjam os impasses, a solução precisa evitar o

acesso ao Judiciário – que só pode ser acionado em último caso. Trata-se, é preciso que se reitere com intensidade, de decorrência do princípio da legalidade.¹⁵

Deixa-se de observar que são necessárias adaptações à racionalidade pública e que, em certos casos, a mediação não é uma ferramenta adequada. De acordo com Robert ZEINERMANN, é preciso ter em mente que a mediação nem sempre é propícia para resolução de certos conflitos na seara pública. Também adverte que é preciso cuidado para que não haja aplicação inadequada dos princípios que lhe são próprios.

Because of public mediation's complexity and newness, it needs – more than other mediation sub-fields – further research to guide practitioners in deciding when it is the best tool to use. Although mediation literature reveals concerns about the use of mediation, few works have seriously analyzed when mediation is appropriate and what would result from a misapplication of mediation principles.¹⁶

Devido à complexidade da mediação pública, ela carece de uma criteriosa análise para confrontar os princípios da mediação com aqueles que regem a atuação do poder público, ensejando os adequados discernimentos.

Algumas vezes a Administração Pública parece incapaz de resolver certas disputas: máxime aquelas que versam sobre a alocação dos escassos recursos disponíveis às infinitas necessidades dos jurisdicionados. A autocomposição tem potencial para suprir e superar os tradicionais processos judiciais ou a elaboração legislativa para o equacionamento de

15 CUÉLLAR, Leila et al. *Administração Pública e mediação: notas fundamentais*. Revista de Direito Público da Economia RDPE, v. 16, n. 61, jan./mar. 2018, pp. 119-146.

16 ZEINERMANN, Robert. *The characterization of Public Sector mediation*. Disponível em: <[http://www.ejtn.eu/Documents/Administrative%20Law%202015/3\)%20ADR%208-9%20October/Zeinemann_public_sector_mediation.pdf](http://www.ejtn.eu/Documents/Administrative%20Law%202015/3)%20ADR%208-9%20October/Zeinemann_public_sector_mediation.pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2020.

questões atinentes a políticas públicas que podem impactar muitas pessoas e repercutir expressivamente nas finanças públicas.

A principal vantagem da mediação envolvendo os entes públicos é a criação de um canal direto entre o envolvido e o poder público, depurado da intermediação de terceiros como os juízos adjudicadores ou os parlamentares nas democracias representativas. Além disso, a mediação pode acomodar múltiplas partes, e isso é ideal para tratar de situações que abordem questões com amplo impacto no convívio social. Sob este ponto de vista, é de se perceber que os benefícios da mediação não decorrem do fortalecimento da autonomia privada, mas sim da possibilidade de melhor desempenho da Administração Pública na consecução dos fins públicos.

Nestas circunstâncias, deve-se levar em conta que o motivo que preside a escolha da mediação como forma de resolução de conflitos é o interesse público. Ao incrementar sua atuação pela adoção da mediação como método de equacionamento das controvérsias em que se envolve, a Administração Pública continua a ter sua atuação presidida pelos princípios que a regem, estatuídos no artigo 37 da Constituição Federal¹⁷ e na legislação infraconstitucional. As especificidades dos processos de autocomposição, onde é almejada a celebração de transações, acarretam a incidência aguda de três destes princípios: legalidade, impessoalidade e publicidade. Segundo Luciana Moessa de SOUZA:

A defesa das possibilidades que a resolução consensual de conflitos oferece não implica, naturalmente, negar as cautelas adicionais que esta requer em face das especificidades atinentes ao regime jurídico da Administração Pública. Essas especificidades acarretam limitações ao poder/dever de transigir e decorrem

17 O artigo 37 da Constituição Federal assim dispõe: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

basicamente dos princípios da legalidade (ou da juridicidade), da isonomia e da publicidade.¹⁸

Os acordos celebrados pela Administração Pública devem estar respaldados em previsões legais e devem ser fundamentados para possibilitar o controle interno e externo de sua legalidade. Os seus termos também são vinculantes para outras situações semelhantes em que o ente público esteja envolvido, em homenagem ao princípio da impessoalidade que prevê o tratamento isonômico entre os administrados. Por fim, avulta a incidência do princípio da publicidade, o qual denota a necessidade de transparência na condução da coisa pública.

A confidencialidade é um traço inerente ao desenvolvimento das mediações privadas, mas incompatível ao agir das pessoas jurídicas de Direito Público, que devem prestar contas de suas ações motivadamente. Um dos fundamentos da democracia, idealizada na ágora grega, é a participação popular no governo. Na contemporaneidade, com o agigantamento das nações, as decisões governamentais ocorrem nas instâncias administrativas e legislativas. Nestas circunstâncias, a participação popular está calcada na publicidade dos atos administrativos que possibilita o seu escrutínio popular. Quando unidos, poder político e sigilo são potencialmente perigosos porque, quando o poder é exercido em segredo e sem fiscalização, é forte a tendência ao abuso. Nesse sentido a opinião de Thomas LEATHERBURY e Mark COVER: “*In fact, given the size and the complexity of government today, openness is even more*

18 SOUZA, Luciana Moessa de. *Mediação de conflitos e Administração Pública*. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernandina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 213.

*important than in the past because the decisions are easier to hide and the public trust is easier to abuse.”*¹⁹

Outrossim, tendo em conta que a mediação envolvendo entes públicos tem pouca tradição na prática jurídica brasileira, atenta-se aos mecanismos de controle, para que ela não se torne um gargalo corruptivo. A publicidade favorece a prevenção de atos corruptivos porque possibilita um melhor uso das ferramentas de controle, visto que muitas vezes os agentes públicos são coagidos, ameaçados e tentados a receber vantagens de modo a celebrar acordos que beneficiem o titular do interesse em jogo na mediação. Nesse sentido as reflexões de Marcelo Dias JACQUES e Helena Pacheco WRASSE:

Percorridos os dispositivos da Lei nº 13.105/2015 que tratam da utilização da mediação na administração pública em busca de gargalos corruptivos é possível afirmar que – em que pese a lei ainda não tenha entrado em vigor, o que dificulta a sua análise com mundo fático – ao menos dois aspectos merecem ser discutidos eis que suscitam controvérsia quanto à sua possível fragilidade. O primeiro diz respeito ao princípio da publicidade dos atos da administração pública que, invariavelmente, precisa ser estendido e aplicado à Lei de mediação, pois em se tratando de situações que envolvem soluções pautadas pelo atendimento do interesse público, à condução das mesmas deve ser dada publicidade e transparência. O sigilo e a confidencialidade são requisitos da mediação, no entanto podem oferecer certo risco se conduzidos sob confidencialidade, conforme previsto no art. 30. Talvez fosse prudente não permitir a generalização a todo processo, sob pena de dar origem a lacunas que poderão ser preenchidas por práticas corruptivas.²⁰

19 LEATHERBURY, Thomas; COVER, Mark. *Keeping Public Mediation Public: Exploring the Conflict between Confidential Mediation and Open Government*, 46 SMU L. Rv. 2221 (1993). Disponível em: <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2326&context=smulr>>. Acesso em: 16. mai. 2020.

20 JACQUES, Marcelo Dias et al. *Patologias corruptivas no tratamento de conflitos: a mediação na Administração Pública sob quarentena*. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/16118/4009>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

Não é possível afastar a exigência de publicidade dos atos administrativos em favor da vontade do particular em manter sigilosa a condução de uma mediação e os termos do acordo celebrado. Isso porque o estímulo à resolução consensual de conflitos sucumbe ao princípio constitucional de publicidade dos atos da Administração Pública. Os cidadãos têm o direito de fiscalizar as condutas dos agentes públicos e o conteúdo de acordos que tenham impacto no orçamento e nas políticas públicas. Quando um agente público não considera todas as consequências de sua ação, é necessário que ele suporte os ônus resultantes desta má atuação.

Ademais, as controvérsias envolvendo a Administração Pública podem também favorecer o bem comum porque têm a aptidão de estatuir parâmetros de atuação e gerar precedentes, ante o imperativo de isonomia entre os cidadãos. Entretanto, é somente pela visibilidade dos atos e resultados da mediação que futuros litigantes poderão beneficiar-se dos precedentes gerados nos acordos anteriores. Além disso, a mediação na esfera pública, informada pela inafastável publicidade, pode guiar futuros comportamentos da própria Administração Pública, contribuindo para segurança e certeza das relações entre o poder público e seus jurisdicionados.²¹

Ao contrário da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) que, em seu artigo 1º, parágrafo 3º, impõe o respeito ao princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam a Administração Pública, a legislação de regência dos métodos autocompositivos não regula especificamente a questão da confidencialidade nos procedimentos em que for parte pessoa jurídica de Direito Público.

Apesar da lacuna legislativa, autorizados autores entendem que a regra semelhante àquela da Lei de Arbitragem está embutida no sistema de

21 LUBAN, David. *Settlements and the erosion of the public realm*. The Georgetown Law Journal, v. 83, pp. 2619-2623.

autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública e sustentam que a publicidade é a regra na resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público. Por todos, a lição de Luciana Moessa de Souza:

Não se pode admitir contudo, a ideia de confidencialidade para as sessões conjuntas de mediação, muito menos para a documentação produzida durante o procedimento de resolução consensual do conflito, a menos que se trate de informação acobertada por sigilo comercial, industrial, bancário, que coloque em jogo a intimidade ou a vida privada de particulares ou, ainda, que se trate de algum segredo de Estado.²²

Invoca-se aqui o escólio de Thomas Leatherbury e Mark Cover, que defendem a ideia de que a mediação pode desempenhar um papel importante na resolução de disputas públicas, mas não deve ser confidencial porque a política de promover a resolução eficiente de disputas esmaece se comparada à demanda de transparência em um governo representativo. Em uma época em que o governo paradoxalmente invade todas as facetas da vida dos particulares, uma política de abertura é crucial para monitorar o abuso da confiança pública e garantir a responsabilidade dos agentes públicos.²³

Em conclusão, considera-se que no confronto entre a importância da confidencialidade e a demanda por transparência nas mediações envolvendo o Poder Público esta última deve prevalecer, mantendo pública a mediação.

4 O RESTRITO ESPAÇO PARA CONFIDENCIALIDADE NA MEDIAÇÃO PÚBLICA

Os mediadores encorajam as partes a compartilhar informações de conteúdo sensível, estratégico e até mesmo emocional. Para favorecer a

22 SOUZA, Luciana Moessa de. Op. Cit., p. 215.

23 LEATHERBURY, Thomas; COVER, Mark. Op. cit.

exploração de aspectos sensíveis do conflito e seus interesses subjacentes, a mediação oferece a possibilidade de um ambiente sigiloso. Sílvia DI SALVO sustenta que:

A confidencialidade é um poderoso aspecto da mediação, pois permite às partes e ao mediador que discutam francamente fatos, questões e possíveis opções de acordo. O objetivo da confidencialidade na mediação é proteger a comunicação da divulgação externa ao processo. Ela também busca proteger as comunicações de serem divulgadas dentro do processo quando informação sensível for fornecida ao mediador em *caucus*.²⁴

Mas, quando se trata de conflitos envolvendo a Administração Pública, a aplicação do sigilo sobre o procedimento adquire outras feições porque convivem motivos legítimos para sustentar tanto a publicidade e transparência do agir estatal, quanto para justificar o segredo das negociações.

Muito se discute quanto à compatibilidade da confidencialidade da mediação com o princípio da publicidade, tendo em vista que, quando uma pessoa jurídica de Direito Público figura como parte, há um aparente conflito entre um padrão de comportamento esperado das partes e uma disposição constitucional expressa.

Alguns autores defendem que o conflito é apenas aparente e que a exigência de publicidade dos atos administrativos pode ser temperada, garantindo espaço à aplicação da confidencialidade. Sustentam, inclusive, a modulação do princípio da publicidade para preservar o instituto da mediação. Leila Cuéllar e Egon Bockmann Moreira, por exemplo, defendem que a confidencialidade atinge a Administração Pública, a contraparte e o mediador com diferentes graus de intensidade. Para o mediador, o dever de sigilo seria mais vigoroso sendo-lhe defeso revelar dados sigilosos transmitido pelas partes, sobretudo nas sessões privadas quando as partes

24 SALVO, Sílvia di. *Mediação na Administração Pública brasileira*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 90.

lhe repassam informações individualmente. O mediador estaria vinculado pelo dever legal e ético de confidencialidade, próprio da relação fiduciária que se estabelece entre os profissionais e seus clientes. Veja-se:

Afinal, a figura do mediador traz consigo a *relação fiduciária* entre ele e as partes envolvidas na solução da controvérsia. A sua participação como agente facilitador da negociação depende, sobretudo, da confiança que as partes nele depositam. Ambas lhe transferem a responsabilidade de, com lastro na boa-fé e em sua expertise técnica, desenvolver os melhores esforços para que a negociação seja concretizada. Para que isso aconteça, o mediador precisa de todas as informações necessárias e úteis à mediação (algumas delas com o selo da confidencialidade). Porém, quem define as informações que serão levadas ao mediador é justamente a parte envolvida: aquele não pode exigir dados, cuja seleção e fornecimento residem na esfera personalíssima das partes. Claro que estas precisarão desenvolver esforços para, em cumprimento à boa-fé, aporem todos os esclarecimentos úteis e necessários ao êxito na mediação (e nada mais).²⁵

Quanto às partes envolvidas na mediação, cada uma delas obedeceria ao feixe normativo que lhe é próprio, prestigiando a defesa da intimidade, da vida privada e da liberdade no caso dos particulares; e o interesse comum, a isonomia e a publicidade no caso da Administração Pública.

Os autores ainda sustentam a suspensão da publicidade durante a mediação em que a Administração Pública for parte, para que seja tornada pública em sua integralidade somente quando chegar ao final. Neste sentido o escólio dos autores:

Como as mediações precisam ser resolvidas em curto prazo dentro da maior harmonia possível, o que aqui se defende é a suspensão provisória de sua publicidade, para que, imediatamente quando ela chegar ao fim, seja tornada pública em sua integralidade – e, assim, submetida ao escrutínio popular, jurídico, político e dos órgãos de controle. Quando muito, pode se tornar imediatamente pública a

25 CUÉLLAR, Leila et al. *Administração Pública e mediação*: notas fundamentais. Revista de Direito Público da Economia RDPE, v. 16, n. 61, jan./mar. 2018, pp. 119-146.

existência da mediação – a sua instalação, local e parâmetros de desenvolvimento, mas não o seu conteúdo e atos formais. Ao final (qualquer que seja a sua conclusão), reitere-se, tudo é levado à luz do dia.²⁶

Com efeito, é correto afirmar que o dever de confidencialidade experimenta diferentes graus de intensidade, se consideradas as posições dos envolvidos na mediação, a forma e a situação em que as informações são divulgadas. Isso é especialmente evidente nas sessões privadas em que o mediador se reúne separadamente com uma ou algumas das partes, mas não com todas. A sessão privada ou *caucus* agrega valor à mediação porque fornece ao mediador uma importante ferramenta para superar obstáculos de comunicação, barreiras emocionais, expectativas irreais e posicionamentos radicais que impedem o alcance do almejado acordo.

O artigo 31 da Lei de Mediação impõe ao mediador redobrado cuidado com o trato das informações prestadas em sessão privada com a parte, ao exigir expressa autorização para revelá-las inclusive às demais partes. Com base neste dispositivo legal, é perfeitamente possível sustentar a confidencialidade do *caucus* realizado com os particulares, mas no caso da pessoa jurídica de Direito Público, imprimir caráter sigiloso ao *caucus* pode gerar desconfiância inclusive do próprio propósito do *caucus*. Para que não seja necessário abrir mão do uso desta eficiente ferramenta na resolução do conflito, em homenagem à publicidade dos atos administrativos, Luciana Moessa de Souza sugere uma flexibilização do procedimento de mediação, com a autorização para registro das sessões privadas em que participe a pessoa jurídica de Direito Público.

Porém, isso não impede que sejam realizados registros dos principais pontos levantados durante as sessões privadas, registros para os quais, naturalmente, deverá haver consentimento da(s) parte(s) que participe(m) da sessão. A eventual possibilidade de utilização de informações ali obtidas para fins de instrução, acaso

26 Ibidem.

não venha a ser obtido acordo, em nada prejudica a relação de confiança com o mediador se houve renúncia da(s) parte(s) presente(s) à confidencialidade.²⁷

Mediante a autorização para registro ou gravação das sessões privadas, garante-se a publicidade, sem limitar em demasia a possibilidade de interação entre mediador e partes, nem a relação de confiança daí decorrente e, de outro lado, sem acobertar as sessões privadas com o manto da confidencialidade, prevenindo o desconforto ao agente público.²⁸

Há de se convir que o princípio da publicidade dos atos administrativos não é absoluto. O ordenamento jurídico dispõe de normas expressas destinadas à proteção da intimidade, de dados sensíveis, de interesses de menores, do sigilo profissional, do segredo industrial, da soberania e da segurança nacional, entre outras. Também há ressalvas quanto à confidencialidade das informações relativas à ocorrência de crime de ação pública e a dados de interesse da administração tributária, conforme os parágrafos 3º e 4º do artigo 30 da Lei de Mediação. Estas normas que criam excepcionalidades não de prevalecer sobre o princípio geral de publicidade que rege a atuação estatal. Mas, afora exceções previstas legalmente, a publicidade há de ser preservada em todas as fases da mediação em que for parte a Administração Pública porque garante a possibilidade de controle específico, mas também generalizado, difuso do proceder dos agentes públicos. Permitir que toda a coletividade tenha acesso aos documentos, informações e propostas veiculadas no curso da mediação, bem como ao seu resultado final, também sugere uma função pedagógica, pois todos passam a conhecer o fluxo das negociações e as razões de agir que conduziram ao resultado final do procedimento.

27 SOUZA, Luciana Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 98.

28 SALVO, Sílvia di. *Mediação na Administração Pública brasileira*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 95.

A confidencialidade não é *conditio sine qua non* da mediação. Por mais recorrente que ela seja, não possui o condão de ser alçada à categoria de requisito indispensável à celebração de um acordo. Tanto isto é verdade que, por ato de autonomia privada, os particulares podem afastar a regra de confidencialidade. Nas mediações envolvendo pessoas jurídicas de Direito Público, é o princípio constitucional da publicidade que afasta a regra da confidencialidade. Aquele que participa de mediação com o poder público está ciente disso. Segundo Ravi PEIXOTO,

De fato, é possível que a exigência de publicidade na mediação desencoraje algumas partes à realização de acordos com o poder público, justamente porque o seu interesse seria o sigilo. No entanto, haveria prevalência do interesse Público na publicidade das informações em detrimento do interesse no acordo sobre o litígio que envolva o poder público.²⁹

Esta exigência decorre do amplamente conhecido regime constitucional da Administração Pública, bem como das disposições da Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527/2011, que cultiva a transparência na Administração Pública, atenta aos graus de sigilo necessários à proteção da soberania, da segurança nacional (art. 23) e de informações sensíveis (art. 24). Neste sentido a lição de Sílvia Nasrallah:

A lei da transparência foi promulgada no ano de 2011, Lei 12527/2011, e estabelece ser necessário que o poder público dê publicidade a seus atos, facilitando o acesso à informação aos cidadãos, com publicações de algumas informações por meio eletrônico. (...) A ampla publicidade dos atos administrativos, seja pelas formas legais, ou de forma excepcional, em veículos de comunicação de grande circulação, como jornais, revistas e periódicos, serve para conscientizar o cidadão e sociedade, como um todo, daquilo que ocorre na esfera administrativa e que pode impactar

29 PEIXOTO, Ravi. *A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público* – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *Revista de Processo*, v. 261, Ano 2016, pp. 467-497.

sua vida de forma direta e indireta. (...) Ainda não se encontrou a melhor forma para conciliar o dever de confidencialidade e o princípio da publicidade da Administração Pública, em especial a partir da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que determinou ser o sigilo uma exceção.³⁰

É bem verdade que o afastamento da confidencialidade não impede que se conte com a discricção do mediador e das partes envolvidas no curso do procedimento, evitando a divulgação despropositada de dados em homenagem ao princípio da boa-fé e seus decorrentes deveres de proteção e lealdade.

Em mediações envolvendo entes públicos, a publicidade deve ser a regra e a confidencialidade a exceção aplicável somente quando legalmente ou fundamentadamente justificada. Segundo Luciana Moessa de Souza, não faz sentido a manutenção da confidencialidade na mediação de conflitos envolvendo o Poder Público:

A manutenção da confidencialidade nos conflitos que envolvem interesses públicos é uma simples decorrência de uma transposição irrefletida de um modelo de solução de conflitos surgido e desenvolvido no âmbito dos conflitos privados (nos quais a proteção da intimidade e da vida privada faz todo sentido) para a esfera dos conflitos envolvendo o Poder Público (na qual a confidencialidade não faz nenhum sentido e, inclusive, afronta os princípios que regem a Administração Pública brasileira e o Estado Democrático de Direito).³¹

A mediação não pode funcionar como instrumento para esconder do público em geral informações que sejam de seu legítimo interesse. Há que se flexibilizar o apego a um certo dogma da confidencialidade quando

30 NASRALLAH, Sílvia Pedroso. *Confidencialidade na mediação*. Revista dos Tribunais, v. 981, ano 2017, pp. 25-38.

31 SOUZA, Luciana Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 91.

peças jurídicas de direito público estão participando da mediação. Isto porque qualquer ato administrativo consigna interesses públicos em sua origem e merece a mais ampla divulgação para possibilitar a sua fiscalização, a educação da população sobre a temática e a divulgação para aplicação em casos semelhantes.

5 CONCLUSÃO

A judicialização de conflitos no Brasil é excessiva e contabiliza a estonteadora estatística de um processo judicial para cada dois habitantes, consumindo cerca de 1,3% do Produto Interno Bruto. Mas o mais desconcertante é o fato de que o campeão nacional é o próprio Estado, o qual figura como parte em mais da metade dos processos. Assim o Estado serve precipuamente ao próprio Estado, congestionando a via judicial e dificultando o acesso dos cidadãos à justiça. Esta realidade clama por mudanças.

Na busca por uma melhor gestão da própria litigiosidade, a Administração Pública tem investido em uma mudança cultural em direção aos métodos autocompositivos, nomeadamente a mediação, identificada como uma forma apropriada de compor os litígios, envolvendo particulares e os entes públicos das suas diversas esferas de atuação.

Ocorre que, o afã de implementar uma cultura administrativa de pacificação na resolução de conflitos, tem levado a uma transposição irrefletida de um modelo privado de mediação para a esfera dos conflitos envolvendo o Poder Público, sem um nível ótimo de institucionalização. Para contribuir no aprimoramento desta estratégia, foi apontada a inadequação do princípio da confidencialidade às mediações envolvendo particulares e entes públicos, tendo em vista que sua natureza implica afronta ao princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos.

As disputas envolvendo o setor público podem ser instrumentos do bem comum, visto que têm uma função pedagógica ao esclarecer as pessoas

sobre os diversos interesses em jogo e, também, porque podem estabelecer precedentes de atuação estatal em casos semelhantes. É possível que um pequeno conflito individual com a Administração Pública tome grandes proporções se analisado em sua dimensão coletiva, ou no impacto de suas consequências no tempo e no espaço. As implicações de uma disputa em particular e de sua solução podem se estender para muito além das esferas jurídicas dos diretamente envolvidos, atingindo o público em geral, o meio ambiente e as finanças públicas, ou ainda, revelando sistemáticas violações a direitos fundamentais e patrimoniais.

Considerando esta dimensão, que realça a potencialidade dos litígios envolvendo entes públicos para favorecer o bem comum, compreende-se que a publicidade da mediação nestes casos é muito importante. Além disso, ela garante a transparência, essencial à fiscalização dos atos praticados pelos agentes públicos, e também desencoraja patologias corruptivas nas políticas públicas para o tratamento de conflitos.

A confidencialidade, por sua vez, tem restrito espaço de aplicação na mediação de conflitos envolvendo a Administração Pública, ficando adstrita às hipóteses previstas legalmente ou excepcionalmente justificadas e às sessões privadas entre mediadores e particulares.

A opção pela mediação favorece a cultura de pacificação pelo consenso, mas sua adoção pela Administração Pública para a resolução de seus conflitos não prescinde de um delineamento institucional e procedimental próprios. São necessários a criação de Câmaras no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, o estabelecimento de um plano de ação e a elaboração de regras visando à institucionalização de um programa de mediação próprio, visando adaptação adequada da mediação privada aos princípios próprios da seara pública.

Em conclusão, entre outras providências, há de ser privilegiada a publicidade dos atos na mediação envolvendo particulares e as pessoas jurídicas de Direito Público porque, como o próprio nome está a dizer, a mediação Pública há de permanecer pública.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2020.

_____. *Justiça em Números*, 14ª ed. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2020.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon B. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, v. 16, n. 61, jan./mar. 2018, pp. 119-146.

EUROPA. Parlamento Europeu; Conselho. *Diretiva 52/2008*. 21 maio 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&qid=1589816249677&from=EN>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

JACQUES, Marcelo Dias et al. *Patologias corruptivas no tratamento de conflitos: a mediação na Administração Pública sob quarentena*. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/16118/4009>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

LEATHERBURY, Thomas; COVER, Mark. *Keeping Public Mediation Public: Exploring the Conflict between Confidential Mediation and Open Government*, 46 SMU L. Rv. 2221 (1993). Disponível em: <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2326&context=smulr>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei de Mediação comentada*. 2ª ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedian, 2016.

LUBAN, David. Settlements and the erosion of the public realm. *The Georgetown Law Journal*, v. 83., pp. 2619-23.

NASRALLAH, Sílvia Pedroso. Confidencialidade na mediação. *Revista dos Tribunais*, v. 981, 2017, pp. 25-38.

PINTO, José Emílio Nunes. Confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, 2005, pp. 25-36.

PRYOR, Will; O'BOYLE, Robert. *Public Policy ADR: Confidentiality in conflict*. 46 SMU L. Ver 2207 (1993). Disponível em: <<https://scholar.smu.edu/smulr/vol46/iss5/13/>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *Revista de Processo*, v. 261, 2016, pp. 467-497.

SALVO, Sílvia Helena Gonçalves Johonsom di. *Mediação na Administração Pública brasileira*. São Paulo: Almedina, 2018.

SOUZA, Luciana Moessa de. Mediação de conflitos e Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernandina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ZEINERMANN, Robert. *The characterization of Public Sector mediation*. Disponível em: <[http://www.ejtn.eu/Documents/Administrative%20Law%202015/3\)%20ADR%208-9%20October/Zeinermann_public_sector_mediation.pdf](http://www.ejtn.eu/Documents/Administrative%20Law%202015/3)%20ADR%208-9%20October/Zeinermann_public_sector_mediation.pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2020.

O credenciamento de câmaras arbitrais pela administração pública

The enrollment of arbitral institutions by public authorities

Egon Bockmann Moreira¹

Elisa Schmidlin Cruz²

RESUMO: A partir do exame de regulamentos administrativos existentes, o artigo apresenta considerações a respeito do credenciamento de câmaras de arbitragem pelo poder público. Perpassando pela análise da definição dos requisitos, parâmetros, métodos e processos de escolha, pretende-se permitir uma compreensão mais precisa do processo de credenciamento no âmbito das arbitragens público-privadas.

1 Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFPR. Professor Visitante nos Programas de Pós-Graduação das Faculdades de Direito de Lisboa (2011), USP e FGV/RJ (2018). Mestre e Doutor em Direito. Especialista em Mediação (Harvard Law School e Pepperdine Law School) e Regulação Econômica (Faculdade de Direito de Coimbra). Árbitro. Advogado.

2 Mestre em Direito pela PUC/PR. Membro da Comissão de Arbitragem e da Comissão de Mediação da OAB/PR. Integrante do conselho administrativo da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB/PR. Vice-presidente da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC). Advogada.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; administração pública; arbitragem institucional; câmara arbitral; credenciamento.

ABSTRACT: Departing from existing administrative regulations, this paper presents considerations regarding the enrollment of arbitral institutions by public authorities. Overreaching the definition of requirements, standards, methods, and selection procedures, it intends to allow more precise comprehension of the enrollment in the scope of arbitrations involving the public sector.

KEYWORDS: Arbitration; public administration; institutional arbitration; arbitral institution; enrollment.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos cinco anos, o microssistema normativo da arbitragem no Brasil sofreu diversos influxos que não podem ser ignorados. A reforma da Lei n. 9.307/1996, a promulgação do novo Código de Processo Civil e, especialmente, a profusão de normas próprias do direito administrativo voltadas à disciplina da prática arbitral, exigem da doutrina e da jurisprudência novas compreensões, compatibilizações e perspectivas.

As especificidades das arbitragens envolvendo o poder público introduzem questões inéditas, de enfrentamento necessário. Autonomia da vontade, custeio do procedimento, confidencialidade, seleção de árbitros e câmaras arbitrais são apenas alguns dos tantos aspectos práticos que encontram – nas arbitragens com participação da administração pública – dimensões inexploradas.

Afinal, a novíssima aproximação jurídico-processual entre sujeitos públicos e privados altera premissas teóricas que (ao menos em tese) permitiam bifurcar os ramos do Direito como se segregados fossem (inclusive em termos processuais). Na dinâmica atual, prerrogativas e

sujeições perdem força, dando espaço à necessária coesão do sistema jurídico como um todo.

Bem vistas as coisas, a atuação adequada na via arbitral exige a transposição de antigas condicionantes, que eram próprias da administração pública. Não por outro motivo, atos administrativos regulamentares (como aqueles já exarados para conflitos no âmbito da União e dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro) instalam deveres até então estrangeiros ao mundo da arbitragem e também à atividade administrativa.

O tema escolhido para o presente estudo está imerso nesse contexto: o credenciamento de câmaras arbitrais pelo poder público tem por objetivo não apenas atender condições jurídicas, mas, primordialmente, garantir ao agente público segurança na tomada de decisões. Os aspectos fundamentais a respeito do processo de credenciamento no âmbito das arbitragens público-privadas serão apresentados a seguir.³

2 A CÂMARA DE ARBITRAGEM

Como se sabe, a Lei de Arbitragem foi originalmente concebida para atender necessidades e interesses de partes privadas (nada obstante desde sempre incidente em conflitos envolvendo a administração pública). Com sua reforma (no ano de 2015), a possibilidade de submissão de disputas envolvendo o poder público restou igualmente consolidada (art. 1º, § 1º da

3 Muito embora haja divergência semântica nos decretos regulamentares, este artigo utilizará o termo “credenciamento” – e não “cadastramento” – com o intuito de deixar clara a não-incidência da regra dos arts. 22, incs. II e III, §§ 2º e 3º, e 34 a 37 da Lei n. 8.666/1993, que tratam do “cadastramento” e dos “registros cadastrais” como técnica de habilitação contínua de licitantes. A esse respeito, v. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 128-133.

Lei n. 9.307/1996).⁴ A legislação, todavia, deixou de endereçar importantes questões residuais das quais depende a prática arbitral.

Diante das lacunas legislativas, os esforços da academia se concentram em determinar como seria o *processo arbitral devido e adequado* para casos envolvendo a administração pública brasileira.⁵ Assim, considerando a sistemática singular decorrente da participação de novos *players*, todas as fases da arbitragem (pré-arbitral, arbitral e pós-arbitral)⁶ vêm sendo revisitadas a partir das limitações do regime jurídico próprio da Administração.

Nesse particular, a definição da câmara arbitral é questão angular, sobretudo quando considerada a predileção – revelada em regulamentos administrativos – pela modalidade de arbitragem institucional, em detrimento daquela denominada *ad hoc* (Decreto Federal n. 10.025/2019, Decreto RJ n. 46.245/2018 e Decreto SP n. 64.356/2019).⁷

4 Ainda que outras formas de resolução de conflitos sejam frequentemente referidas como arbitragem e outras nomenclaturas afins, considera-se neste trabalho apenas a arbitragem concebida pela Lei n. 9.307/1996. Assim, o arbitramento (previsto, por exemplo, no art. 20 da Lei n. 9.478/1997), as arbitragens de investimento e a arbitragem classificada como intragovernamental (como aquelas realizadas no âmbito da CCAF), não estão aqui contempladas.

5 MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Dentre outros, ampliar em: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e administração pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública*. Revista Brasileira de Arbitragem, Kluwer Law International, n. 51, jul./set. 2016, pp. 07-21.

6 A respeito das fases da arbitragem, cf. MARTINS, Pedro Antonio Batista. *As três fases da arbitragem*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 87, v. 26, 2006, pp. 87-93.

7 Na dicção de Joaquim Muniz, “[...] as arbitragens podem ser processadas perante uma entidade administradora pré-constituída (*rectius*, arbitragem institucional ou administrada) ou por um árbitro ou painel de árbitros nomeados exclusivamente para aquele fim, sem a administração de qualquer entidade (i.e, arbitragem *ad hoc* ou avulsa)”. (MUNIZ, Joaquim

Segundo a Lei n. 9.307/1996, “Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras [...]” (art. 5º). Logo, a relevância da câmara no processo arbitral é notória.

A principal vantagem de operacionalizar um procedimento institucional consiste na segurança conferida à condução imparcial e supervisão da demanda sob a égide de uma câmara especializada. Embora não sejam órgãos julgadores, as câmaras (i) fornecem o *set* de regras aplicáveis ao procedimento; (ii) prestam serviços singulares de cunho administrativo; (iii) podem atuar como autoridades nomeadoras na indicação/substituição de árbitros; e, (iv) quando necessário, editam atos procedimentais de caráter decisório de acordo com seus regulamentos e regimentos.⁸

Em síntese, seu objetivo é oferecer aos usuários respostas rápidas, tecnicamente precisas, seguras e financeiramente razoáveis, reservando aos árbitros apenas a atividade jurisdicional. Inibe-se a confusão, bem como eventuais condutas oportunistas das partes, entre a gestão interna e externa ao processo arbitral.

Para tanto, os regulamentos e tabelas de custas são elementos diferenciais, que pautam a concorrência entre instituições.⁹ Afinal, não

de Paiva. *Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento*, 2ª ed., Curitiba: CRV, 2014, p. 64).

8 Ampliar em: SILVA, Eduardo Silva da; GUERRERO, Luis Fernando; NUNES, Thiago Marinho. *Regras da arbitragem brasileira: comentários aos regulamentos das Câmaras de Arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons; CAM-CCBC, 2015; e, VASCONCELOS, Ronaldo et al. (Org.). *Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Editora IASP, 2019.

9 O *Anuário da Arbitragem no Brasil* (referente ao ano de 2017), elaborado pelo Comitê Temático de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA, oferece elementos comparativos que permitem traçar os perfis de instituições arbitrais

podemos nos esquecer de que câmaras são instituições privadas, que sobrevivem às custas da receita gerada pelos processos arbitrais. Logo, têm todos os incentivos para se esmerar na eficiência e moralidade no cumprimento de suas tarefas, a fim de que se destaquem no ambiente arbitral.

Dentre diversas opções disponíveis com qualidades à primeira vista pouco distinguíveis (CAM-CCBC, FIESP-CIESP, CAMARB, ARBITAC, CAM-FIEP, CBMA, FGV, AMCHAM e CAMERS, para citar algumas), os pontos-chave para seleção são a *reputação* e a *confiança*.¹⁰ Assim, o apontamento da câmara de arbitragem comporta juízo de *conveniência* e *oportunidade*, porém, tal qual registrado em outra ocasião, sua contratação não se submete às regras de licitação.¹¹ O desafio, portanto, reside no ato da *escolha pública*.

nacionais (15 câmaras). A pesquisa está disponível em: <<http://www.cesa.org.br/media/files/CESAAnuariodaArbitragem2017.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2020.

10 Conforme nota explicativa do item II do *Código de Ética das Instituições* do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), “A escolha da instituição é derivada da confiança nela depositada pelas partes, desde o início, com sua indicação, durante todo o decorrer do procedimento, até o seu final. Essa confiança é imanente à sua conduta quanto ao desenrolar de todo o procedimento, motivo pelo qual a instituição deverá sempre ser imparcial, no sentido de evitar qualquer privilégio a uma das partes em detrimento da outra; independente, entendendo-se não estar vinculada a qualquer das partes envolvidas na controvérsia; competente, no sentido de conhecer profundamente os parâmetros ditados pelas partes e pelo seu próprio regulamento para a organização e a administração do procedimento; e diligente, pressupondo-se que não poupará esforços para proceder da melhor maneira possível quanto à execução das suas funções”. Disponível em: <<https://conima.org.br/institucional/codigo-de-etica-das-instituicoes/>>. Acesso em: 8 mai. 2020.

11 MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Editais de licitação e definição de câmaras arbitrais*: como transpor os desafios. In: CUÉLLAR, Leila et al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 141-150. Em igual sentido, mas por fundamentação diversa: JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração Pública e arbitragem*: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo: RT, v.1, pp.103-150, 2016.

3 O PROCESSO DE CREDENCIAMENTO

A superação da controvérsia quanto à (des)necessidade de licitação para seleção da câmara arbitral responsável por administrar o procedimento em quase nada serviu ao fomento da arbitragem público-privada diante do chamado *apagão das canetas* (a inibição de escolhas públicas diante do abuso de controle externo).

No âmbito das arbitragens *tradicionais*, praticam-se condutas impensáveis em procedimentos aqui classificados como *híbridos*, passíveis de controle. É preciso reconhecer que desafios culturais não podem ser ignorados: o regime jurídico de direito público resiste ao acolhimento de práticas arbitrais bem sedimentadas, pois frequentemente calcadas na autonomia da vontade.

Seguindo a lógica administrativista do passado (que ainda é tão presente), obrigar escolhas livres de qualquer sorte faz com que o agente público responsável se sinta em risco. Paralisado, a tendência é que iniba o agir necessário pelo justo receio de ser punido ao exercer seu mister – mesmo inexistindo dolo ou erro grosseiro – caso o controlador dele discorde.

Com efeito, para reduzir a discricionariedade, gerar confiança e conforto, bem como evitar que o administrador público seja compelido a fazer escolhas sensíveis sem respaldo de parâmetros objetivos, alguns entes administrativos passaram a exigir o credenciamento prévio de câmaras arbitrais.

Oferecendo elementos concretos destinados a, ao menos em tese, inferir e atestar a confiabilidade e a notória especialização das instituições existentes, trata-se de medida que atende integralmente o art. 30 da LINDB, pois incrementa a segurança jurídica “[...] por meio do aperfeiçoamento do desenho institucional da ordem normativa”.¹²

12 MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. *Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica*. Revista de Direito Administrativo, Edição

Além de serem voltados aos agentes públicos, os atos normativos que regulam a criação de listas referenciais não têm conteúdo processual, mas administrativo, a ser observado na assinatura de convenções arbitrais. Bem por isso, é direito subjetivo dos contratados conhecer os critérios que orientam a escolha.¹³

Os regulamentos administrativos existentes indicam que o referido credenciamento pode ser postulado pelos interessados a qualquer tempo. O eventual registro da câmara não está sujeita a prazo certo e determinado (art. 14, § 2º do Decreto fluminense e art. 5º, § 1º da Resolução PGE-SP n. 45/2019), podendo ser revista de ofício em caso de “notório descumprimento” das condições previstas em resolução específica (art. 5º, § 2º da Resolução PGE-SP n. 45/2019).

Ainda, depreende-se que o credenciamento não caracteriza vínculo contratual com o poder público (art. 10, § 1º Decreto Federal) e tampouco gera direito subjetivo de escolha para as câmaras registradas (art. 14, § único do Decreto paulista). Apenas é uma técnica de formalização prévia dos requisitos mínimos e correspondente transparência na definição das câmaras que podem funcionar em processos arbitrais público-privados.

Apenas ilustrando o que será melhor trabalhado no próximo tópico, para administrar procedimentos que tenham o poder público como parte, as câmaras arbitrais precisam atender requisitos mínimos que vão desde seu tempo de funcionamento, até o atestado de reconhecida idoneidade e experiência na condução de procedimentos envolvendo entes da administração pública direta ou indireta.

Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro: nov. 2018, p. 244.

13 GARCIA, Flávio Amaral. *A escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais*. In: CUÉLLAR, Leila et al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 119-128.

Na solução que vem prevalecendo, as instituições interessadas em integrar os diferentes registros de câmaras arbitrais deverão submeter requerimento na forma previamente veiculada e comprovar documentalmente o atendimento de todas as exigências impostas pelo respectivo ente público. A decisão quanto ao credenciamento será informada à parte solicitante e publicada no Diário Oficial. Em caso de indeferimento, é cabível recurso administrativo (o que não é expressamente previsto para os casos de descredenciamento).

O processo é relativamente novo. Idealizado pelo Decreto fluminense que regulamenta o uso da arbitragem pela administração pública (n. 46.245/2018), foi replicado com pequenas alterações no Decreto paulista de mesma finalidade (n. 64.356/2019) e também no Decreto Federal n. 10.025/2019, que “dispõe sobre a arbitragem, no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário”.¹⁴

O ineditismo do regime, todavia, se valeu de conceitos antes estampados em outros atos normativos. Diferente do que possa parecer, a fixação de condições de observância obrigatória para eleição de câmaras arbitrais em leis e atos infralegais não é novidade. Sua origem remonta ao ano de 2011.

Previsto pela primeira vez na Lei Mineira de Arbitragem, que “dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígios em que o Estado seja parte”, o rol de exigências para escolha da instituição arbitral determina que seja dada preferência à câmara com sede no Estado, devendo ainda observar o conjunto de condições que segue (art. 10 da Lei n. 19.477/2011): “[...] I - estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos; II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; III

14 *En passant*, a técnica também é mencionada no artigo 31, § 5º, da Lei n. 13.448/2017, que versa sobre prorrogação e relicitação nos contratos do Programa de Parceria de Investimentos (PPI); e no art. 10-B da Lei n. 13.867/2019, que autoriza o uso da arbitragem e da mediação nas disputas sobre indenizações decorrentes de atos de desapropriação.

- ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo; IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.”¹⁵

A justificativa institucional para promulgação da referida Lei foi assentada na tríade *cautela, segurança jurídica e eficiência administrativa*. Ainda assim, as razões políticas (em tudo complementares) não podem ser ignoradas: “[a] finalidade mais imediata da Lei Mineira de Arbitragem parece ter sido a de criar uma estrutura de incentivos cujo objetivo é favorecer a captação de investimentos privados dentro do Estado de Minas Gerais”.¹⁶

Na mesma linha de fomento à economia local, regular a escolha da câmara de arbitragem foi efeito político secundário, notadamente por apenas uma instituição arbitral cumprir as condições estipuladas. Constituída em 1998 com o nome de Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, a CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial, hoje figura dentre as principais instituições do país, tendo administrado pelo menos 18 (dezoito) procedimentos envolvendo partes sujeitas ao regime de direito público.¹⁷

A iniciativa, até então isolada, ecoou, e o já revogado Decreto Federal n. 8.465/2015, igualmente condicionou a eleição da câmara de arbitragem. Agora, para disputas do setor portuário, foram estabelecidos os seguintes requisitos para atuação das câmaras (Art. 7º, § 3º): “I - ter sede no Brasil; II - estar regularmente constituída há pelo menos três anos; III - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; e IV - ter

15 Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.htm?tipo=LEI&num=19477&comp=&ano=2011>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

16 PRADO, Maria da Graça de Almeida. *Lei Mineira de Arbitragem*: uma abordagem institucional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 33, abr./jun. 2012, pp. 35-60.

17 A apresentação completa da CAMARB está disponível no *website* da instituição: <<http://camarb.com.br/>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais”.¹⁸

Demonstrando cabal interesse da Administração Pública federal pela arbitragem, a complexa e controversa regra legal foi editada com o propósito de regulamentar a atuação dos agentes públicos encarregados da resolução de conflitos decorrentes dos contratos portuários, inclusive naqueles já em curso.¹⁹ Após duras críticas por parte de arbitralistas²⁰, acabou revogado e substituído em 2019 pelo já mencionado Decreto n. 10.025, que suprimiu as normas mais problemáticas e aprimorou a regulamentação da matéria.

Como se infere, ainda que o uso da arbitragem pela administração pública não demande a edição de qualquer regulamento administrativo e que a exigência de credenciamento prévio nem sequer existisse até recentemente, sua essência – a despeito da inquietação na comunidade arbitral –, estava há muito assentada no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, dentro da moldura da Lei n. 9.307/1996, tanto a lei estadual específica (limitada à unidade federativa em que foi editada) quanto o decreto federal (que alcança apenas a estrutura hierárquica da Administração Pública em âmbito federal) ostentam caráter acessório.

18 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm>. Acesso em: 18 mai. 2020.

19 A respeito do Decreto, dentre outros, cf. MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Arbitragem no Setor Portuário*: análise do Decreto n. 8.465/2015; e PEREIRA, Cesar Guimarães. *Arbitragem no Setor Portuário e o Decreto 8.465/2015*. In: PEREIRA, Cesar Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

20 Por todos, ver a obra coletiva *Arbitragem e Administração Pública*: temas polêmicos. MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães (coord). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

Não resta dúvida de sua dispensabilidade, o que não significa dizer que a edição por conveniência do Poder Executivo estava vedada.²¹

4 OS PARÂMETROS OBJETIVOS DO CREDENCIAMENTO PRÉVIO

Se para melhor ou para pior, fato é que a margem de discricionariedade administrativa é reduzida pela edição de atos regulamentares. Quando a regulamentação é orientada por balizamento técnico, presta-se a pautar adequadamente o administrador público no processo de escolha. Nesses casos, estabelecendo parâmetros mínimos de conduta, pode trazer benefícios. De pronto, referem-se a segurança e conforto decisório para os gestores, além de redução dos custos de transação e dificuldades extras para comportamentos oportunistas.

21 Por analogia, cabe registrar a lição de José Emilio Nunes Pinto: “É justamente por essa razão que entendemos que as disposições relativas à arbitragem e inseridas nas leis especiais que regulamentam determinados setores e atividades não se constituem em exceção a um princípio que teoricamente impediria que o Estado e suas empresas se sujeitassem à arbitragem. Essas leis, por não serem específicas em relação à arbitragem, estão alinhadas com a autorização geral contida na Lei de Arbitragem. Se examinarmos o conteúdo dessas disposições, constataremos que têm elas o objetivo precípuo de autorizar que as controvérsias surgidas nos contratos por elas regulados sejam dirimidas por arbitragem. O foco central dessas disposições é determinar as cláusulas contratuais que são tidas como essenciais em contratos da natureza daqueles por ela regulados para assegurar a validade e legalidade dos mesmos. Assim sendo, baseadas na autorização geral contida na Lei de Arbitragem e requerida pelo princípio da legalidade, outorgam elas à cláusula que regule a utilização da arbitragem nesses contratos o caráter de essencialidade. É claro que, por serem leis de mesma hierarquia, a declaração do caráter de essencialidade reitera (mas, sublinhe-se, não cria) qualquer tipo de autorização legal, até porque esta já existe”. PINTO, José Emilio Nunes. *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*. Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: n. 01, jan./mar. 2004, p. 16.

Com redação enxuta, as soluções admitidas no modelo federal (Decreto n. 10.025/2010) e também nos estados do Rio de Janeiro (Decreto n. 46.245/2018) e São Paulo (Decreto n. 64.356/2019) guardam constância e regularidade. Como usualmente acontece, a maior parte dos dispositivos se limitam a reproduzir ou ajustar pontualmente conceitos existentes no ato primevo (confira-se resumo na *Tabela 1*, ao final do trabalho).

Seguindo a sistemática padrão replicada em todos os regulamentos administrativos, caberá ao órgão encarregado da representação jurídica do respectivo ente público estabelecer a forma de comprovação dos requisitos previstos nos Decretos, além de credenciar as entidades habilitadas mediante expedição de certidão declaratória, sendo facultada a fixação de condições adicionais (art. 10, § 2º, Decreto Federal; art. 14, § 1º, Decreto RJ; e art. 15, par. ún., Decreto SP).

Atendendo o comando normativo constante do correspondente decreto, as Resoluções n. 45/2019 da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e n. 4.213/2018 da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro disciplinam o credenciamento de órgãos nacionais e estrangeiros com pouca inovação. É o que se analisa a seguir.

Em síntese, para administrar arbitragens envolvendo a administração pública no Rio de Janeiro, as câmaras arbitrais devem: (i) oferecer estrutura física no RJ – própria ou conveniada –, disponibilizando espaço para realização de audiências e serviços de secretaria, sem custo adicional às partes (art. 3º, inc. e § 1º); (ii) estar regularmente constituídas e em funcionamento por no mínimo 5 (cinco) anos (art. 3º, inc. II e III); e, (iii) ostentar reconhecida idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais, tendo conduzido no mínimo 15 arbitragens no ano-calendário anterior ao requerimento do credenciamento, sendo ao menos uma fundada em contrato que envolva valor superior a

R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)²² e uma com a participação de ente da administração pública (art. 3º, inc. IV e § 2º e 3º).

O Estado de São Paulo introduziu poucas novidades, fixando em resolução os seguintes requisitos mínimos para credenciamento de câmaras arbitrais: (i) espaço físico para operacionalização dos serviços de secretariado e realização de audiências na cidade de São Paulo, o que também pode ser feito em sede própria ou por convênio, em qualquer caso sem onerar às partes (art. 2º, inc. I e § 1º); (ii) regular constituição e funcionamento por 5 (cinco) anos ou mais (art. 2º, inc. II e § 2º); (iii) atendimento aos requisitos legais para receber pagamentos pela administração pública (art. 2º, inc. III e § 3º e 4º); e, (iv) notória reputação na condução de procedimentos arbitrais envolvendo o poder público, comprovando o início de pelo menos 15 (quinze) arbitragens no ano calendário anterior ao credenciamento, sendo uma delas com valor da causa superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) e, cumulativamente, a existência de pelo menos uma arbitragem em curso ou já finalizada que tenha como parte a administração pública direta e/ou indireta (art. 2º, inc. IV e § 5º).

No Rio de Janeiro, a análise dos documentos será realizada por Comissão composta por 3 (três) Procuradores do Estado designados pelo Procurador-Geral a cada termo de 12 (doze) meses (art. 5º e 6º da Resolução PGE-RJ n. 4.212/2018). Já em São Paulo, cabe ao Procurador do Estado Coordenador da Assistência de Arbitragens apreciar a documentação submetida (art. 3º, *caput*, da Resolução PGE-SP n. 45/2019).

22 O problema do piso de valor para a contratação também instala desafios, que não serão tratados neste artigo. Apenas para consignar um juízo comparativo, registre-se o valor-piso para contratações em projetos de parceria público-privada federais: R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais), nos termos do art. 2º, § 4º, inc. I, da Lei n. 11.079/2004. Logo, a lei federal autoriza contratos administrativos complexos de longo prazo, com cláusula arbitral expressa (as PPPs são seu local próprio), em valores a partir de dez milhões de reais, mas os decretos exigem arbitragens pelo dobro (Rio de Janeiro) e o quántuplo (São Paulo) dessa quantia. Talvez algo excessivo, a ser investigado.

Na esfera federal, a Advocacia-Geral da União não editou regulamentação complementar até a escrita deste artigo. Justamente por isso, os requisitos por ora aferíveis são apenas os constantes do art. 10, do Decreto n. 10.025/2019: (i) estar em funcionamento regular há pelo menos 3 (três anos); (ii) ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e, (iii) dispor de regulamento próprio, em língua portuguesa.

Em primeira análise, admite-se que as exigências para credenciamento seriam passíveis de cumprimento pelas principais câmaras arbitrais do país, pelo que dispensariam maior inquirição. Todavia, um olhar mais detido permite pontuar rapidamente algumas questões de relevância prática.

Quanto ao aspecto *estrutural*, a pouca tradição na utilização da arbitragem pode ser apontada como responsável pela condição que determina que as câmaras ofereçam estrutura física na capital do ente federado. Isso porque o acolhimento da tecnologia em procedimentos arbitrais torna absolutamente inócuo o requisito, o que restou comprovado já no início da pandemia de Covid-19.²³

Como bem demonstram as resoluções administrativas editadas pelas instituições de arbitragem no afã de mitigar o impacto das restrições impostas pelas medidas de distanciamento social, a impossibilidade de realização de atos presenciais (dentre os quais destacam-se protocolos e audiências) em nada afeta os procedimentos. A despeito das medidas emergenciais vigentes, a maior parte das arbitragens segue seu curso regular, com o cumprimento eletrônico de prazos, reuniões e audiências

23 Outras razões são elencadas com precisão no seguinte artigo: PROCOPIAK, Maria Claudia. *Resolução nº 45 da Procuradoria-Geral do Estado sobre o cadastramento de Câmaras Arbitrais pelo Estado de São Paulo: um comentário*. Revista Brasileira de Arbitragem. Kluwer Law International: n. 65, jan./mar., 2020, pp. 202-212.

por tele ou videoconferência e notificações por meios remotos (como e-mail e até mesmo WhatsApp).²⁴

Quanto aos aspectos *qualificação e idoneidade*, pertinente a preocupação externada pelos entes públicos. Afinal, em ambientes controlados não há espaço para amadores. Dito isso, resta saber como a instituição demonstrará o atendimento à condição imposta diante da imperativa confidencialidade dos procedimentos que não envolvam a Administração.

A *priori*, basta que a câmara interessada instrua seu requerimento com a declaração, sob as penas da lei, de atendimento aos parâmetros pré-fixados. A obrigação está limitada ao fornecimento de simples declaração, providência que não demanda a quebra do sigilo que resguarda grande parcela das arbitragens em curso. Ainda assim, a medida tende a causar certo desconforto na medida em que poderão ser exigidos *documentos adicionais* para aferição do que fora declarado.

Exemplo disso são as exigências de comprovação (i) da administração de um certo número de procedimentos arbitrais no ano-calendário anterior; e, (ii) de ao menos uma arbitragem envolvendo valor específico (seja do contrato ou da causa). Nas duas hipóteses, caso seja requerida evidência do que fora declarado e a informação diga respeito a um ou mais procedimentos entre particulares, a câmara poderá se deparar com restrição intransponível.

Outro dado importante é semelhante ao que aflige as habilitações em licitações públicas, desde o seu nascedouro.²⁵ O problema é antes

24 Matéria jornalística a respeito do assunto está disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/04/20/camaras-arbitrais-passam-a-julgar-todos-os-casos-por-meio-eletronico.ghtml>>. Acesso em: 22 maio 2020.

25 O problema está em definir como critério condicionante da contratação a prestação de serviços semelhantes (critério objetivo) a um mesmo grupo de sujeitos (critério subjetivo). O que exclui novos entrantes e, assim, gera estímulos à inibição da concorrência, à concentração de contratos numa mesma entidade e, no limite, à cartelização. A lógica

lógico do que jurídico: para ser credenciado, é necessário ter realizado arbitragens com a administração pública. Mas, a partir da edição dos decretos, só podem ser credenciados aqueles que já realizaram arbitragens com a administração pública. Logo, restringe-se a competição das câmaras e se inibe a instalação de novas – afinal, mesmo com o passar do tempo e a excelência dos serviços, jamais poderão atender a arbitragens com a administração pública sem antes ter atendido a arbitragens com a administração pública. Essa reserva de mercado precisa ser debatida e revistos os critérios.

Por fim, quanto à habilitação para receber pagamentos pela Administração Pública, ainda que se verifique a intenção de permitir o credenciamento de instituições internacionais, a previsão desta condicionante inviabiliza totalmente o credenciamento de câmaras estrangeiras. Na sua disciplina imediata, impõe-se a apresentação de documentos como CNPJ, decreto de autorização para funcionamento no país, certificado de regularidade do FGTS e outras certidões de natureza tributária que acabam por excluir de pronto sofisticadas instituições de grande reputação internacional. O próximo passo – que se espera seja dado em breve – reside na equiparação de tais exigências, ou mesmo na supressão de algumas delas, quanto a entidades estrangeiras.²⁶

da habilitação, que poderia ser, *cum grano salis*, replicada no credenciamento, deve ser “o máximo a ser exigido deve ser o mínimo possível de se exigir”. Sobre o tema, v. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 288-366.

26 Como se deu nas licitações internacionais. Ampliar em: MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. *Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, v. 269, pp. 67-106, mai. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57595>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

As advertências acima são especialmente relevantes para evitar a limitação injustificada de opções disponíveis. Até a conclusão deste artigo, estavam autorizadas a conduzir arbitragens no Estado do Rio de Janeiro as seguintes instituições: CAESP; CAM-CCBC; CBMA; CAMARB; e, a Câmara da FGV.²⁷ Já no Estado de São Paulo, a relação indica apenas a Câmara da AMCHAM, a CAM-CCBC e a CAMARB.²⁸ Todas altamente qualificadas e idôneas, mas fato é que existem várias outras, com qualidades equivalentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode constatar, o acolhimento da via arbitral na resolução de conflitos envolvendo a administração pública provoca a necessidade de harmonização entre regras de direito público e privado, especialmente aquelas que se apresentam mais restritivas e limitadoras da autonomia das partes.

Com efeito, se nas relações privadas a escolha da câmara arbitral depende exclusivamente da vontade dos contratantes, o cenário é outro quando a arbitragem tem como parte ente público. Aqui, é preciso fortalecer o processo de escolha – abrاندando a discricionariedade pela técnica e pela segurança jurídica.

Ainda recente, a solução que vem prevalecendo com constância e regularidade é a do credenciamento das câmaras arbitrais. Foi essa, como visto, a opção federal (Decreto n. 10.025/2019), do Estado do Rio de Janeiro (Decreto n. 46.245/2018) e do Estado de São Paulo (Decreto n. 64.356/2019).

27 Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/entendimentos/arbitragem>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

28 Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/arbitragens/arquivos/Camaras.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

Para trazer segurança ao administrador público, os atos normativos em questão fixaram parâmetros mínimos a orientar escolhas motivadas. No caso das câmaras arbitrais, exigem-se comprovações que permitam aferir, além da especialização, sua tradição e respeitabilidade, dentre outros critérios garantidores de uma atuação eficiente na administração dos procedimentos.

Do exposto decorre que o credenciamento de câmaras de arbitragem: (i) se destina a disciplinar o exercício de competência atribuída a cada um dos entes públicos pela Lei n. 9.307/1996; (ii) dá cumprimento ao art. 30 da LINDB; (iii) autovincula as câmaras credenciadas; e, (iv) quando simples e direto, limitado ao conteúdo estritamente necessário, favorece à arbitragem.

Certamente, o exercício de sopesar a utilidade e as possíveis consequências do processo de credenciamento no âmbito das arbitragens público-privadas ainda depende de reflexão e amadurecimento por parte dos operadores de direito. Ao correlacionar a teoria com a prática, esperamos ter contribuído modestamente para aprimorar a questão.

6 REFERÊNCIAS

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International: n. 51, jul./set. 2016, pp. 07-21.

GARCIA, Flávio Amaral. A escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais. In: CUÉLLAR, Leila et al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo: RT, v.1, 2016, pp.103-150.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. As três fases da arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 87, v. 26, 2006, pp. 87-93.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. Editais de licitação e definição de câmaras arbitrais: como transpor os desafios. In: CUÉLLAR, Leila et al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 269, pp. 67-106, mai. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57595>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____; GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Licitação Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*. Rio de Janeiro: nov. 2018, pp. 243-274.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Arbitragem no Setor Portuário: análise do Decreto nº 8.465/2015. In: PEREIRA, Cesar Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento*, 2ª ed. rev. e ampl. Curitiba: CRV, 2014.

PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem no Setor Portuário e o Decreto 8.465/2015. In: _____. SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: n. 1, jan./mar. 2004, pp. 9-26.

PRADO, Maria da Graça de Almeida. Lei Mineira de Arbitragem: uma abordagem institucional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 33, abr./jun. 2012, pp. 35-60.

PROCOPIAK, Maria Claudia. Resolução nº 45 da Procuradoria-Geral do Estado sobre o Cadastramento de Câmaras Arbitrais pelo Estado de São Paulo: um Comentário. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Kluwer Law International: n. 65, jan./mar. 2020, pp. 202-212.

SILVA, Eduardo Silva da; GUERRERO, Luis Fernando; NUNES, Thiago Marinho. *Regras da arbitragem brasileira: comentários aos regulamentos das Câmaras de Arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons; CAM-CCBC, 2015.

VASCONCELOS, Ronaldo et al. (Org.). *Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Editora IASP, 2019.

TABELA 1 – RESUMO COMPARATIVO ENTRE O DECRETO FEDERAL N. 10.025/2010 E OS DECRETOS ESTADUAIS N. 46.245/2018-RJ E N. 64.356/2019-SP

	Decreto RJ 46.245/2018	Decreto SP 64.356/2019	Decreto Federal 10.025/2010
Exigência de credenciamento prévio	Art. 14, caput	Art. 7º, caput	Art. 3º, inc. VI; e Art. 10, § 1º
Tempo mínimo de funcionamento	Art. 14, inc. II	Art. 15, inc. II	Art. 10, inc. I
Reputação na condução de procedimentos arbitrais	Art. 14, inc. IV	Art. 15, inc. IV	Art. 10, inc. II
Regulamento próprio, em português	---	---	Art. 10, inc. III
Escolha da câmara feita pelo particular/contratado	Art. 8º	Art. 7º	Art. 11, caput e § 1º
Possibilidade de substituição	Art. 8º, par. único	---	Art. 11, § 3º
Estrutura na sede da arbitragem	Art. 14, inc. I, § 3º e § 4º	Art. 15, inc. I	---
Habilitação legal para receber pagamentos	---	Art. 15, inc. III	---
Outros critérios estabelecidos	Resolução n. 4213/2018 PGE-RJ	Resolução n. 45/2019 PGE-SP	---

Os critérios *de direito e por equidade* no julgamento das arbitragens envolvendo a Administração Pública no Brasil

The criteria at law and in equity in the judgment of arbitrations involving Public Administration in Brazil

*Gustavo Justino de Oliveira*¹

*Rafael Augusto Silva Domingues*²

RESUMO: O ordenamento jurídico brasileiro proíbe expressamente a utilização da *equidade* como critério de julgamento das arbitragens envolvendo a Administração Pública. Sendo assim, nestes casos, a arbitragem deve ser sempre *de direito*. O problema, contudo, é saber o que se deve entender por critério *de direito* e qual a sua fronteira com o critério de julgamento por *equidade*. A proposta do trabalho é refletir sobre algumas respostas.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; arbitragem; critério de julgamento.

1 Professor de Direito Administrativo na USP e no IDP (Brasília-DF e SP). Árbitro, consultor e advogado especializado em Direito Público.

2 Doutorando em Direito Administrativo na USP. Procurador do Estado do Paraná.

ABSTRACT: Brazilian judicial system expressly forbids using equity as judging criterium in arbitration involving the Public Administration. Henceforth, arbitration, in those cases, must always be in law. The problem, however, is to know what must be understood as criterium in law and what are its limits regarding judging criterium in equity. The point of this work is to consider some answers.

KEYWORDS: Public Administration, arbitration, judging criteria.

1 ATUALIDADE DA PROBLEMÁTICA A SER ENFRENTADA

É fora de dúvida que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe expressamente a utilização da *equidade* como critério de julgamento das arbitragens envolvendo a Administração Pública.³ Sendo assim, nestes casos, a arbitragem deve ser sempre *de direito*.

O problema, contudo, é saber o que se deve entender por critério *de direito*.

O critério conhecido como *de direito* é a mesma coisa que legalidade estrita, ou seja, é a lei formal aprovada pelo Parlamento ou, ao revés, é um conceito mais amplo do que isso? E, sendo um conceito mais amplo, qual a sua fronteira com o critério de julgamento por *equidade*?

A questão não é sem motivo.

3 “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

Por exemplo. O Decreto n. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro, o primeiro a regulamentar a matéria, estipula que além dos requisitos previstos na Lei de Arbitragem, da convenção de arbitragem constará obrigatoriamente “[...] a escolha das leis da República Federativa do Brasil, inclusive os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico nacional, para reger a convenção de arbitragem, o processo de arbitragem e o mérito da disputa, sendo vedado o julgamento *por equidade*” (art. 4º, II).

O Decreto Federal n. 10.025/2019, por sua vez, estipula que “será admitida exclusivamente a arbitragem *de direito*” (art. 3º, I), bem como que “as regras do direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as da legislação brasileira” (art. 3º, II).

No mesmo sentido, o Decreto n. 64.356/2019 do Estado do São Paulo exige “a escolha das leis da República Federativa do Brasil como sendo a lei aplicável, vedado o julgamento *por equidade*” (art. 4º, § 1º, 2).

O que se deve afinal entender por “legislação brasileira” (do Decreto Federal)? E o que se deve afinal entender por “leis da República Federativa do Brasil” (dos Decretos fluminense e paulista)? E, finalmente, o que se deve entender por julgamento *por equidade*?

A proposta do trabalho é apenas exercer um juízo reflexivo e de certo modo exploratório sobre algumas respostas.

2 O CRITÉRIO DE JULGAMENTO DE DIREITO: LEGALIDADE FORMAL?

Começando pelo critério de julgamento conhecido como *de direito*, é importante refletir se ele corresponde ao conceito de legalidade formal. Para tanto, parece conveniente considerar a evolução do conceito de legalidade no direito administrativo.

No direito administrativo do século XIX e início do século XX, a Administração Pública nunca poderia atuar senão para a “fiel execução

da lei”⁴, de maneira que toda a sua atividade infralegal inexoravelmente deveria estar vinculada à lei formal.

Tudo isso parece ser o resultado de uma visão segundo a qual a lei formal seria suficiente e adequada para resolver, através de simples subsunção, todos os conflitos ou controvérsias eventualmente existentes entre a Administração pública e o particular.

Ocorre que o direito administrativo do Estado pós-social do século XXI, confirmando a tendência iniciada no Estado social da segunda metade do século XX, consolidou a ideia de que é necessário alargar o conceito de legalidade. O princípio da legalidade já não pode mais ser associado à ideia de legalidade formal, indo muito além para abarcar um conceito mais amplo que a doutrina tem identificado como *princípio da juridicidade*.⁵

Com efeito, os atos infralegais (decretos, resoluções, portarias etc.) não mais se prestam apenas para a *fidel execução da lei*, possuindo, mais do que isso, a capacidade de produzir direito novo, vale dizer, constituem fonte autônoma do direito.

A LINDB, *e.g.*, parece ter se apercebido dessa nova realidade, reconhecendo a importância dos “regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas” para a segurança jurídica.⁶

Os múltiplos decretos editados pelos entes federativos durante a

4 Na doutrina brasileira, se tornou clássica a definição de Miguel Seabra Fagundes segundo a qual “*administrar é aplicar lei de ofício*”.

5 “O alargamento do princípio da legalidade (quando ainda era desconhecido o termo juridicidade) encontrou no francês Charles Eisenmann um dos seus principais expoentes, representando uma profunda alteração da sua concepção originária rumo à ideia de um princípio da ‘não contrariedade’ ou ‘da conformidade’.” (*O direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, abr.-jun., 1959, v. 56, pp. 47-70).

6 “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.”

atual pandemia de coronavírus (Covid-19) também parecem ter deixado isso muito evidente.

Em síntese, a juridicidade como contraponto à legalidade formal também significa o cumprimento da Constituição.

De outro lado, deve ser ressaltado que no Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a superação da legalidade em sentido formal significa, também, a observância da Constituição. O administrador público, ao contrário do período do legalismo, deve obediência ao direito globalmente considerado.⁷

O *princípio da juridicidade* com a sua maior amplitude, portanto, parece servir de parâmetro para a definição do que se deve entender por critério *de direito* na arbitragem.

3 O QUE MAIS PODE SER CONSIDERADO CRITÉRIO DE DIREITO?

Se a identificação do que se entende por critério *de equidade* parece mais difícil de ser realizada, mais nebulosa, a identificação do critério *de direito*, por sua vez, deve encontrar parâmetros mais objetivos, especialmente na própria legislação brasileira.

O Decreto n. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro parece oferecer uma pista sobre a questão quando diz que, além das leis brasileiras, se aplicam também “os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico nacional” (art. 4º, II).

7 “As fontes da juridicidade administrativa são as normas que compõem o sistema jurídico em toda a sua gama, partindo-se, pois, da Constituição até o ato normativo emanado da entidade política no exercício de sua função administrativa-normativa.” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 85).

Como se sabe, tratados internacionais não têm a natureza jurídica de lei formal, estando sujeitos a um rito procedimental próprio para poder entrar em vigor no Brasil (art. 84, VIII c/c art. 49, inciso I da CF).

Essa previsão representaria uma fissura no critério de julgamento *de direito*? Existiriam outras hipóteses que não a lei formal passíveis de serem enquadradas no critério *de direito*?

Por exemplo. O árbitro deve aplicar as chamadas *súmulas vinculantes* ou elas se aplicam apenas “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art.103-A da CF)?

E o sistema de *precedentes obrigatórios* adotado pela lei brasileira (art. 927 do CPC) deve ser observado pelo árbitro quando o conteúdo da decisão judicial for de índole material (e não meramente processual)?

A resposta para ambas as perguntas parece ser positiva. Tanto as *súmulas vinculantes* como os *precedentes obrigatórios* (aqueles de índole material) se enquadram no conceito do critério de julgamento *de direito*.

Portanto, quando se percebe que o princípio da legalidade é mais amplo do que a mera legalidade formal, ou seja, a lei oriunda do Parlamento, tudo leva a crer que o árbitro deve considerar todo esse arcabouço como critério de julgamento *de direito*.

4 E SE O PRÓPRIO DIREITO FOR O OBJETO DA DISPUTA?

E se o próprio *direito* for o objeto da disputa? Qual o critério a ser utilizado caso esteja em disputa exatamente um determinado critério *de direito*? Que critério se deve utilizar quando, *e.g.*, o próprio ato infralegal (decreto, resolução, portaria etc.) for objeto da disputa?

É que, conquanto os chamados *direitos patrimoniais disponíveis* sejam normalmente objeto dos contratos administrativos, não é raro ocorrer que os *efeitos patrimoniais* decorrentes da edição de atos infralegais (*atos de império*) causem impacto nesses contratos administrativos e se

transformem exatamente no objeto da disputa.⁸ Recentemente, como se verá mais abaixo, alguns entes federativos têm lançado mão – por decreto – da suspensão dos contratos administrativos de prestação de serviços com a manutenção do pagamento de empregados.⁹

Qual o critério *de direito* deve ser aplicado?

Se houver qualquer outra normatização que não a do ato infralegal objeto da disputa, a questão simplesmente não se coloca. Mas e se não houver? Como resolver a disputa?

É importante saber o que a própria legislação brasileira diz?

A LINDB, *e.g.*, estabelece que, quando a lei for omissa, o juiz deve aplicar a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais do direito* (art. 4º).

Mas esses critérios devem ser enquadrados como critérios de julgamento *de direito* ou *por equidade*? Os *costumes*, *e.g.*, podem ser enquadrados no conceito de critério de julgamento *de direito*? E os *princípios gerais do direito* também podem?

Parece que sim, uma vez que o próprio direito estabelece o dever de aplicar esses critérios.

Se havia alguma resistência quanto à aplicação dos *costumes* no direito administrativo, depois da edição do art. 24 da LINDB não existe mais razão para não os aplicar.¹⁰

A expressão “prática administrativa reiterada” não deixa dúvida de que os *costumes* também existem no mundo jurídico, devendo

8 No CC 139.519-RJ, *e.g.*, o objeto da disputa envolvia exatamente um ato normativo editado pela ANP que teria impactado economicamente um contrato de concessão celebrado com a Petrobrás.

9 *E.g.*: Decreto n. 47.004, de 27 de março de 2020, do Estado do Rio de Janeiro.

10 “Art. 24, Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.” (Grifo do autor)

ser considerado, como consequência, um critério *de direito* para um julgamento arbitral envolvendo a Administração Pública brasileira.

Outro exemplo. O *princípio geral do direito* conhecido como proibição do *venire contra factum proprium* também parece perfeitamente aplicável num julgamento arbitral envolvendo a Administração Pública brasileira.

Perceba que esse *princípio geral do direito* parece guardar forte correspondência com o art. 24, *caput* da LINDB segundo o qual é vedado declarar inválidas situações plenamente constituídas com base em “*mudança posterior de orientação geral*”.¹¹ Resta saber se esse *princípio geral do direito* vincula somente a Administração Pública ou também o particular, mas essa é outra questão para outro momento. O fato é que tudo indica que ele integra o chamado critério *de direito*.

A propósito, é interessante notar como a legislação brasileira (LINDB) de alguma forma mantém como que um “portal interdimensional” em relação a um direito que está para além do Estado Nacional. No exemplo citado acima, a origem da proibição do *venire contra factum proprium* parece ser a chamada *lex mercatoria*, aplicável às *arbitragens internacionais* de todo o mundo.

5 O CRITÉRIO DE JULGAMENTO *POR EQUIDADE*

Se o critério de julgamento *de direito* não se limita à legalidade estrita, alcançado um espectro muito maior (constituição + lei formal + atos infralegais + costumes + princípios gerais do direito), então resta

11 “Art. 24, *caput*. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.” (Grifo do autor).

tentar identificar os contornos do outro critério, o *da equidade*.

O termo *equidade* não é unívoco, ao menos no sentido de que é possível emprestar mais de uma função para ele dentro da ciência jurídica.

Nesse passo, é necessário perceber que a *equidade* pode se referir ao direito de igualdade, de maneira que se pode concluir que a *equidade* (igualdade) também integra o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, também constitui a legislação brasileira (e.g., art. 5º, *caput* da CF) e, nessa condição, não deixa de ser um critério *de direito* para fins de julgamento na arbitragem.

Portanto, enquanto critério *de direito*, é possível em tese decidir com base no *direito de igualdade* – um direito como qualquer outro – nas arbitragens envolvendo a Administração Pública.

De outro lado, contudo, a *equidade* também pode se referir a um modo de proceder do árbitro, a uma forma específica de apreciar uma disputa, enfim, a um critério de julgamento da arbitragem.

Na arbitragem internacional é utilizada a expressão *ex aequo et bono*, que normalmente vem associada com a expressão latina *amiable compositeur*.

Percebe-se que a ideia que se pretende passar com as expressões latinas é diferente, mais ampla, complexa e sofisticada, em relação à ideia que o termo *equidade* transmite num primeiro momento. Embora o termo *equidade* não seja o melhor para transmitir a ideia que se pretendia transmitir, esta foi a opção do legislador brasileiro.

O fato é que o critério de julgamento conhecido como *ex aequo et bono* ou *amiable compositeur* (para a lei brasileira, *equidade*) remete à ideia de que o árbitro detém um poder, quase uma arte, de solucionar disputas conforme a sua vasta experiência e expertise e de modo desvinculado de normas jurídicas específicas.

Sem prejuízo dessa ideia, parece conveniente tentar encontrar parâmetros para se definir a *equidade* enquanto critério de julgamento na arbitragem.

Se a LA não define exatamente o que é julgamento *por equidade*, o CPC também não o faz¹², deixando para a doutrina essa tarefa.

Luiz DELLORE oferece a seguinte definição:

Não se pode confundir julgamento por equidade e julgamento com equidade. Julgamento por equidade é aquele em que se autoriza o juiz, expressamente, a afastar-se de critérios de legalidade estrita e tomar a decisão que lhe parecer mais conveniente e oportuna (discricionariedade judicial). Por força do artigo 140, parágrafo único, do CPC/2015, trata-se de situação absolutamente excepcional no direito brasileiro. Julgamento com equidade, por sua vez, se dá quando, na aplicação da lei, o juiz atende aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Por imperativo legal (artigo 5.º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), é a regra geral de julgamento no Brasil. (Grifo do autor)

Salvo melhor juízo, não parece adequado opor o julgamento *por equidade*, excepcional por força de lei (art.140, parágrafo único do CPC), ao julgamento *com equidade* (art. 5º da LINDB), como se fossem polos opostos, ou seja, como se o primeiro representasse o puro arbítrio do juiz e o segundo a racionalidade do juiz.

É que não faz muito sentido dizer que o juiz ou o árbitro pode, quando autorizado por lei, julgar uma disputa ao seu bel prazer, tomando uma decisão que lhe pareça mais conveniente e oportuna, ou seja, com base no puro arbítrio (ainda que se lhe dê o nome de *discricionariedade judicial*), como parece sugerir a doutrina ao definir o julgamento *por equidade*. E note que a jurisprudência também já incidiu no mesmo equívoco quando deu a entender que no julgamento *por equidade* o juiz poderia substituir a “aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça”.¹³

12 “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

13 “A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei,

Não parece que seja assim. Mesmo quando autorizado por lei, o juiz ou o árbitro não pode – a pretexto de julgar *por equidade* – decidir uma disputa conforme o seu mero talante, com base no seu puro arbítrio, devendo, também nesse caso, buscar uma racionalidade mínima, mesmo fora do direito objetivo, mesmo fora da juridicidade.

Diante disso, é importante continuar procurando por uma pista na própria legislação brasileira.

Com a recente alteração na LINDB, por exemplo, o legislador parece ter tido a mesma preocupação que teve quando da aprovação da LA. Uma das grandes preocupações da nova LINDB é exatamente evitar julgamentos baseados pura e simplesmente em *valores jurídicos abstratos*.¹⁴

Seria razoável associar a expressão *valores jurídicos abstratos* com o critério de julgamento *por equidade*? Quando a LINDB procura evitar julgamentos baseados em *valores jurídicos abstratos* parece querer dizer que as decisões devem ser tomadas com base em critérios os mais objetivos possíveis, evitando-se assim julgamentos dotados de fundamentação *vaga, imprecisa*, apegada a *impressões meramente subjetivas* do julgador.

Esta é a lição de Marçal JUSTEN FILHO:

Nesses casos, a invocação a fórmulas gerais e imprecisas funciona como uma solução para encobrir uma preferência subjetiva da autoridade estatal. O sujeito investido da competência formula uma escolha segundo processos psicológicos indeterminados. Em muitos casos, essa decisão até pode se configurar como arbitrária. A invocação a

significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.” (STJ, REsp 48176/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 12.12.1995).

14 “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

fórmulas genéricas apresenta uma dimensão retórica, destinada a impedir a crítica e ocultar a solução arbitrária adotada.”¹⁵

A princípio, parece possível sim aplicar essa ideia também na definição do critério de julgamento *por equidade* tanto no regime jurídico do CPC, quanto naquele da LA. Significaria o mesmo que dizer que o julgamento *por equidade* deve se dar com base em critérios os mais objetivos possíveis.

Percebe-se que o art. 20, *caput* da LINDB não proíbe que juiz estatal decida com base em *valores jurídicos abstratos*, mas apenas que a decisão judicial – uma vez permeada pela retórica – seja passível de ser compreendida como arbitrária, o que pode ser evitado se no processo decisório o magistrado considerar as consequências práticas dessa sua decisão.

No ponto, é interessante questionar se esse dispositivo da LINDB se aplica ou não à arbitragem nos casos envolvendo a Administração Pública.

Parece que sim.

Ainda que o art. 20 da LINDB só faça menção às esferas administrativa, controladora e judicial, o árbitro – como juiz estatal – não pode decidir com base em *valores jurídicos abstratos* meramente retóricos, destinados a “ocultar a solução arbitrária adotada”. Esse parece ser um dos conteúdos possíveis da definição de *equidade* que a LA pretendia proibir: evitar o subjetivismo e reforçar o objetivismo decisório.

Em suma, a ideia de *valores jurídicos abstratos* parece servir de parâmetro para a definição do critério *de equidade*. Não o único parâmetro, obviamente, mas ainda assim um parâmetro. Outros parâmetros devem ser revelados com o tempo, valendo por ora a reflexão sobre a necessidade

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 23.

da doutrina tentar identificá-los, lembrando que os *costumes* e os *princípios gerais do direito* (art. 4º da LINDB) fazem parte do conceito expandido de legalidade, ou seja, de *juridicidade*.

6 A QUEM COMPETE DEFINIR CRITÉRIO DE DIREITO E CRITÉRIO POR EQUIDADE?

Como se percebe, não é tarefa fácil definir com precisão o que é e o que não é *equidade* enquanto critério de julgamento na arbitragem.

Mas a questão que acaba se revelando é: a quem compete definir o que é e o que não é critério *de equidade*.

A resposta passa pelo *princípio da competência da competência* (*Kompetenz-Kompetenz*), não apenas porque conta com previsão legal (art. 8º, parágrafo único da LA), mas também porque é um princípio jurídico afirmado e reafirmado pela doutrina e pela jurisprudência, tanto estatal como arbitral, tanto nacional como internacional.

Ora, se cabe ao árbitro decidir sobre a sua própria competência, cabe a ele também decidir se determinado critério de julgamento é *de direito* ou *é por equidade*?

Parece que sim.

O critério de julgamento na arbitragem não deixa de estar relacionado ao tema da *arbitrabilidade objetiva*, de maneira que, se cabe a ele decidir se determinada matéria pode ou não ser objeto de arbitragem, também cabe a ele definir se se está ou não diante de um critério de julgamento *de direito* ou *por equidade*, sendo-lhe proibido pela LA brasileira decidir com base neste último (critério), sobre o qual as partes não têm qualquer disponibilidade.¹⁶

16 Diferentemente da arbitragem privada, doméstica e internacional, em que as partes podem definir com mais precisão o conteúdo e o alcance desses critérios.

7 A PROIBIÇÃO DO JULGAMENTO *POR EQUIDADE* SE APLICA À ARBITRAGEM INTERNACIONAL?

Como se sabe, é muito comum a utilização da arbitragem nos contratos envolvendo empresas estatais brasileiras, especialmente aquelas que exercem atividade econômica.

Então fica a pergunta: a proibição da utilização do critério de julgamento *por equidade*, nos casos envolvendo contratos celebrados por empresas estatais, se aplica apenas à arbitragem doméstica ou também à arbitragem internacional?

A resposta parece ser a de que a proibição se aplica apenas às arbitragens domésticas, porquanto não se pode pretender conferir um tratamento extraterritorial à lei brasileira.

As relações transnacionais não podem ser pura e simplesmente enquadradas dentro da legislação brasileira, lembrando que a *arbitragem internacional* é regulada por normas próprias dotadas de autonomia em relação a qualquer direito estatal (a exemplo da chamada *lex mercatoria*).

A Lei n. 9.478/1997 (“Lei do Petróleo”), *e.g.*, fala que constituem cláusula essencial do contrato de concessão “as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a arbitragem internacional”. Ou seja, a lei brasileira admite a utilização da *arbitragem internacional*, em cujo âmbito, a depender do regulamento do Tribunal arbitral escolhido pelas partes, pode não estar proibida a adoção do critério de julgamento *por equidade*.¹⁷

E existe um motivo.

É que na *arbitragem internacional* nem sempre é tarefa fácil decidir as disputas com base simplesmente em normas jurídicas específicas, as quais, no mais das vezes, têm origem e aplicabilidade em mais de um

17 O regulamento da CCI, *e.g.*, contempla a possibilidade de escolha pelas partes da *equidade* como critério de julgamento da disputa (art. 21, item 3).

Estado Nacional, numa diversidade e complexidade capaz de causar um verdadeiro impasse para o árbitro que eventualmente só pode ser superado por meio de um critério mais aberto e abstrato como é o *da equidade (ex aequo et bono)*.

E novamente é de se indagar: a quem compete decidir o que é julgamento *de direito* e o que é julgamento *por equidade*?

A resposta parece não se alterar: o árbitro.

Nada obstante, diferentemente da arbitragem doméstica brasileira, na arbitragem internacional as partes possuem maior disponibilidade para definir o máximo possível o que se deve entender *por equidade*. Na insuficiência dessa definição pelas partes, o poder de decidir continua sendo do árbitro.

8 UMA REFLEXÃO SOBRE A PROIBIÇÃO DO JULGAMENTO POR EQUIDADE

A proibição pela legislação brasileira da utilização do critério de julgamento por *equidade* tem as suas razões de ser. A arbitragem é um mundo novo no Brasil e ainda precisa romper alguns paradigmas arraigados na doutrina e especialmente na jurisprudência nacionais.

Ao admitir a arbitragem envolvendo a Administração Pública brasileira, a LA deu um grande salto em termos de quebra de paradigma, o que não é pouca coisa. Entretanto, alguns traços dos velhos paradigmas ainda subsistem na cultura jurídica nacional e ainda podem demorar algum tempo para desaparecer.

Como dito antes, cada vez mais a Administração Pública brasileira (não apenas as empresas estatais que exercem atividade econômica) trava relações transnacionais que exigem a adoção da *arbitragem internacional*, a qual é regida por normas próprias que não se enquadram pura e simplesmente dentro da legislação brasileira.

O Decreto paulista n. 64.356/2019 parece ter percebido essa realidade quando excepciona a sua aplicação às hipóteses de projetos contemplados com recursos estrangeiros, para os quais existe a exigência de regras próprias para a arbitragem.¹⁸

É que os contratos públicos brasileiros cada vez mais têm se tornado “contratos internacionais” (“contratos-modelos”) a serem submetidos, em caso de disputa, à *arbitragem internacional*. E, como exposto, a *arbitragem internacional* não proíbe a utilização do critério de julgamento *por equidade*, o que, também como exposto, tem os seus motivos.

Fechar os olhos para essa realidade pode significar fechar uma *janela de oportunidade* para a Administração Pública nas relações que envolvam investimentos estrangeiros e que exijam a adoção da *arbitragem internacional* como método para a solução de disputas. E nesse contexto o julgamento *por equidade* (*ex aequo et bono*) pode fazer falta para o ente federativo brasileiro contratante. Mas essa é apenas uma reflexão sobre a *lege ferenda*.

9 A PANDEMIA DO COVID-19: UMA OPORTUNIDADE PARA A EQUIDADE?

A proibição pela legislação brasileira da utilização do critério de julgamento *por equidade*, como dito acima, tem as suas razões de ser. A

18 “Artigo 1º - Este decreto dispõe sobre o emprego, no âmbito da Administração Pública direta e autárquica, da arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único - Este decreto não se aplica: 1. aos projetos contemplados com recursos provenientes de financiamento ou doação de agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, quando essas entidades estabelecerem regras próprias para a arbitragem que conflitem com suas disposições.” (Grifo do autor).

principal delas talvez seja a de evitar o subjetivismo do árbitro e reforçar o objetivismo da sua decisão.

Ao exigir o critério de julgamento *de direito*, a LA parece exatamente ter em mente a objetividade das normas jurídicas e a sua capacidade de oferecer soluções concretas para as mais diversas disputas envolvendo a Administração Pública.

Ocorre que a objetividade das normas jurídicas, que têm como predicados a previsibilidade e a segurança jurídica, nem sempre pode ser alcançada na realidade concreta das coisas. O imprevisível, a insegurança, enfim, as situações excepcionais também acompanham a sociedade e consequentemente o direito.

A pandemia de coronavírus é o exemplo mais atual e mais emblemático dessa realidade. Como bem observou Gustavo BINENBOJM, “a pandemia do COVID-19 restabeleceu a força da vida real”.¹⁹

Se a *arbitragem internacional*, por sua diversidade e complexidade, muitas vezes somente pode chegar a bom termo por meio de um critério mais aberto e abstrato como é o *da equidade (ex aequo et bono)*, o que se dirá da arbitragem em tempos de pandemia?

Nunca se viu, ao menos nos últimos cem anos, nada comparado à pandemia do Covid-19. Que critério *de direito* adotar em relação às disputas travadas no contexto de uma realidade fática de tamanha complexidade?

As normas jurídicas hoje existentes no ordenamento jurídico brasileiro (ou mesmo internacional) são capazes de oferecer respostas adequadas e na velocidade necessária para as múltiplas disputas envolvendo a Administração Pública brasileira durante e no pós-coronavírus?

19 *Sistemas de saúde inteligentes*: Registros online, telemedicina, algoritmos e compras consorciadas: soluções mais eficientes e legítimas do que a judicialização. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sistemas-de-saude-inteligentes-14042020>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

Os *costumes* e os *princípios gerais do direito*, extraídos de situações passadas e já consolidadas, têm essas respostas?

Parece que não. A pandemia de coronavírus exige soluções inteiramente novas.

Por isso, *e.g.*, alguns entes federativos têm lançado mão – por decreto – da suspensão dos contratos administrativos de prestação de serviços com a manutenção do pagamento de empregados de modo a evitar “um verdadeiro *shutdown* administrativo”.²⁰ Apesar de inovadora e muito bem intencionada, a solução não deixa de ser uma decisão unilateral (um ato administrativo) da Administração Pública, de modo que pode não contar com a compreensão e concordância do contratado, inaugurando assim uma disputa.

O fato é que esta pode vir a ser uma grande oportunidade para a utilização do critério de julgamento *por equidade* (*ex aequo et bono*) como mais uma ferramenta para o árbitro na solução das disputas envolvendo a Administração Pública brasileira. Mas que fique bem claro: equidade nunca significou e nem pode significar arbitrariedade. É dever do árbitro se manter sempre fiel à racionalidade jurídica que envolve o objeto de disputa.

O Projeto de Lei n. 2.139 de 2020, que “dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas contratuais da Administração Pública, no período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19)”, pode ser um bom instrumento para a veiculação de uma nova norma jurídica transitória com essa finalidade, vale dizer, para testar a utilização do critério de julgamento *por equidade* (*ex aequo et bono*) na arbitragem envolvendo a Administração Pública brasileira.

20 Vide: GARCIA, Flavio Amaral; ROCHA, Henrique Bastos. Covid-19, contratos de serviços e *shutdown* administrativo. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324085/covid-19-contratos-de-servicos-e-shutdown-administrativo>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

10 REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Sistemas de saúde inteligentes: Registros online, telemedicina, algoritmos e compras consorciadas: soluções mais eficientes e legítimas do que a judicialização*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sistemas-de-saude-inteligentes-14042020>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

DELLORE, Luiz et al. *Teoria Geral do Processo: parte geral: comentários ao CPC de 2015*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

GARCIA, Flavio Amaral; ROCHA, Henrique Bastos. *Covid-19, contratos de serviços e shutdown administrativo*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324085/covid-19-contratos-de-servicos-e-shutdown-administrativo>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 13-41, nov. 2018, p. 23.

MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. *Arbitragem, Lex mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacionail*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem e administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Tutela antecipada e tutela cautelar na arbitragem

Provisional and protective measure in arbitration

Cristina Bichels Leitão¹

RESUMO: O presente trabalho analisa a tutela antecipada e a tutela cautelar antecedente e incidental à arbitragem brasileira, seus princípios e regras, características, ritos, peculiaridades, efetivação e cooperação entre árbitros e juízes.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; tutela antecipada; tutela cautelar.

ABSTRACT: This paper analyses the provisional and protective measure precedent and incidental to Brazilian arbitration, its principles and rules, characteristics, procedures, peculiarities, execution and cooperation between arbitrators and judges.

KEYWORDS: Arbitration; provisional measure; protective measure.

1 Doutoranda e Mestra em Direito pela UFPR. Professora de Direito Processual Civil da FAE – Centro Universitário. Procuradora do Estado do Paraná.

1 INTRODUÇÃO

Muito se escreve sobre as tutelas provisórias e a forma como foram sistematizadas no Código de Processo Civil (CPC) de 2015.

As tutelas provisórias têm por escopo distribuir o ônus do tempo do processo, de modo que ambas as partes sejam minimamente igualladas quanto ao tempo de espera da prestação da tutela jurisdicional. Trata-se de técnica fundada nos princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da razoável duração do processo [Constituição Federal (CF), artigo 5º, XXXV e LXXVIII].

Ocorre que as pessoas capazes de contratar que optam pela jurisdição arbitral para dirimir conflitos quanto a direitos patrimoniais disponíveis também podem se confrontar com problemas relativos ao tempo de espera da decisão, o que justifica a aplicação de medidas de urgência e evidência no âmbito da arbitragem.

Apesar de o CPC não regular o processo arbitral, é incontestável que os princípios fundamentais do processo civil são aplicados à arbitragem. Nesse sentido, afirma Mateus Aimoré CARRETEIRO: “O processo arbitral pode receber, do processo estatal, conceitos e princípios, sempre de forma consciente e tendo em mente as diferenças inerentes a esses dois tipos de métodos de trabalho”.²

O art. 21 da Lei de Arbitragem contempla expressamente os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro, que caracterizam o devido processo legal no âmbito do processo arbitral: direito ao *fair arbitration*.³

2 CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 38.

3 *Ibidem*, p. 40.

Neste ensaio, pretende-se sistematizar a aplicação das tutelas provisórias antecipadas e cautelares, antecedentes e incidentais à arbitragem, com ênfase à sua regulação, procedimento e efetivação, além da imprescindível colaboração entre árbitros e juízes.

Inicialmente, será realizada uma breve abordagem quanto à tutela provisória no CPC, para depois se analisar a tutela provisória concedida no Poder Judiciário antes de instituída a arbitragem e, em seguida, tratar da tutela da urgência na arbitragem, tanto cautelar, quanto antecipada. Após, será analisada a tutela da evidência na arbitragem. Em todos os tópicos, serão comparadas as características da tutela provisória no processo civil e na arbitragem, bem como os procedimentos aplicados, com destaque às peculiaridades do procedimento arbitral. Ao final, será abordada a efetivação da tutela arbitral e como o Poder Judiciário colabora com seu cumprimento.

2 SISTEMATIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NO CPC

Pode-se conceituar tutela provisória como o conjunto de medidas proferidas pelo juiz, no processo, mediante cognição sumária, tendentes a satisfazer antecipadamente ou assegurar a realização futura do direito, nos casos em que preenchidos os requisitos da probabilidade da existência do direito e do perigo de dano, ou da alta probabilidade da existência do direito, com a finalidade de distribuir o ônus do tempo e assegurar a isonomia entre as partes no processo civil.

A definição acima parte da sistematização do CPC acerca da tutela provisória, que é classificada pelo legislador como da urgência ou da evidência. Aquela, por sua vez, está subdividida em cautelar e antecipada, concedida na forma antecedente ou incidental. A tutela da evidência é

antecipada e concedida apenas na forma incidental.⁴

A tutela da urgência, tanto cautelar como antecipada, tem como requisitos o perigo de dano e a probabilidade da existência do direito (CPC, art. 300). A distinção fundamental entre ambas consiste no fato de que a primeira assegura a realização futura do direito – caso ele seja reconhecido na sentença – e a segunda propicia a satisfação antecipada do direito.⁵ Exemplos singelos para ambas as tutelas são: arresto (cautelar) e entrega da coisa pretendida mediante decisão liminar (antecipada).

Tanto a cautelar como a antecipada têm previsão para concessão na forma antecedente, quando o autor requer a tutela antes de formular o pedido principal, ou incidental, quando pleiteada juntamente com o pedido final ou no curso do processo.

4 Embora se faça tal afirmação quanto à natureza antecipada da tutela da evidência, já que, se evidente o direito, é coerente que ele seja satisfeito antecipadamente, e não apenas assegurado, há julgados permitindo a tutela da evidência de natureza cautelar. Nesse sentido: TJMG - Processo 1.0324.16.002246-7/001 - 5ª Câmara Cível - j. 10/11/2016 - julgado por Saulo Versiani Penna - WEB 22/11/2016 - Área do Direito: Administrativo.

5 São sempre muito elucidativas as palavras do Professor Luiz Guilherme Marinoni sobre o tema: “A tutela antecipada, porém, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não a sua segurança – mediante cognição sumária. Na verdade, a tutela antecipada tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipada é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária.

Desse modo, a tutela antecipada não é instrumento de outra tutela ou faz referência a outra tutela. A tutela antecipada satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação. O autor não quer outra tutela além daquela obtida antecipadamente, diversamente do que sucede quando pede tutela cautelar, sempre predestinada a assegurar uma situação dependente da tutela final ou a própria efetividade da tutela jurisdicional do direito. A tutela antecipada também não aponta para uma situação substancial diversa daquela tutelada, ao contrário da tutela cautelar, que necessariamente faz referência a uma situação tutelável ou a uma outra tutela do direito material.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017).

Outra distinção importante consiste na viabilidade de a tutela antecipada antecedente, concedida liminarmente, ser passível de estabilização, o que não ocorre quanto à cautelar.

Ambas são precárias, sendo revogáveis diante de fatos novos ou mediante a interposição de recurso, ou mesmo quando proferida a sentença.

A tutela da evidência tem como requisito a alta probabilidade da existência do direito e as hipóteses de cabimento estão previstas no artigo 311, do CPC. Parte-se do pressuposto de que, havendo uma verossimilhança intensa acerca da existência do direito do autor, é possível a antecipação dos efeitos da sentença final, sem a necessidade de demonstração do perigo de dano, para equilibrar a espera do processo entre as partes. Um bom exemplo de tutela da evidência é aquela baseada no abuso do direito de defesa do réu (CPC, art. 311, I).

Feitas as considerações preliminares, passa-se a tratar da tutela provisória na arbitragem.

3 COMPATIBILIDADE DAS TUTELAS ANTECIPADA E CAUTELAR COM A ARBITRAGEM

Dúvida não há de que a arbitragem é perfeitamente compatível com medidas de urgência.

A Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), alterada pela Lei n. 13.129/2015 (Lei de Mediação), contempla, no seu Capítulo IV – A, os artigos 22-A e 22-B, que dispõem:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

A redação original da Lei de Arbitragem não previa as medidas de urgência no bojo do procedimento arbitral, remetia as partes que necessitassem de medidas coercitivas ou cautelares ao Poder Judiciário⁶, mas regulamentos das Câmaras de Arbitragem e doutrina⁷ admitiam a sua utilização antes do advento da atual redação da Lei de Arbitragem.

O Regulamento da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – já contemplava expressamente as tutelas antecipada e cautelar em 2010⁸, e

6 Antes da Lei de Mediação, a Lei de Arbitragem previa, no artigo 22, § 4º: “Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”. E o Código de Processo Civil de 1973 dispunha, no artigo 1086, II, ser defeso ao árbitro decretar medidas cautelares. O dispositivo foi revogado pela Lei n. 9.307/1996.

7 CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 323.

8 O Capítulo IX, do Regulamento da CAMARB, que trata das medidas de urgência, já previa, na versão de 2010:

“O Tribunal Arbitral, mediante requerimento de qualquer das partes ou quando julgar apropriado, poderá, por decisão devidamente fundamentada, determinar medidas de urgência, cautelares ou antecipatórias de mérito.

9.2 Enquanto não instalado o Tribunal Arbitral, as partes poderão requerer medidas cautelares ou antecipatórias de mérito à autoridade judicial competente. Neste caso, a parte deverá, imediatamente, dar ciência do pedido à CAMARB. O Tribunal Arbitral, tão logo constituído, poderá reapreciar o pedido da parte, ratificando ou modificando, no todo ou em parte, a medida deferida pela autoridade judicial.

9.3 Na hipótese de não cumprimento de qualquer ordem do Tribunal Arbitral e havendo necessidade de medida coercitiva, a parte interessada ou o Tribunal Arbitral requererá sua execução ao órgão competente do Poder Judiciário.

9.4 O requerimento efetuado por uma das partes a uma autoridade judicial para obter medidas cautelares ou antecipatórias de mérito, antes de constituído o Tribunal Arbitral, não

o CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – inseriu a previsão no seu Regulamento em 2012.⁹ Lembra Francisco José CAHALI que a Corte Internacional de Arbitragem da CCI – Câmara de Comércio Internacional – “chegou a prever já em 1990, inclusive com regulamento próprio, o chamado ‘procedimento cautelar pré-arbitral’, destinado a resolver questões urgentes, anteriores à instituição do juízo arbitral”.¹⁰ Esta versão foi objeto de críticas, pois era necessária a homologação judicial da decisão, mas foi alterada para contemplar a figura do árbitro de emergência, como destaca Juliana Barbosa PECHINCHA:

A questão da necessidade de tutela de urgência antes da instituição do Tribunal Arbitral, já era, há tempos, alvo de críticas e debates pela comunidade internacional a ponto de centros de arbitragem internacional como a Câmara de Comércio Internacional (CCI) e a divisão internacional da Associação Americana de

será considerado renúncia à convenção de arbitragem, tampouco excluirá a competência do Tribunal Arbitral para reapreciá-la”.

9 A redação do artigo 8º, do Regulamento da CAM-CCBC dispõe:

“8.1. A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o Tribunal Arbitral poderá determinar medidas cautelares, coercitivas e antecipatórias, que poderão, a critério do Tribunal, ser subordinadas à apresentação de garantias pela parte solicitante.

8.2. Havendo urgência, quando ainda não instituído o Tribunal Arbitral, as partes poderão requerer medidas cautelares ou coercitivas à autoridade judicial competente, se outra forma não houver sido expressamente estipulada por elas. Nesse caso, a parte deverá dar ciência ao CAM-CCBC das decisões.

8.2.1. Assim que instituído o Tribunal Arbitral, caberá a ele manter, modificar ou revogar a medida concedida anteriormente.

8.2.2. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um Tribunal Arbitral, não serão considerados como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerão a competência do Tribunal Arbitral”.

10 CAHALI, Francisco José. *Medidas de urgência na arbitragem e o novo regulamento do CAM-CCBC*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 33, abr. 2012, p. 271.

Arbitragem (AAA), o International Center for Dispute Resolution – ICDR adotarem novas regras vislumbrando a hipótese de concessão de tutela de urgência antes da instauração do Tribunal Arbitral.

A tendência internacional, hoje em dia, é a de buscar a resolução de toda e qualquer tutela de urgência dentro do próprio procedimento arbitral.

A nova versão das regras de arbitragem da CCI entrou em vigor em 01.01.2012, devendo ser aplicada a todos os requerimentos para instauração de arbitragem recebidos pela CCI após 02.01.2012, independentemente da data em que foi firmado o compromisso arbitral. Um ponto crucial da reforma foi a introdução dos artigos referentes ao árbitro de emergência para medidas urgentes, no art. 29, complementado pelo Apêndice V do Regulamento. Tal artigo faculta às partes requerer medida cautelar a um árbitro de emergência, antes mesmo que o Tribunal Arbitral esteja constituído.¹¹

A doutrina anterior à modificação legislativa era favorável à utilização das medidas de urgência na esfera do procedimento arbitral, sob fundamento na abrangência da jurisdição do árbitro. Nesse sentido, Francisco José Cahali: “O juízo arbitral tem total autoridade para apreciar e deferir medidas cautelares no curso da arbitragem. A jurisdição do árbitro (ou painel) é completa para o conhecimento de todas as questões relativas ao conflito”.¹²

Com razão a doutrina. Se o árbitro tem jurisdição para decidir de forma exauriente e definitiva na sentença arbitral, tanto mais pode conceder medidas de cognição sumária no curso do processo, visando à proteção e salvaguarda de direitos.

Em importante precedente, o Superior Tribunal de Justiça assentou pela competência do tribunal arbitral para processar e julgar pedido cautelar

11 PECHINCHA, Juliana Barbosa. *Concessão de tutela de urgência pelo Poder Judiciário antes da instauração do juízo arbitral*: Comentários ao REsp 1.297.974/RJ. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 36, jan.-mar., 2013, pp. 377-390.

12 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 323.

no âmbito da arbitragem, ressalvadas as medidas de natureza coercitiva, dada a ausência do poder de *imperium* dos árbitros.¹³ Nesse mesmo julgado, foi asseverado que cabe ao Poder Judiciário apreciar as medidas cautelares das partes que convencionaram a arbitragem antes da sua instituição ou quando o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, em decisão precária e sem prorrogação da competência.

De fato, se o árbitro ou o tribunal arbitral tem competência para dirimir o conflito em situações nas quais foi estabelecida convenção de arbitragem em cognição exauriente, tanto mais terá atribuição para analisar eventuais requerimentos de tutela antecipada e cautelar em cognição sumária. Se podem mais, podem menos. A jurisdição conferida ao juízo

13 REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012. Assim ficou redigida a ementa do acórdão:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO.

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.
2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.
3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.
4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.
5. Recurso especial provido”.

arbitral contempla cognição definitiva e sumária. Por isso, seria incoerência absurda negar a compatibilidade da tutela sumária na arbitragem, seja para satisfazer antecipadamente ou resguardar direito baseado em urgência, seja para equilibrar as partes nos casos de evidência do direito de uma delas e diante da possibilidade de demora na conclusão do processo arbitral.

Atualmente, assevera Mateus Carreteiro, “as tutelas de urgência são habitualmente aplicadas no direito internacional”¹⁴, havendo consenso sobre a possibilidade de sua utilização, mas as aplicações são distintas.¹⁵

A Lei Modelo da UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), que serve de paradigma para muitos regulamentos nacionais e internacionais, prevê, em seu capítulo IV, artigos 17 e 17-A a 17-J, regras quanto às medidas provisórias e providências cautelares.

4 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, COMPROMISSO ARBITRAL E O INÍCIO DA ARBITRAGEM. EVENTUAL PERIGO DE DANO PODERÁ ENSEJAR TUTELA DE URGÊNCIA PERANTE O JUDICIÁRIO

Em decorrência da autonomia da vontade, é permitido às pessoas capazes de contratar submeter seus conflitos de interesses que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem, por meio de convenção, na forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral (Lei de Arbitragem, art. 3º).¹⁶

14 CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 49.

15 *Ibidem*, p. 50.

16 O artigo 852 é um bom referencial para situar o que está fora da abrangência da

A cláusula compromissória é negócio jurídico processual estabelecido na forma escrita, por meio do qual as partes se comprometem a submeter seus litígios decorrentes da avença à arbitragem (Lei de Arbitragem, art. 3º, § 1º). Lembra Ricargo APRIGLIANO que a cláusula compromissória possui como efeito positivo a obrigatoriedade das partes à instituição da arbitragem em caso de surgimento do litígio e como efeito negativo afastar a competência do juiz estatal para julgar a causa.¹⁷

A cláusula compromissória será cheia quando possuir os requisitos mínimos para a indicação da câmara (arbitragem institucional) ou do árbitro (arbitragem ad hoc), possibilitando o início da arbitragem sem necessidade de outro acordo.¹⁸ Conforme anota Ricardo Aprigliano, a cláusula compromissória cheia é aquela “dotada dos elementos indispensáveis para a instituição da arbitragem desde logo”, sendo negócio jurídico “que projetará seus efeitos sobre o litígio futuro”.¹⁹

Será vazia a cláusula nas hipóteses em que seu conteúdo não contiver elementos suficientes para a instauração da arbitragem, possuindo eficácia limitada, sendo por isso considerada patológica.²⁰

Cabe lembrar que a arbitragem institucional ocorre quando as partes indicam um órgão arbitral institucional ou entidade especializada para instituir e processar a arbitragem (Lei de Arbitragem, art. 5º). Já a ad hoc se dá quando as partes escolhem o árbitro e o rito da arbitragem.

disponibilidade para o compromisso: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

17 APRIGLIANO, Ricardo. *Cláusula compromissória: aspectos contratuais*. Revista do Advogado, ano XXXII, n. 116, AASP, p. 177, jul. 2012.

18 APRIGLIANO, Ricardo, loc. cit.

19 APRIGLIANO, Ricardo, loc. cit.

20 Ibidem, p. 183.

O compromisso arbitral é convenção pela qual as partes submetem um litígio já existente à arbitragem e pode ser judicial ou extrajudicial (Lei da Arbitragem, art. 9º). Segundo o artigo 10, da Lei de Arbitragem, o compromisso arbitral deve conter, além da qualificação das partes, a indicação e qualificação do(s) árbitro(s), o objeto da arbitragem e o local onde será proferida a sentença arbitral.

A distinção é necessária, uma vez que, no caso de compromisso, a arbitragem geralmente é iniciada mais rapidamente. Já na hipótese de cláusula arbitral, a instituição da arbitragem pode levar algum tempo, tanto nos casos de cláusula cheia, como vazia.

Tratando-se de cláusula cheia que preveja arbitragem institucional, o seu início será deflagrado por meio de requerimento formulado à instituição.

A fase preliminar à instauração da arbitragem demanda a prática de diversos atos, como a notificação da parte contrária, indicação do árbitro e sua notificação para informar se aceita ou não a incumbência, além de outros atos previstos no regulamento da câmara, de modo que o tempo de duração dessa fase pré-arbitral poderá acarretar perigo de dano a uma das partes, ensejando a necessidade de tutela provisória.²¹

Em sendo vazia a cláusula, isso pode se agravar ainda mais, já que a parte interessada deverá primeiramente comunicar à parte adversa sobre a intenção de dar início à arbitragem, convocando-a para firmar compromisso arbitral, nos termos do artigo 6º, da Lei de Arbitragem. Se,

21 Pontua Mateus Aimoré Carreteiro: “Embora uma das vantagens da arbitragem seja exatamente a sua celeridade em comparação ao processo estatal, fato é que, em princípio, para entrega da tutela jurisdicional, um processo com cognição plena e exauriente faz-se essencial, em busca da verdade dos fatos.”. Mais adiante, o jurista completa: “Em qualquer fase do processo arbitral (e, notadamente, na fase antecedente à existência do processo arbitral), determinada parte pode ver-se diante da necessidade de assegurar que o resultado do processo não acabe prejudicado ou se tornando ineficaz em razão de conduta ou de omissão da outra parte.” (CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 43).

todavia, a parte contrária não comparecer para firmar o compromisso, terá de ser ajuizada ação de obrigação de fazer perante o Poder Judiciário, nos termos do procedimento especial previsto no artigo 7º da lei, o que pode atrasar bastante a instituição da arbitragem. Nesse caso, a tutela de urgência também poderá ser necessária.

5 TUTELA DE URGÊNCIA ANTECEDENTE E ARBITRAGEM

5.1 Tutela cautelar antecedente à arbitragem

Até a instituição da arbitragem, que ocorre quando aceita a nomeação pelo árbitro, ou pelos árbitros (se for o caso de painel arbitral), pode surgir a necessidade de obtenção, por uma das partes, de tutela de urgência. Como já dito, a instituição da arbitragem por vezes demanda tempo e a espera eventualmente pode acarretar um dano ou perigo de dano. Nesse caso, não se pode negar a admissibilidade do exercício do direito de ação perante o Poder Judiciário, para obtenção de tutela cautelar, o que, como já exposto, é contemplado na Lei de Arbitragem.

As cautelares concedidas pelo Poder Judiciário anteriormente à arbitragem são as mesmas daquelas previstas no CPC, como arresto, sequestro, arrolamento de bens, antecipação da prova e outras não tipificadas. Vigê na arbitragem a atipicidade das tutelas cautelares:

O árbitro também detém total liberdade para escolher o meio processual mais adequado para efetivar a tutela provisória concedida no processo arbitral. Aplica-se, pois, na arbitragem a designada “cláusula geral de efetividade da tutela”, sendo certo que o tribunal arbitral não está vinculado ao pedido da parte – especificamente – em relação ao meio processual necessário à efetivação da medida.

O meio processual de efetivação da medida pode ser determinado ex officio. Assim, o requerente pode ter solicitado ao tribunal arbitral, por exemplo, a imposição de uma multa diária para coagir o requerido a entregar-lhe determinado bem móvel, mas os árbitros acabem por achar mais adequado determinar diretamente a busca e

apreensão (deferida pelos árbitros, mas executada com o apoio do Poder Judiciário). Não há nenhuma ilegalidade.²²

A parte poderá propor ação cautelar antecedente perante o Poder Judiciário, de acordo com os artigos 305 e ss., do CPC, devendo demonstrar, além da probabilidade da existência do direito, o perigo de dano (CPC, art. 300), vale dizer, que o tempo de espera até a instituição da arbitragem poderá lhe causar um dano irreparável ou de difícil reparação. Por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu cautelar para retenção de honorários como medida prévia a litígio que seria dirimido em sede de juízo arbitral.²³

O juiz competente é aquele que o seria para processar e julgar a demanda caso não houvesse convenção de arbitragem. Era o que previa o revogado art. 22, § 4º, da Lei de Arbitragem. Nada impede que as partes elejam o foro competente para apreciar as tutelas de urgência pré-arbitrais, o que já foi reconhecido pelo STJ.²⁴

A petição inicial deverá indicar a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 305), bem como mencionar a existência da cláusula compromissória. O juiz poderá, na apreciação do requerimento, exigir a

22 FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. *Tutela provisória na arbitragem e Novo Código de Processo Civil*: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 478.

23 Ap 0154093-63.2010.8.26.0100 Jayme Martins de Oliveira Neto 18/03/2014.

24 “A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável” (STJ - REsp 904.813 - j. 10/10/2011 - julgado por Nancy Andrighi).

caução real ou fidejussória para ressarcir eventuais danos que a outra parte possa sofrer, mas também poderá dispensá-la se a parte hipossuficiente não puder oferecê-la (CPC, art. 300, § 1º). Se o juiz deferir a cautelar liminarmente, a parte autora deverá requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias a contar da efetivação da medida, sob pena de cessação da eficácia da tutela cautelar (Lei de Arbitragem, art. 22-A, parágrafo único).

Cabe aqui esclarecer que tal requerimento será diferente a depender do tipo de arbitragem escolhida – institucional ou *ad hoc* – e de ser a cláusula compromissória vazia ou cheia. Se a cláusula for vazia, o requerimento será comprovado com a medida do artigo 6º da Lei de Arbitragem e, não havendo concordância da outra parte, a propositura da ação do artigo 7º. Tratando-se de cláusula cheia com indicação de árbitro *ad hoc*, o requerimento deverá ser compatível com o que estabelecido na cláusula compromissória. Por fim, em se tratando de arbitragem institucional, o requerimento de tutela arbitral deverá ser formulado ao órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

Paralelamente ao prazo para que o autor requeira a instituição da arbitragem, o réu será citado para contestar o pedido cautelar no prazo de 05 (cinco) dias (CPC, art. 306) e intimado da liminar, podendo interpor agravo de instrumento (CPC, art. 105, I). Na sua defesa à ação cautelar antecedente, o réu não poderá alegar preliminar de convenção de arbitragem, pois o requerimento da tutela de urgência ao Poder Judiciário não implica renúncia à arbitragem.²⁵ Ainda que alegue com fundamento no artigo 337, § 6º, não deverá ser acatada a preliminar, já que o Poder Judiciário, aqui, é demandado para conceder medida pré-arbitral.

Instituída a arbitragem, a jurisdição passa a ser do árbitro ou do tribunal arbitral, a quem caberá manter, modificar ou revogar a medida

25 TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 12, n. 46, pp. 287-313, jul.-set. 2015.

cautelar (LAB, art. 22-B). A decisão do Poder Judiciário será substituída pela do árbitro. Nessa hipótese, o processo instaurado de tutela cautelar antecedente será extinto sem resolução do mérito, pois cumprida e encerrada a função do Poder Judiciário, já que iniciada a arbitragem, passando a ser dela a jurisdição. O processo arbitral terá seu curso normal.

De modo que o Poder Judiciário atuará apenas para afastar o perigo de dano, pois a jurisdição escolhida previamente pelas partes é a arbitral.

Na hipótese de a tutela cautelar antecedente ser indeferida, a parte poderá interpor agravo de instrumento e ter a medida concedida em segunda instância, seguindo-se o procedimento acima mencionado.

Não sendo concedida a cautelar em primeira ou segunda instância, a parte deverá requerer ou dar continuidade ao requerimento de instituição de arbitragem.

5.2 Tutela antecipada antecedente à arbitragem

Questiona-se o cabimento da tutela antecipada antecedente à arbitragem junto ao Poder Judiciário. Parcela da doutrina já defendeu que não caberia ao Poder Judiciário antecipar os efeitos da tutela arbitral.

Todavia, a inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) e a possibilidade de modificação, revogação ou manutenção da tutela pelo árbitro, após instituída a arbitragem, afastam a restrição.²⁶

Ainda que se reconheça a menor chance da existência do perigo de dano nos casos tratados na arbitragem, já que os direitos envolvidos são patrimoniais disponíveis, não se olvida da imprescindibilidade da existência de tutela de urgência neste vácuo entre o surgimento do conflito e a instituição da arbitragem.

O Estado, que veda a autotutela, em contrapartida garante a tutela jurisdicional. Em situações de urgência, mesmo que firmada a convenção,

26 Nesse sentido: *Ibidem*.

deve ser resguardada a inafastabilidade da tutela jurisdicional até que seja instituída a arbitragem.

De modo que também são cabíveis tutelas antecipadas antecedentes à arbitragem e devem ser aplicados os mesmos critérios de competência e requisitos já mencionados no item anterior quanto às cautelares.

Há algumas peculiaridades dignas de notas. O procedimento da tutela antecipada antecedente está previsto no artigo 303, do CPC. A petição inicial deverá, além dos requisitos imprescindíveis constantes do artigo 319 do CPC (juízo a que é dirigida, qualificação das partes e valor da causa²⁷), conter o requerimento de tutela antecipada, a indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano, bem como existência da convenção arbitral. É salutar a informação da convenção, em atendimento ao princípio da boa-fé, contemplado como norma fundamental no art. 5º do CPC e aplicável ao processo arbitral.

Na hipótese de o juiz conceder a tutela antecipada liminarmente, prevê o CPC que o autor deverá aditar a petição inicial no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro que o juiz fixar. Como a Lei de Arbitragem estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para que a parte requeira a instituição da arbitragem quando obtiver tutela pré-arbitral, este deve prevalecer.

O artigo 303, II, prevê que, deferida a liminar, o réu será citado e intimado para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação. Nada impede que a audiência seja designada, mas, se entre a citação e a data marcada para a audiência for instituída a arbitragem, caberá ao árbitro tentar conciliar as partes (Lei de Arbitragem, art. 21, § 4º).

Indeferida a liminar, a parte autora poderá interpor agravo de instrumento ou requerer a instituição de arbitragem e renovar o pleito de tutela antecipada ao árbitro.

27 O valor da causa levará em conta o pedido formulado perante o Poder Judiciário.

Lembre-se que cessa a jurisdição estatal quando instituída a arbitragem.

Há outra característica marcante à tutela antecipada antecedente: a possibilidade de estabilização, que, conforme já tive a oportunidade de comentar:

Como indicado acima, o artigo 304, do CPC, prevê que a tutela antecipada antecedente é estabilizada na hipótese do réu, devidamente citado quanto à existência do processo e intimado da decisão, deixar de interpor o agravo de instrumento.

A referida estabilização importa na extinção do processo (CPC, art. 304, § 1º) e consiste em medida destinada a abreviar o tempo do processo nos casos em que a mera concessão da tutela antecipada e seu respectivo cumprimento são suficientes para resolver a pretensão do autor, no aspecto físico.

Entregue o remédio de dose única ou cumprida a obrigação de entrega de coisa móvel, como um celular, por exemplo, não tendo o réu interposto agravo de instrumento, o processo (a fase cognitiva) poderá ser extinto sem resolução do mérito, sem necessidade de continuidade do procedimento subsequente, que envolveria defesa, providências preliminares, saneamento, produção de provas, sentença, recursos, ou seja, tempo. Abrevia-se o processo, ganha-se tempo e abre-se mão da decisão de cognição exauriente, do exaurimento da matéria pelo Poder Judiciário.

Como a continuidade ou não do procedimento depende da atitude (ou inércia) do réu, trata-se de medida de natureza monitoria, de técnica de monitorização do procedimento, conforme tem defendido a doutrina.²⁸

No caso da tutela antecipada pré-arbitral, a estabilização não tem aplicação, já que o artigo 22-A, parágrafo único, da Lei de Arbitragem determina que cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem em 30 (trinta) dias.

28 LEITÃO, Cristina. *Estabilização da tutela antecipada antecedente*: um olhar otimista. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). DOTTI, Rogéria (Org.). O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 418.

Deve prevalecer a regra estabelecida na lei especial, muito clara quanto ao ponto. Se a eficácia da decisão antecipatória cessa ante à inércia do autor em requerer a instituição da arbitragem, descabe a estabilização, ainda que o réu não interponha o respectivo recurso.²⁹

5.3 Convenção limitadora das tutelas de urgência

Há quem defenda a possibilidade de as partes convencionarem restrições ao cabimento da tutela de urgência pré-arbitral pelo Poder Judiciário, sob o fundamento de que, se é cabível a renúncia à jurisdição estatal, também é possível a renúncia à tutela de urgência antecedente.

Ocorre que, quando se renuncia à tutela jurisdicional estatal por meio de convenção de arbitragem, está-se optando por outra porta de acesso à justiça, adequada a direitos patrimoniais disponíveis. Mas abdicar de tutelas de urgência enquanto não instituída a arbitragem é renunciar a qualquer porta à solução do litígio. Isso é indisponível e não é permitido. Nesse sentido é a posição de Joel FIGUEIRA JR.:³⁰

O que as partes não poderão estabelecer em comum acordo, sob pena de nulidade, é a vedação ao acesso ao Poder Judiciário à obtenção de tutelas provisórias, mesmo que tenham indicado em convenção arbitral uma entidade que possua em seu regulamento a figura do *árbitro de urgência*. Contudo, nestes casos, o filtro ao Poder Judiciário é ainda maior, pois o interessado haverá de demonstrar ao Estado-juiz que o acesso à jurisdição arbitral de urgência poderia causar-lhe algum prejuízo em razão da incidência do tempo. Essa hipótese, em termos práticos, não será muito comum, pois as entidades que possuem em seus regulamentos a figura do *árbitro de plantão* (também denominado de *árbitro de apoio, de emergência*

29 No mesmo sentido: CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 200; TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e a tutela provisória no código de processo civil de 2015*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 12, n. 46, jul.-set. 2015.

30 FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 293.

ou de urgência), oferecem aos interessados um procedimento expedito capaz de atendê-los, em alguns casos, de maneira plena e satisfatória.

6 ARBITRAGEM DE EMERGÊNCIA

As partes poderão convencionar que a apreciação de eventual tutela de urgência seja decidida no juízo arbitral, por meio da arbitragem de emergência, o que é previsto em várias câmaras internacionais e domésticas.

A ARBITAC – Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – possui um regulamento específico para a arbitragem de emergência. O artigo 1º do Regulamento aprovado em 29/05/2015 dispõe que a parte que necessitar de provimento emergencial poderá requerê-lo por escrito à instituição. O árbitro de emergência, que será indicado pelo Presidente do Conselho de Administração e terá direito a honorários conforme a tabela da instituição, definirá os pressupostos, condições, extensão, efeitos e duração do procedimento emergencial. Para a concessão da medida, poderá ser solicitada a prestação de caução para garantia. Vale lembrar que a decisão do árbitro de emergência poderá ser revista pelo árbitro definitivo ou tribunal arbitral e a parte beneficiada pela medida deverá protocolar em até 30 (trinta) dias o requerimento de instituição de arbitragem.

7 TUTELA DE URGÊNCIA INCIDENTAL NA ARBITRAGEM

A necessidade de tutela de urgência pode ocorrer no próprio processo arbitral, nos termos do artigo 22B, parágrafo único, da Lei de Arbitragem: “Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros”.

Tanto a tutela de urgência cautelar como a antecipada poderão ser

requeridas e concedidas incidentalmente, desde que presentes os pressupostos para tanto.

Como não há previsão dos requisitos na Lei de Arbitragem, pode-se convenciona-los ou utilizar-se do regulamento da entidade³¹, ou mesmo valer-se da doutrina consolidada quanto ao *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

8 TUTELA DA EVIDÊNCIA NA ARBITRAGEM

A tutela da evidência, que tem como pressuposto a alta probabilidade da existência do direito, não está prevista expressamente na Lei de Arbitragem, que faz referência à tutela cautelar e de urgência. Porém, não há qualquer restrição quanto à previsão das tutelas de evidência nas convenções de arbitragem, embora a doutrina a considere desnecessária na maior parte dos casos.³²

9 EFETIVAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ARBITRAL

A cooperação entre árbitros e juízes é fundamental no tema da arbitragem, tanto no momento que antecede a instauração da arbitragem, em que são necessárias medidas urgentes para resguardar direitos prováveis, a afastar o perigo de dano, quanto na efetivação das tutelas antecipadas e cautelares nas hipóteses em que a parte não cumpre espontaneamente

31 Ibidem, p. 299.

32 CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 202.

a decisão provisória do árbitro ou do painel arbitral. Essa colaboração é descrita metaforicamente em comentário digno de nota:

Lord Mustill, por exemplo, descreveu os litígios submetidos à arbitragem como uma corrida de revezamento, na qual as cortes estatais começam a corrida com o bastão até o momento em que o juízo arbitral é constituído. Assim que o juízo é constituído, o bastão passa para a mão dos árbitros, que, por fim, novamente passam o bastão às cortes estatais no estágio final de execução da sentença arbitral.³³

O árbitro tem a função de apreciar e julgar a causa, exercendo função cognitiva – de conhecimento. Ele compõe a lide e declara o direito aplicável às partes, exercendo função equivalente à jurisdição.

Todavia, o árbitro não possui o poder de coerção ínsito ao Judiciário: o denominado *jus imperium*, exclusivo dos juízes estatais.

Proferida tutela provisória de urgência no processo arbitral, caso a parte não cumpra a decisão, o árbitro deverá se valer da cooperação do Poder Judiciário para executar a medida, impondo à parte contra a qual foi concedida seu cumprimento. Para tanto, o juiz valer-se-á de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, de acordo com a norma do artigo 139, IV, do CPC.

O meio pelo qual o árbitro solicita esse auxílio ao Poder Judiciário é a carta arbitral, prevista no artigo 22-C da Lei de Arbitragem e no artigo 69, § 1º, do CPC.

10 CONCLUSÕES

Verifica-se que o sistema do processo arbitral está totalmente adaptado às tutelas de urgência cautelares e antecipadas, de modo que, na even-

33 Ibidem, p. 46.

tualidade de surgirem situações em que a parte que firmou convenção de arbitragem não puder aguardar pela instituição da arbitragem, terá à sua disposição medidas para amenizar o problema da espera da tutela arbitral.

A depender do que foi tratado na convenção arbitral, tais medidas serão prestadas no âmbito do Poder Judiciário e suas decisões terão eficácia até a instituição da arbitragem, sendo que o árbitro poderá rever, modificar ou reformar a decisão judicial.

Também têm as partes capazes de contratar e que convencionarem arbitragem a possibilidade de optar pelos árbitros de emergência já previstos em diversos regulamentos de câmaras de arbitragem nacionais e internacionais.

A efetivação das medidas de urgência arbitrais eventualmente necessitará da cooperação do Poder Judiciário, único detentor do poder de *imperium* a impor suas ordens.

11 REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. *Revista do Advogado*, ano XXXII, jul. 2012, n. 116, AASP.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. Medidas de urgência na arbitragem e o novo regulamento do CAM-CCBC. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 33, abr. 2012.

CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e Novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. In:

CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.

FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: um olhar otimista. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). DOTTI, Rogéria (Org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 1. ed. em *e-book* baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PECHINCHA, Juliana Barbosa. Concessão de tutela de urgência pelo Poder Judiciário antes da instauração do juízo arbitral: Comentários ao Resp 1.297.974/RJ. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 36, pp. 377-390, jan.-mar., 2013.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no código de processo civil de 2015. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 12, n. 46, jul.-set. 2015.

Enfim, uma esperança para a transação tributária: uma breve análise da Lei n. 13.988/2020

Finally hope for tax transaction: a brief analysis of Act 13.988/2020

Ana Paula Sabetzki Boeing¹

RESUMO: Neste artigo são analisados os principais aspectos da Lei n. 13.988/2020, que recentemente disciplinou a transação tributária no âmbito da administração pública federal. Inicialmente, são examinadas algumas noções básicas sobre transação tributária, com o intuito de auxiliar a compreensão daquele diploma normativo. Em seguida, são analisados os aspectos gerais da Lei n. 13.988/2020, ao que se seguem tópicos específicos para cada uma das três modalidades de transação nela previstas: a transação na cobrança da dívida ativa, a transação no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica e a transação no contencioso tributário de pequeno valor. Verifica-se que a Lei n. 13.988/2020 logrou circunscrever a transação tributária a hipóteses específicas e restritas, com observância ao princípio da legalidade e da igualdade, e traz a esperança de que a transação tributária comece a ser efetivamente utilizada no meio jurídico nacional.

1 Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional. Procuradora do Estado do Paraná.

PALAVRAS-CHAVE: transação tributária; Lei n. 13.988/2020; transação na cobrança da dívida ativa; transação no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica; transação no contencioso tributário de pequeno valor.

ABSTRACT: This article analyzes the main aspects of Act 13.988/2020, which recently regulated federal public administration tax transaction. Initially some basic notions about tax transaction are examined. Then, the general aspects of Act 13.988/2020 are analyzed, followed by specific topics for each of the three types of transaction that were instituted: transaction in tax collection, transaction in tax litigation of relevant and widespread legal controversy, and transaction in small-value tax litigation. It appears that Act 13.988/2020 succeeded in delimiting tax transaction to specific and restricted cases, in accordance with the principles of legality and equality, bringing hope that tax transaction will start to be effectively used in Brazil.

KEYWORDS: tax transaction; Act 13.988/2020; transaction in tax collection; transaction in tax litigation of relevant and widespread legal controversy; transaction in small-value tax litigation.

1 INTRODUÇÃO

Instituto antigo e pouquíssimo utilizado, a transação tributária ganhou recentemente destaque no meio jurídico nacional em razão da edição da Lei n. 13.988, de 14 de abril de 2020. Transacionar em matéria tributária já é juridicamente possível desde 1951, quando houve a sua previsão na Lei n. 1.341 – Lei Orgânica do Ministério Público da União, órgão então responsável por promover as execuções fiscais. Em 1966 a transação foi expressamente consagrada no Código Tributário Nacional, que condicionou a sua possibilidade à edição de lei que preveja as condições em que ela é admissível. Passado mais de meio século, é reduzida a quantidade de leis de transação em vigor.

Os Municípios, nesse aspecto, estão mais avançados que os Estados. Conforme estudo realizado em 2018 no âmbito da Faculdade de Direito da Faculdade Getúlio Vargas de São Paulo, apenas 22,22% dos Estados haviam editado leis de transação tributária. Nos Municípios com mais de 500 mil habitantes, aquele percentual era de 61,70%. Quanto às leis estaduais, o estudo apontou que a maioria basicamente reproduz o disposto no artigo 171 do CTN. No âmbito municipal, destacaram-se as leis de Campo Grande, Campinas e Rio de Janeiro, nas quais as hipóteses de transação estavam relacionadas a dúvida na interpretação da lei, incerteza na aplicação de penalidades e matérias nas quais era improvável o êxito judicial da Fazenda.² Ainda nos casos em que existem leis em vigor, o que se percebe é que na prática a transação é pouquíssimo utilizada.

No âmbito federal, o Poder Executivo apresentou em 20/04/2009 o Projeto de Lei n. 5.082, que ficou conhecido como Lei Geral de Transação Tributária. A proposição, elaborada a partir de anteprojeto de autoria de Heleno Taveira Torres e Luís Inácio Adams, provocou importantes discussões acadêmicas, mas não foi até o momento votada pelo Plenário da Câmara dos Deputados.³

Em 16/10/2019 o debate voltou à tona em razão da edição da Medida Provisória n. 899, conhecida por “MP do contribuinte legal”. Resultado de proposta conjunta do Ministério da Economia e da Advocacia-Geral da União, ela dispôs sobre a transação tributária no âmbito federal. A Comissão Mista do Congresso Nacional que a apreciou recebeu 220 emendas, realizou audiência pública em 13/02/2020 e alterou o texto em

2 MASCITTO, Andréa; PISCITELLI, Tathiane; FUNAGOSHI, Cristina Mari. A realidade da transação tributária no Brasil. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-realidade-da-transacao-tributaria-no-brasil-19042018>>. Acesso em: 10 out. 2019.

3 BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 5082/2009*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431269>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

certos aspectos, o que originou o Projeto de Lei de Conversão n. 02/2020.⁴ O Congresso manteve as ideias básicas da proposição e aprimorou alguns pontos do texto. O resultado final, de forma geral, foi bastante positivo. O projeto foi sancionado e originou a Lei n. 13.988, de 14 de abril de 2020.

Enquanto vigente a medida provisória, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional regulamentou-a por meio da Portaria n. 12.616/2019 e expediu o Edital de transação por adesão n. 01/2019. Com a conversão da MP em Lei, a PGFN editou a Portaria n. 9.917/2020 para substituir a portaria precedente e publicou o Edital n. 03/2020, que prorrogou o prazo para a adesão à transação de que tratava o edital anterior. Além disso, foram expedidas as Portarias n. 7.820/2020 e n. 9.924/2020, que disciplinaram a intitulada “transação extraordinária”, destinada especificamente ao enfrentamento das consequências decorrentes da pandemia de Covid-19.

Estão ocorrendo no âmbito federal não apenas transações por adesão, mas também acordos decorrentes de propostas individuais apresentadas pelo devedor ou pela União. Ao que parece, o instituto da transação tributária começa a efetivamente sair do papel. A legislação e a experiência da União tendem a estimular os outros entes federativos a trilhar caminhos semelhantes.

Nesse contexto em que parece ter surgido uma esperança para a transação tributária, este artigo se propõe a analisar os principais aspectos da Lei n. 13.988/2020. Em um primeiro momento serão examinadas algumas noções básicas sobre transação tributária. Em razão da reduzida quantidade de jurisprudência sobre o assunto, a análise será realizada especialmente com base em doutrina bibliográfica. À luz daquelas noções serão em seguida examinados os aspectos gerais da Lei n. 13.988/2020, ao

4 BRASIL. Congresso Nacional. *Medida Provisória n° 899, de 2019 (Contribuinte Legal)*. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/139427>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

que se seguem tópicos específicos para cada uma das três modalidades de transação nela previstas.

2 NOÇÕES BÁSICAS SOBRE A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA

O verbo transigir deriva do latim *transigere*, que significa concluir um ajuste, terminar uma desavença. Dele decorre o substantivo transação, que tem o sentido comum de “pacto, convenção, ajuste, em virtude do qual as pessoas realizam um contrato ou promovem uma negociação”.⁵ No Direito, a transação foi concebida no campo do Direito Privado e posteriormente se expandiu para os demais ramos.⁶

O aspecto inerente à transação, independentemente do ramo do Direito em questão, são as concessões recíprocas. Conceder significa permitir, abrir mão, ceder. Na transação isso ocorre quando alguém cede parcela de sua pretensão, ou seja, do direito que acredita ter.⁷ Sem que existam concessões de ambas as partes, o que pode haver é a mera liberalidade, a renúncia à pretensão ou o reconhecimento da procedência do pedido. As concessões não precisam ser equivalentes ou proporcionais.⁸ O simples abrir mão de manter um conflito já configura uma concessão.⁹

5 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 2.145-2.149.

6 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária: contexto, texto e argumentos*. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT. Belo Horizonte, ano 7, n. 39, mai./jun. 2009, pp. 36-37.

7 OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A transação em matéria tributária*. Série Doutrina Tributária, v. XVIII. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 140-141.

8 Ibid., pp. 140-141.

9 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios*

No Direito Tributário, a transação é prevista no Código Tributário Nacional como forma de extinção do crédito tributário (artigo 156, III). O Código estabelece, no *caput* do seu artigo 171, que a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em terminação¹⁰ do litígio e conseqüente extinção de crédito tributário. O parágrafo único do mesmo dispositivo prevê que a lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso. Nada mais foi disciplinado pelo Código.

Ao dispor que a transação tributária implica a terminação do litígio, o CTN não possibilita que ela ocorra na modalidade preventiva, mas apenas na terminativa. Nesse sentido é a opinião da maioria da doutrina: Betina GRUPENMACHER¹¹, Celso BASTOS¹², Luís Eduardo SCHOUERI¹³, Oswaldo Othon de Pontes SARAIVA FILHO¹⁴, Paulo de Barros

e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 329.

10 O CTN, equivocadamente, emprega o vocábulo “determinação” em vez de “terminação”. O deslize é facilmente perceptível por meio da análise do *caput* artigo 136 do Projeto de Lei n. 4.834/1954, no qual se empregou o vocábulo *terminação*: “É facultado aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em *terminação de litígio* e conseqüente extinção de crédito tributário”. O PL n. 4.834/1954 serviu de base para a elaboração do anteprojeto do CTN.

11 GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Uma nova era nas relações entre o Fisco e os contribuintes*. Revista Consultor Jurídico, 6 de jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/betina-gruppenmacher-fisco-contribuintes>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

12 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 220.

13 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 685.

14 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário*:

CARVALHO¹⁵, Regina Helena COSTA¹⁶, Ruy Barbosa NOGUEIRA¹⁷, Sacha Calmon Navarro COELHO¹⁸, Hugo de Brito MACHADO e Hugo de Brito MACHADO SEGUNDO¹⁹, entre outros.

Esse aspecto é costumeiramente apontado como uma das peculiaridades da transação tributária em relação àquela do Direito Civil, na qual se admite a modalidade preventiva (artigo 840 do Código Civil): “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. De forma minoritária, Onofre Alves BATISTA JÚNIOR sustenta a possibilidade de transação tributária preventiva, que ele concebe como um contrato administrativo que prepara o lançamento, tendo em vista controvérsia quanto a elemento fático ou questão de direito.²⁰

Por outro lado, a expressão litígio, na forma empregada no CTN, abrange a lide judicial e a lide administrativa, conforme sustentam

homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 46.

15 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 454.

16 COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 282.

17 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 310.

18 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *A obrigação tributária: nascimento e morte: a transação como forma de extinção do crédito tributário*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual. Belo Horizonte, n. 12, p. 635.

19 MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Transação em Matéria Tributária: Limites e Inconstitucionalidades*. Tributação em Revista, n. 56, jan.-jun. 2010, p. 17.

20 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transação no direito tributário, discricionariedade e interesse público*. Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, n. 83, ago. 2002, pp. 416-417.

Betina Grupenmacher²¹, Fábio Artigas GRILLO²², Regina Helena Costa²³, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho²⁴, Phelippe OLIVEIRA²⁵ e Paulo de Barros Carvalho. Segundo afirma este último, “o legislador do Código não primou pela rigorosa observância das expressões técnicas, e não vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema”.²⁶ Minoritariamente, Hugo de Brito Machado defende que o litígio apenas se configura por uma pretensão formulada e resistida em Juízo.²⁷ Na forma em que prevista no CTN, portanto, a transação tributária deve envolver litígio judicial ou administrativo e não pode ocorrer de forma preventiva.

Muito se critica a previsão de que a transação configura forma de extinção do crédito tributário, pois o fato que acaba acarretando a extinção da obrigação normalmente é o pagamento e não propriamente a transação.

21 GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Uma nova era nas relações entre o Fisco e os contribuintes*. Revista Consultor Jurídico, 6 de jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/betina-grupenmacher-fisco-contribuintes>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

22 GRILLO, Fabio Artigas. *Transação e Justiça Tributária*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012, p. 285.

23 COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 282.

24 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 55.

25 OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A transação em matéria tributária*. Série Doutrina Tributária, v. XVIII. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 145.

26 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 455.

27 MACHADO, Hugo de Brito. *Confissão e transação no direito tributário*. Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, n. 159, dez. 2008, pp. 37-38.

Para Paulo de Barros Carvalho, “o processo de transação tão somente prepara o caminho para que o sujeito passivo quite sua dívida”.²⁸ Segundo Fábio Artigas Grillo, a transação “não tem por objetivo e nem eficácia extinguir o crédito tributário, mas tão somente o conflito ou litígio a ele vinculado”.²⁹ Nessa linha, Heleno Taveira TORRES afirma que a transação consiste em um mecanismo de solução de controvérsias que visa à extinção do litígio. Pura e simplesmente, ela não extinguiria o crédito tributário.³⁰ Similarmente, Sacha Calmon Navarro Coêlho sustenta que “transação é fato que pode resultar em remissão ou pagamento” e que “transacionar não é pagar; é operar para possibilitar o pagar. É *modus faciendi*, tem feitiço processual, preparatório do pagamento”.³¹

Contudo, a interpretação que mais se harmoniza com a disciplina do Código, que expressamente inclui a transação entre as formas de extinção do crédito tributário, é aquela conferida por Hugo de Brito Machado. Segundo o autor, a transação é hipótese de extinção do crédito relativamente à parte da qual a Administração abriu mão. Quando o Fisco,

28 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 454.

29 GRILLO, Fabio Artigas. *Transação e justiça tributária*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012, pp. 207-208.

30 TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 305.

31 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *A obrigação tributária: nascimento e morte: a transação como forma de extinção do crédito tributário*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual. Belo Horizonte, n. 12, 1993, p. 30.

por exemplo, dispensa parte de multa e juros ou mesmo do valor do tributo, é a transação que extingue o vínculo na parte que foi objeto da concessão.³²

A nosso sentir, a transação não necessariamente implica a imediata extinção da lide (ao menos no aspecto formal) e da obrigação tributária. Basta pensar em uma hipótese de transação que envolva parcelamento. Enquanto ele perdurar estará suspensa a exigibilidade da obrigação e provavelmente a tramitação de eventual execução fiscal. Apenas com o pagamento é que ambas serão extintas. O que o CTN exige é que a transação contemple tanto a extinção da obrigação como a extinção da lide, sem impor o momento em que isso deve ocorrer. Trata-se de requisito relacionado ao conteúdo da transação que está dissociado do aspecto temporal.

Dessa forma, a transação, na forma em que disciplinada pelo CTN, consiste em um ajuste firmado entre os sujeitos ativo e passivo da relação tributária que, mediante concessões mútuas, acordam em terminar litígio administrativo ou judicial acerca da obrigação tributária com o objetivo de extingui-la. Como decorrência da transação, o crédito tributário pode ser extinto, de forma imediata ou diferida, por uma ou mais das formas legalmente previstas, como pagamento, compensação, dação. A transação será modalidade própria de extinção relativamente ao crédito que foi objeto de dispensa por parte da Administração.

A transação tributária tem evidente natureza contratual. Ela pressupõe a composição de vontades entre os sujeitos da relação tributária, que fazem mútuas concessões. A característica que essencialmente diferencia o contrato do ato jurídico em sentido estrito é justamente o acordo de vontades.³³ Não há como negar aquela natureza, a não ser

32 MACHADO, Hugo de Brito. *Confissão e transação no direito tributário*. Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, n. 159, dez. 2008, p. 38.

33 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 34; TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 223.

que se permaneça adotando uma concepção antiquada de que inexistiria espaço para o elemento volitivo no âmbito da Administração Tributária. Sustentam a natureza contratual da transação Fábio Artigas Grillo³⁴, Fernanda Drummond PARISI³⁵, Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo.³⁶ Em sentido oposto se manifestam Aliomar BALEEIRO, Regina Helena Costa³⁷ e Heleno Taveira Torres.³⁸ Baleeiro aduz que a transação tributária não cria obrigações, mas altera e extingue obrigações preexistentes, o que lhe conferiria a natureza de ato.³⁹

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em importante julgamento, afirmou que a transação tributária não se confunde com benefício fiscal, especialmente em razão da bilateralidade que lhe é típica. Por esse motivo, o STF decidiu que é inaplicável à transação tributária o disposto nos artigos 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal, que estabelecem, respectivamente, a necessidade de lei específica que regule

34 GRILLO, Fabio Artigas. *Transação e justiça tributária*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012, pp. 177 e 181.

35 PARISI, Fernanda Drummond. *Transação Tributária no Brasil: supremacia do interesse público e a satisfação do crédito tributário*. Tese (doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 132.

36 MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Transação em Matéria Tributária: Limites e Inconstitucionalidades*. Tributação em Revista, n. 56, jan.-jun. 2010, p. 17.

37 COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, p. 281.

38 TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 306-307.

39 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 905.

exclusivamente o benefício ou o correspondente tributo e a exigência de prévia deliberação dos Estados e do Distrito Federal para a concessão de benefício relativo a ICMS.⁴⁰

Dessa característica relacionada à reciprocidade das concessões também decorre, a nosso ver, a inaplicabilidade às transações tributárias do artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece determinados requisitos para a concessão de benefício tributário do qual decorra renúncia de receita.⁴¹ O dispositivo se aplica, por exemplo, à remissão e à anistia, que são o perdão puro e simples do tributo e da penalidade, respectivamente. Esses institutos não se configuram na transação tributária, pois nela eventual dispensa ou desconto em relação ao tributo ou à penalidade ocorre em contrapartida a uma concessão feita pelo contribuinte. É evidente, contudo, que tanto o artigo 14 da LRF como os citados dispositivos constitucionais incidirão se a título de transação houver a mera concessão de benefício fiscal. O que importa é a natureza do ato e não a nomenclatura que lhe é atribuída.

A Lei que disciplinar a transação tributária deve atender não apenas ao disposto no artigo 171 do CTN, mas também às normas constitucionais. Estão em questão principalmente os princípios da legalidade e da igualdade, que influenciam, respectivamente, a medida de discricionariedade que pode ser conferida à Administração Pública e a diferenciação de tratamento que pode ser legalmente realizada.

Quanto ao primeiro princípio, é necessário inicialmente distinguir o regime da legalidade estrita, no qual a Constituição exige que a lei esgote a regulação da conduta, do regime da legalidade simples, no qual é possível

40 ADI 2.405, Relator Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019, DJe-215, de 03/10/2019.

41 Defendem a inaplicabilidade do artigo 14 da LRF Hugo de Brito Machado (*Confissão e transação no direito tributário*. Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, n. 75, dez. 2001) e Fabio Artigas Grillo (*Transação e justiça tributária*. Tese. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012, pp. 198-200).

que a lei confira discricionariedade normativa (abstrata) ou decisória (concreta) à Administração. No âmbito da discricionariedade normativa, a Administração produz regulamentos para complementar as normas de conduta contidas na lei. Atuando no âmbito da discricionariedade decisória, ela escolhe uma solução para o caso concreto, sem produzir normas gerais.⁴²

Em matéria tributária, a discricionariedade estrita limita-se às hipóteses de instituição ou majoração de tributos. O artigo 150, I, da Constituição Federal veda que se exija ou aumente tributos sem lei que o estabeleça. Em função desse dispositivo, a legalidade na área tributária “teve sua intensidade reforçada” (Roque Antonio CARRAZZA⁴³) e ganhou “feição de maior severidade” (Paulo de Barros Carvalho⁴⁴). Dele decorre que todos os aspectos da regra-matriz de incidência dos tributos devem estar descritos em lei.⁴⁵ Por outro lado, as demais questões tributárias que

42 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 128-129.

43 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 283.

44 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 180.

45 Segundo o modelo de Paulo de Barros Carvalho (*ibidem*, p. 86, 254-255), a regra-matriz de incidência ou norma tributária em sentido estrito é formada por uma hipótese (suposto, antecedente ou descritor) que se conjuga com um mandamento (consequência ou prescritor) por meio de um dever-ser interproposicional (conectivo deontico ou operador deontico). A hipótese descreve um fato, e a consequência prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento do fato desencadeará. Tanto o descritor como o prescritor podem ser decompostos em elementos (critérios ou aspectos). A hipótese é formada pela descrição do comportamento de alguém (critério material), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já o mandamento é composto pelo critério pessoal (sujeito ativo e passivo) e pelo critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). Assim, “criar um tributo corresponde a enunciar os critérios da hipótese – material, espacial e temporal

sofrem o influxo do princípio da legalidade se submetem ao regime da legalidade simples. A elas se aplica a previsão genérica constante do artigo 5º, II, da Constituição Federal.⁴⁶

Disso já é possível concluir que a transação tributária, por não implicar a instituição ou a majoração de tributos, não está submetida ao regime da legalidade estrita. É possível que a lei de transação confira discricionariedade normativa e decisória à Administração Pública. Contudo, é necessário perceber que a transação importa em concessões em relação ao tributo, que é instituído por meio de uma lei que deve observar a legalidade estrita. Essa natureza legal do tributo – e aqui está em questão uma legalidade constitucionalmente reforçada – faz com que seja necessária a descrição em lei de hipóteses específicas e restritas em que é possível transacionar. Conforme observa Onofre Alves Batista Júnior, o princípio da legalidade estrita seria praticamente nulificado se a transação fosse permitida em qualquer situação. A lei não mais estaria definindo os aspectos da regra-matriz de incidência, mas apenas estabelecendo um valor máximo para o tributo, enquanto à Administração competiria definir a sua quantificação.⁴⁷

Diversos autores manifestam-se no sentido de que a lei de transação não pode ser demasiadamente genérica, mas os limites dessa dis-

– sobre os critérios da consequência – subjetivo (sujeitos ativo e passivo da relação) e quantitativo (base de cálculo e alíquota)”.

46 BOEING, Ana Paula Sabetzki. *Abrangência e distinções entre os regimes da legalidade estrita e da legalidade simples em matéria tributária*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 142, 3º trim. 2019, pp. 11-30.

47 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, pp. 432-433.

cricionariedade são controvertidos.⁴⁸ É minoritária a concepção de que o princípio da legalidade impossibilitaria a transação em matéria tributária.⁴⁹ Quer nos parecer que está sendo superada a visão de que a Administração Tributária não pode dialogar ou atuar dentro da margem de discricionariedade que lhe é legalmente conferida.

É importante notar que a instituição do tributo decorre do exercício da competência tributária, que é uma espécie de competência legislativa caracterizada pela facultatividade. O ente federativo que a titulariza pode deixar de exercê-la ou exercitá-la apenas de forma parcial. Da faculdade para criar o tributo decorre a aptidão para alterar a carga tributária,

48 MACHADO, Hugo de Brito. *Confissão e transação no direito tributário*. Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT, n. 159, dez. 2008, pp. 36-37; SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 685; OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A transação em matéria tributária*. Série Doutrina Tributária, v. XVIII. São Paulo: Quartier Latin, p. 140; BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 905; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 303; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Transação tributária realizada nos exatos termos do artigo 171 do Código Tributário Nacional: inteligência do dispositivo: prevalência do interesse público em acordo envolvendo prestação de serviços e fornecimento de material: rigoroso cumprimento da legislação complementar federal e municipal: opinião legal*. In: SARAIVA FILHO, op. cit., p. 378.

49 SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Transação e arbitragem no direito tributário: paranoia ou mistificação?* In: SARAIVA FILHO, op. cit., p. 187.

conceder parcelamentos, isenções, remissões, anistia.⁵⁰ Se a pessoa política pode deixar de tributar ou perdoar o débito tributário, ela também pode transacionar, inclusive em relação ao valor principal do tributo. Não pudesse o crédito tributário ser objeto de qualquer redução, diferimento ou dispensa de pagamento, o exercício da competência tributária deveria ser obrigatório e não facultativo.⁵¹ A possibilidade de transação tributária fundamenta-se, nessa perspectiva, na própria competência tributária.

Não há nenhum impeditivo jurídico a que a transação possa, em tese, abranger as formas de concessão normalmente apontadas pela doutrina, como redução da quantia devida (seja do valor principal, dos acessórios ou das penalidades), a aceitação de outro bem em pagamento, a compensação do crédito tributário com crédito do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, a dilação do prazo para pagamento. Tudo está abrangido pela competência legislativa da pessoa política, que é protegida pelo princípio federativo.⁵² Assim, a legalidade não apenas limita, mas indiretamente constitui fundamento da transação.

O princípio da igualdade, por sua vez, configura evidente limitação constitucional à transação tributária a ser observado tanto pelo legislador como pelo aplicador da lei. No campo tributário a igualdade implica o tratamento equitativo, justo e não discriminatório entre os contribuintes, com respeito à capacidade contributiva. Concebida como principal medida de justiça no âmbito da tributação⁵³, a capacidade contributiva se relaciona

50 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 599.

51 PARISI, Fernanda Drummond. *Transação Tributária no Brasil: supremacia do interesse público e a satisfação do crédito tributário*. Tese (doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 42.

52 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 176.

53 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade*

à aptidão para contribuir, qualificada por um dever de solidariedade e com observância ao mínimo existencial.⁵⁴

Do princípio da igualdade inicialmente decorre a necessidade de previsão legal para a transação tributária. É que a característica funcional das leis consiste justamente na discriminação de situações para submetê-las a regimes diferenciados.⁵⁵ A lei, além disso, não pode conferir discricionariedade tamanha à Administração Pública a ponto de que inexista garantia mínima de tratamento isonômico aos contribuintes. A igualdade, nessa perspectiva, reforça as limitações à transação decorrentes do princípio da legalidade. Nem poderia ser diferente, já que ambos os preceitos estão intrinsecamente relacionados.⁵⁶

Mas há limitações específicas decorrentes do princípio da igualdade. A lei de transação deve eleger fatores de diferenciação entre os contribuintes que tenham um vínculo de correlação lógica com o tratamento diferenciado, na linha sustentada na obra clássica de Celso Antônio Bandeira de MELLO. Esse vínculo deve ser compatível com os valores consagrados pela Constituição Federal.⁵⁷ Sobre esse último requisito, importa relembrar especialmente dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da eficiência administrativa e da razoável duração do processo.

contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21.

54 GRUPENMACHER, Betina Treiger. *IPTU, ITBI e Capacidade Contributiva: Diversidade de Bases de Cálculo e Critérios para a Progressividade*. In: CUNHA, Carlos Renato; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler (coord.). *Tributos municipais em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 54.

55 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 11-12.

56 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 160.

57 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 37-43.

No caso concreto, o agente público deve aplicar a lei de transação e respectivos regulamentos com equidade, sem objetivar a promoção de favorecimentos ou de perseguições. É sempre o interesse público, que apenas pode ser aferido no caso concreto por meio do processo de concretização do Direito⁵⁸, que deve nortear a atuação discricionária do agente. Além disso, a transação tributária, assim como os acordos em geral firmados pelo Poder Público, pressupõe a possibilidade de aplicação daquilo que foi acordado para casos semelhantes.⁵⁹ A garantia do respeito ao princípio da igualdade está relacionada à publicidade e à transparência das transações.⁶⁰

São essas as noções básicas sobre transação tributária, que foram brevemente expostas com o intuito de facilitar a compreensão da Lei n. 13.988/2020. O próximo tópico versará sobre os aspectos gerais desse ato normativo, e os seguintes sobre as modalidades específicas de transação por ele instituídas.

58 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 72.

59 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 56.

60 MORAIS, Carlos Yuri Araújo. *Transação e arbitragem em matéria tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.), op. cit., pp. 500-501; OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A transação em matéria tributária*. Série Doutrina Tributária, v. XVIII. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 170-171.

3 ASPECTOS GERAIS DA LEI N. 13.988/2020

A Lei n. 13.988/2020 dispõe sobre “os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária” (artigo 1º). O âmbito de incidência da lei, portanto, abrange os créditos tributários e não tributários da União, suas autarquias e fundações. Quanto aos tributários, a lei genericamente estabelece que a transação será realizada nos termos do art. 171 do CTN, mas não há disciplina diferenciada em relação aos créditos não tributários.

São três as modalidades de transação previstas na Lei n. 13.988/2020: a) transação na cobrança da dívida ativa; b) transação no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica; c) transação no contencioso tributário de pequeno valor. O primeiro capítulo da lei trata de disposições gerais aplicáveis às três modalidades, ao que se seguem capítulos específicos destinados a cada uma delas.

Em linhas gerais, a transação na cobrança da dívida ativa se aplica aos créditos inscritos em dívida ativa e não pagos pelo devedor. É possível a concessão de descontos nessa modalidade de transação apenas em relação aos créditos considerados irrecuperáveis ou de difícil recuperação, que estão associados a uma situação de crise econômico-financeira do sujeito passivo. O percentual do desconto e o prazo de pagamento são calculados de acordo com a sua capacidade de pagamento. Já a transação no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica é voltada aos grandes litígios tributários, tanto no âmbito administrativo como no judicial, que são típicos da complexidade da legislação tributária. A transação no contencioso tributário de pequeno valor, por sua vez, é aplicável aos créditos de até 60 salários mínimos de pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte. Por meio dela se pretende reverter os custos da cobrança em benefícios para ambas as partes e solucionar o problema relacionado à disseminação de pequenas demandas.

O modelo foi em certa medida inspirado no instituto do *Offer in Compromise* do direito americano, previsto na Seção 7122 do *United States Code*⁶¹, especialmente no que diz respeito à primeira modalidade de transação.⁶² Nos Estados Unidos o contribuinte pode propor a transação ao Fisco, oferecendo o pagamento em dinheiro por valor inferior ao do débito originário, em três hipóteses: a) quando não tiver bens e renda suficientes para o pagamento da totalidade da dívida, caso em que a proposta deve estar baseada no que a Receita (*Internal Revenue Service*) considera que é a sua real capacidade de pagamento (*doubt as to collectibility*)⁶³; b) quando tiver dúvida legítima acerca da existência do débito ou do respectivo montante, que pode decorrer, por exemplo, de possível erro na interpretação da lei ou na análise dos fatos (*doubt as to liability*)⁶⁴; c) por razões de equidade ou de política pública, relacionadas a circunstâncias excepcionais (*effective tax administration*).⁶⁵

A primeira hipótese (dúvida quanto à capacidade de pagamento do contribuinte) inspirou, em considerável medida, a modalidade de transação na cobrança da dívida ativa. A segunda hipótese (dúvida

61 ESTADOS UNIDOS. House of Representatives. *United States Code*. Disponível em: <<https://uscode.house.gov/browse/prelim@title26/subtitleF&edition=prelim>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

62 BRASIL. Planalto. *EMI n. 00268/2019 ME - AGU*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-899-19.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

63 ESTADOS UNIDOS. Internal Revenue Service. *Form 656 Booklet. Offer in Compromise*. Disponível em: <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f656b.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

64 ESTADOS UNIDOS. Internal Revenue Service. *Form 656-L: Offer in Compromise (Doubt as to Liability)*. Disponível em: < <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f656l.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

65 ESTADOS UNIDOS. Internal Revenue Service. *Form 656 Booklet. Offer in Compromise*. Disponível em: <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f656b.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

quanto à existência ou ao valor do débito) tem alguma semelhança com a modalidade de transação no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica, embora o requisito relacionado à disseminação e relevância da controvérsia seja peculiar ao caso brasileiro. A hipótese remanescente (efetividade da administração tributária) não foi refletida na Lei n. 13.988/2020, que, no entanto, inovou ao prever a transação no contencioso tributário de pequeno valor. A lei brasileira tem as suas características e peculiaridades próprias e está longe de ser uma cópia do *Offer in Compromise*, mesmo naquela primeira hipótese em que há maior semelhança entre os modelos.

Na transação na cobrança da dívida ativa, o acordo pode ocorrer por adesão ou decorrer de proposta individual. Nas duas outras modalidades, apenas é possível o formato de adesão. A União propõe o acordo, na transação por adesão, mediante a expedição de edital, no qual são fixadas todas as condições da proposta, que é dirigida a todos os devedores que satisfaçam os respectivos requisitos. A adesão por parte do sujeito passivo implica a aceitação daquelas condições. Já a transação individual pode decorrer de proposta formulada pelo sujeito passivo ou de proposta da União dirigida a um devedor específico. Havendo consenso, o acordo é formalizado em termo de transação. A Portaria n. 9.917/2020 da PGFN restringiu a possibilidade de transação individual a determinadas hipóteses, como débito superior a 15 milhões de reais, conforme será detalhado no tópico seguinte.

Em qualquer modalidade, a transação está condicionada à assunção dos seguintes compromissos mínimos pelo devedor: a) não utilizar a transação de forma abusiva, para limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa econômica; b) não utilizar pessoa natural ou jurídica interposta para ocultar ou dissimular a origem ou a destinação de bens, direitos e valores, os seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários de seus atos; c) não alienar nem onerar bens ou direitos sem a devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigido em lei; d) desistir das impugnações ou dos recursos administrativos

que tenham por objeto os créditos incluídos na transação e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais eles se fundem; e) renunciar a quaisquer alegações de direito, atuais ou futuras, sobre as quais se fundem ações judiciais, inclusive as coletivas, ou recursos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação, por meio de requerimento de extinção do respectivo processo com resolução de mérito (artigo 487, III, “c”, do CPC).

Nota-se que apenas os dois últimos compromissos podem ser classificados como concessões, pois são os únicos que dizem respeito à pretensão do sujeito passivo. Outra concessão evidente do contribuinte consiste no próprio adimplemento (ao menos parcial) do débito, ao que antes ele havia resistido. Já as concessões que podem ser realizadas por parte da Fazenda envolvem descontos e benefícios relacionados ao prazo e à forma de pagamento. Elas variam conforme a modalidade de transação e serão detalhadas nos tópicos seguintes.

A Lei n. 13.988/2020 vedou, em qualquer modalidade de transação, o acordo que envolva devedor contumaz, conforme definido em lei específica, e a redução de multas de natureza penal. A primeira proibição foi incluída no Congresso Nacional e ainda não é aplicável, ante a ausência de lei que defina devedor contumaz. Segundo consta do Parecer da Comissão Mista, não haveria como resolver “questão tão espinhosa” no exíguo prazo para debater e aprovar o texto da medida provisória. Naquele parecer se menciona a tramitação do Projeto de Lei n. 1.646/2019, de autoria do Poder Executivo, que estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz.⁶⁶

A vedação é adequada. A figura do devedor contumaz é associada ao contribuinte que, de forma intencional e reiterada, deixa de adimplir com as suas obrigações tributárias apesar de possuir capacidade de pagamento, com o objetivo de se financiar por via oblíqua com o dinheiro

66 BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer (CN) n. 1, de 2020*. Diário do Congresso Nacional n. 4 de 2020. Publicado em 20/02/2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/103084?sequencia=158>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

público. Trata-se de prática nociva que implica a concorrência desleal com os contribuintes que agem em conformidade com a lei. Não há como compatibilizar a concessão de descontos ao devedor contumaz com o princípio da isonomia, que exige um vínculo de correlação lógica entre o fator de discriminação e o tratamento diferenciado e a compatibilidade desse vínculo com os valores constitucionais. Com o devedor contumaz, assim como nos demais casos em que é vedada a transação, o artigo 14 da Portaria n. 9.917/2020 prevê a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual, regulamentado pela Portaria n. 742/2018 – PGFN.

A lei previu os casos de rescisão da transação e estabeleceu que o termo do acordo pode prever hipóteses adicionais (artigo 4º, *caput*). São as seguintes as hipóteses legais: a) a inobservância das disposições da Lei n. 13.988/2020, do edital ou o descumprimento das condições, cláusulas ou compromissos assumidos; b) vício no próprio processo de formação do acordo, consistente na ocorrência de dolo, fraude, simulação, erro essencial quanto à pessoa ou ao objeto do conflito, prevaricação, concussão ou corrupção passiva; c) a constatação de ato tendente ao esvaziamento patrimonial do devedor como forma de fraudar o cumprimento da transação, ainda que realizado anteriormente à sua celebração; d) a decretação de falência ou de extinção, pela liquidação, da pessoa jurídica transigente.

Não é possível a rescisão fora das hipóteses previstas em lei ou no termo do acordo. A transação configura ato jurídico perfeito, nos termos do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e não pode, portanto, ser posteriormente violada.⁶⁷ O acordo jamais poderá ser afastado em razão

67 TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária*: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e*

do arrependimento de qualquer das partes, do conhecimento de fatos até então desconhecidos, da formulação de nova tese jurídica ou da alteração da orientação jurisprudencial. O princípio da segurança jurídica, que fundamenta a inviolabilidade do ato jurídico perfeito, assim o impõe.

A Lei n. 13.988/2020 estabelece que os agentes públicos que participarem do processo de composição do conflito, judicial ou extrajudicialmente, com o objetivo de celebração de transação, somente poderão ser responsabilizados, inclusive perante os órgãos de controle interno e externo, quando agirem com dolo ou fraude para obter vantagem indevida para si ou para outrem (artigo 29). A norma vai ao encontro do disposto no artigo 184 do CPC⁶⁸ e no artigo 40 da Lei n. 13.140/2015 – Lei de Mediação⁶⁹, que também preveem a necessidade de dolo ou fraude por parte do advogado público (CPC) e dos servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição (Lei de Mediação) para que seja possível a sua responsabilização.

É evidente que os advogados públicos e demais agentes que participam do processo de composição do conflito necessitam de um mínimo de segurança jurídica para que possam agir de forma proativa e buscar a solução que melhor atenda ao interesse público. Não são poucos os casos verificados ao longo dos últimos anos de agentes públicos demandados de forma absolutamente injusta e desmotivada em procedimentos iniciados

arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 310-311.

68 “Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.”

69 “Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.”

pelos órgãos de controle. Esse cenário apenas estimula a Administração a simplesmente dizer “não” ao administrado e seguir até as últimas instâncias do Poder Judiciário sem dialogar ou conceder. Se é errado dizer “sim” ou negociar, não se pode esperar postura diversa.

A norma abrange tanto a responsabilidade civil como a administrativa, já que o texto legal não faz qualquer distinção entre ambas. A responsabilidade penal, por sua vez, depende da prática do fato descrito no tipo penal e, em regra, apenas pode ocorrer na modalidade dolosa (artigo 18, parágrafo único, do Código Penal). A ação ou omissão em questão, que poderia gerar a responsabilização, é aquela realizada durante o processo de composição do conflito tributário, abrangendo a própria celebração da transação e os atos a ela relacionados. Nos exatos termos em que prevê o dispositivo legal, a responsabilidade depende da existência de dolo ou fraude (afastada, portanto, a modalidade culposa) e do intuito de obter vantagem indevida para si ou para outrem.

É equivocado pensar que, em razão do disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, a responsabilização do servidor público é sempre possível na modalidade culposa. A norma constitucional trata da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por danos causados a terceiros. Isso nada tem a ver com os casos em que se pretende responsabilizar diretamente o agente público.

Para finalizar esse tópico, observa-se que a Lei n. 13.988/2020 alude a diversos princípios constitucionais. Nesse sentido, ela estabelece que, para fins de sua aplicação e regulamentação, serão observados, entre outros, os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos, da eficiência e da publicidade (artigo 1º, § 2º). Em relação ao princípio da transparência, há algum detalhamento. Prevê-se que a transparência será efetivada, entre outras ações, pela divulgação em meio eletrônico de todos os termos de transação celebrados, com informações que viabilizem o atendimento do princípio da isonomia, resguardadas as legalmente protegidas por sigilo (artigo 1º, § 3º).

A lei também alude ao interesse público e insere a celebração da transação no âmbito de discricionariedade da Administração. Nesse sentido, ela prevê que, em juízo de oportunidade e conveniência, a União poderá celebrar transação em quaisquer das modalidades, sempre que, motivadamente, entender que a medida atende ao interesse público (artigo 1º, § 1º). O dispositivo está em harmonia com o caráter facultativo a que se refere o artigo 171 do CTN, segundo o qual a lei de transação conferirá uma faculdade aos sujeitos da relação tributária (“a lei pode *facultar*”). Assim, à legalidade se soma o elemento da vontade, como pressuposto da transação.⁷⁰ É também adequada a previsão de que a discricionariedade decisória do agente público é limitada pelo interesse público, que deve ser aferido no caso concreto e ser objeto de motivação.

Apesar da alusão ao “juízo de oportunidade e conveniência”, a Lei n. 13.988/2020 não confere excessiva discricionariedade à Administração. Há um regramento suficientemente detalhado sobre as condições e os requisitos que devem ser observados para a celebração do ajuste. Por outro lado, a possibilidade de transação é circunscrita pela Lei n. 13.988/2020 a hipóteses restritas: débitos irrecuperáveis ou de difícil recuperação, disseminada e relevante controvérsia jurídica e créditos tributários de pequeno valor. Essa compatibilidade da lei com o princípio da legalidade ficará mais clara nos tópicos seguintes, nos quais as modalidades específicas de transação serão analisadas com maior profundidade.

4 TRANSAÇÃO NA COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA

A transação na cobrança da dívida ativa pode ocorrer por meio de adesão, realizada exclusivamente por meio eletrônico, ou decorrer

70 GRILLO, Fabio Artigas. *Transação e justiça tributária*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012, p. 176.

de proposta individual da União ou do devedor. A representação da União varia conforme o crédito envolvido. A transação é proposta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no caso de créditos tributários da administração direta (artigo 12 da LC n. 73/1993), pela Procuradoria-Geral Federal em relação aos créditos tributários e não tributários das autarquias e fundações (artigo 10 da Lei n. 10.480/2002) ou pela Procuradoria-Geral da União no caso de créditos não tributários da administração direta (artigo 9º da LC n. 73/1993 e artigo 23, II, “c”, do Decreto n. 7.392/2010). Essa é a única modalidade de transação que pode envolver créditos não tributários e a única em que pode ocorrer a formulação de propostas individuais.

Não se prevê como requisito da transação a existência de processo contencioso administrativo – caracterizado pela impugnação ou reclamação do sujeito passivo – ou ação judicial. É necessário, porém, que o crédito esteja inscrito em dívida ativa, com exceção daquele sob a responsabilidade da Procuradoria-Geral da União, que não tem natureza tributária (artigos 10, *caput*, e 11, § 2º, IV). Dessa forma, na perspectiva da Lei n. 13.988/2020, o litígio exigido pelo artigo 171 do CTN é caracterizado, nessa modalidade de transação, pela inscrição do crédito tributário em dívida ativa. O não pagamento do crédito cobrado pela União já configura a resistência do contribuinte à pretensão da administração tributária.

Nessa modalidade, a Lei n. 13.988/2020 prevê que o acordo pode contemplar os seguintes benefícios, cumulativos ou não: a) descontos nas multas, nos juros de mora e nos encargos legais relativos a créditos classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação; b) o oferecimento de prazos e formas de pagamento especiais, incluídos o diferimento e a moratória; c) o oferecimento, a substituição ou a alienação de garantias e de constrições (artigo 11).

Por vedação expressa da Lei n. 13.988/2020, o desconto, nessa modalidade de transação, não pode incidir sobre o montante principal do crédito, assim entendido como o seu valor originário. Trata-se de opção do legislador, mas não haveria, em tese, óbice jurídico a que a lei permitisse o desconto sobre o valor principal. A justificativa para a

vedação, que vem desde o texto originário da MP 899/2019, é bastante razoável. Pretendeu-se assegurar a isonomia em relação aos contribuintes que adimplem pontualmente suas dívidas e evitar um desincentivo ao pagamento espontâneo do débito.⁷¹ Nas demais modalidades de transação não há semelhante proibição.

O desconto sobre os acessórios da dívida, nessa modalidade, apenas pode ocorrer quanto aos créditos irrecuperáveis e de difícil recuperação. Para as demais dívidas, apenas podem ser realizadas as outras concessões, relacionadas ao prazo, à forma de pagamento, às garantias e às constringências. Ou seja, todos os créditos inscritos em dívida ativa podem ser objeto da transação tributária, mas o desconto apenas é possível em relação àqueles considerados irrecuperáveis ou de difícil recuperação.

A Lei delega ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional o estabelecimento de critérios para a aferição do grau de recuperabilidade das dívidas, mas desde logo estabelece que são considerados irrecuperáveis ou de difícil recuperação os débitos das empresas em processo de recuperação judicial, liquidação judicial, liquidação extrajudicial e falência (artigo 11, § 5º).

Ao regulamentar a Lei, a Portaria n. 9.917/2020 da PGFN⁷² prevê

71 Nesse sentido foi a afirmação do Procurador-Geral Adjunto de Gestão da Dívida Ativa da União e FGTS, Cristiano Neuenschwander Lins De Moraes, na audiência pública promovida pela Comissão Mista do Congresso Nacional em 13/02/2020 para debater o texto da MP 899/2019. A gravação da sessão está disponível no canal da TV Senado no *Youtube*: <<https://www.youtube.com/watch?v=3Eg8be9sF5E>>. Acesso em: 17 mai. 2020.

72 A Portaria 9.917/2020 – PGFN é aplicável aos créditos sob a responsabilidade da PGFN, que são os créditos tributários da administração direta (artigo 73 da Lei Complementar n. 73/1993). A regulamentação da Lei compete ao Advogado-Geral da União quanto à dívida cobrada pela Procuradoria-Geral Federal (créditos das autarquias e fundações públicas, independentemente da natureza) e pela Procuradoria-Geral da União (créditos não tributários da administração direta). A regulamentação por parte da AGU ainda não foi realizada. No entanto, considerando que mais de 90% dos créditos das autarquias

que a classificação dos créditos conforme a sua recuperabilidade deverá observar a capacidade de pagamento do sujeito passivo. A classificação recebeu a seguinte nomenclatura: créditos tipo A (alta perspectiva de recuperação), créditos tipo B (média perspectiva de recuperação), créditos tipo C (difícil recuperação) e créditos tipo D (irrecuperáveis).

A situação econômica do sujeito passivo, segundo a Portaria n. 9.917/2020, será mensurada a partir da verificação das informações cadastrais, patrimoniais ou econômico-fiscais prestadas pelo devedor ou por terceiros à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou aos demais órgãos da Administração Pública (artigo 19). A capacidade de pagamento decorre da situação econômica e será calculada de forma a estimar se o sujeito passivo possui condições de efetuar o pagamento integral dos débitos inscritos em dívida ativa, no prazo de cinco anos, sem descontos (artigo 20, *caput*). O prazo de cinco anos, que a Portaria elegeu como parâmetro, é aquele relativo ao parcelamento ordinário dos créditos da União (artigos 10 e 37-B da Lei n. 10.522/2002).

Assim, se for verificado que o sujeito passivo tem condições de realizar o pagamento no prazo do parcelamento ordinário, o crédito não é considerado irrecuperável ou de difícil recuperação. Nesse caso, a transação não pode envolver a concessão de descontos. Na hipótese em que a capacidade de pagamento não seja suficiente para a liquidação integral do passivo fiscal em cinco anos, os prazos e os descontos são graduados de acordo com a possibilidade de adimplemento dos débitos (artigo 20, parágrafo único). Esse critério de concessão de descontos em conformidade com o cálculo da capacidade de pagamento (*ability to pay*) vem do instituto do *Offer in Compromise* do direito estadunidense.

A Procuradoria-Geral da Fazenda pretende disponibilizar sistema para o cálculo automatizado da capacidade de pagamento. O devedor terá

e fundações não têm natureza tributária, percebe-se que a transação tributária ficará na grande maioria dos casos a cargo da PGFN.

conhecimento do cálculo e poderá apresentar pedido de revisão (artigos 22, 62 a 71).

Independentemente da aferição da capacidade de pagamento, a Portaria qualifica como irrecuperáveis alguns créditos em razão de circunstâncias objetivas do próprio crédito ou do seu titular. São os seguintes créditos: a) inscritos há mais de quinze anos e sem anotação atual de garantia ou suspensão de exigibilidade; b) cuja exigibilidade esteja suspensa por decisão judicial há mais de dez anos (artigo 151, IV e V, do CTN); c) de titularidade de devedores falidos, em recuperação judicial ou extrajudicial, em liquidação judicial, em intervenção ou liquidação extrajudicial; d) de titularidade de pessoa jurídica cuja situação cadastral no CNPJ esteja baixada por inaptidão, por inexistência de fato, por omissão contumaz, pelo encerramento da falência, da liquidação judicial ou da liquidação; inapta por localização desconhecida, por inexistência de fato, por omissão e não localização, por omissão contumaz ou por omissão de declarações; ou suspensa por inexistência de fato; e) de titularidade de pessoa física com indicativo de óbito; f) cujos processos de execução fiscal estejam arquivados com fundamento no artigo 40 da Lei n. 6.830/1980 há mais de três anos (artigo 24).

A Lei n. 13.988/2020 prevê que a concessão do desconto não pode implicar redução superior a 50% do valor total dos créditos a serem transacionados. É interessante observar que o limite de 50% é aferido com base no valor total do crédito, embora o desconto seja aplicado sobre as parcelas acessórias. O prazo de quitação, por outro lado, não pode ser superior a 84 meses. Aqueles limites são aumentados para 70% e 145 meses no caso de transação com pessoa natural, microempresa, empresa de pequeno porte, Santas Casas de Misericórdia, sociedades cooperativas, organizações da sociedade civil de que trata a Lei n. 13.019/2014 e instituições de ensino. Em relação às microempresas e empresas de pequeno porte, é a própria Constituição Federal que fundamenta o tratamento tributário favorecido (artigo 146, III, “d”). As demais entidades foram beneficiadas em razão de emendas apresentadas à Comissão Mista do Congresso Nacional.

Por outro lado, é vedada a moratória e o parcelamento em prazo superior a 60 meses quanto às contribuições sociais previstas no artigo 195, I, “a”, e II, da Constituição Federal. Trata-se de limitação que não consta da Lei n. 13.988/2020, mas decorre de previsão constitucional expressa (§ 11 do artigo 195).

Além dos descontos e dos prazos e formas de pagamento especiais, a Lei n. 13.988/2020 estabelece a possibilidade de concessão de benefícios relacionados às garantias e às constrições. Nesse sentido, a Portaria n. 9.917/2020 prevê que podem ser flexibilizadas as regras para aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias e para constrição ou alienação de bens (artigo 8º, IV e V). Nesse aspecto, o acordo mais se assemelha ao negócio jurídico processual (*caput* do artigo 190 do CPC⁷³), pois diz respeito aos aspectos processuais da cobrança e não propriamente ao direito material. A Lei n. 13.988/2020 permite que sejam aceitas quaisquer modalidades de garantia previstas em lei, inclusive garantias reais ou fidejussórias, cessão fiduciária de direitos creditórios, alienação fiduciária de bens móveis, imóveis ou de direitos (artigo 11, § 6º), e prevê que ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional pode condicionar a transação ao pagamento de entrada, à apresentação de garantia e à manutenção daquelas já existentes (artigo 14, II).

Além disso, a Lei n. 13.988/2020 estabelece que na transação podem ser utilizados créditos líquidos e certos do contribuinte em desfavor da União, reconhecidos em decisão transitada em julgado (artigo 11, § 6º). Ao regulamentar a Lei, a Portaria n. 9.917/2020 qualifica o aceite de precatórios

73 “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

como uma concessão por parte da Fazenda e permite a utilização inclusive de precatórios de terceiros (artigos 8º, VI, e 57 a 61).

A Lei n. 13.988/2020 prevê que ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional deve estabelecer as situações em que somente é possível a transação por adesão. Ao fazê-lo, a Portaria n. 9.917/2020 estabelece que os débitos cujo valor consolidado seja igual ou inferior a 15 milhões de reais somente podem ser transacionados naquele formato. O limite é calculado considerando o somatório de todas as inscrições do devedor elegíveis à transação, observados os critérios do respectivo edital. Quando o somatório das inscrições elegíveis ultrapassar aquele montante, somente é permitida a transação individual (artigo 4º, §§ 1º a 3º).

A transação individual é ainda possível nos seguintes casos: a) devedores falidos, em recuperação judicial ou extrajudicial, em liquidação judicial ou extrajudicial ou em intervenção extrajudicial; b) Estados, Distrito Federal e Municípios e respectivas entidades de direito público da administração indireta; c) débitos cujo valor consolidado seja igual ou superior a um milhão de reais e em relação aos quais haja decisão judicial suspensiva ou garantia por penhora, carta de fiança ou seguro garantia. Além da possibilidade de transação individual, nesses casos é possível eventual adesão à proposta formulada pela PGFN em edital (artigo 32 da Portaria n. 9.917/2020).

No caso de transação individual proposta pela União, o devedor é notificado por via eletrônica (caso esteja cadastrado na plataforma da PGFN) ou postal e pode apresentar contraproposta (artigos 33 e 35 da Portaria n. 9.917/2020). A proposta de transação apresentada pelo devedor deve conter plano de recuperação fiscal com a descrição dos meios para a extinção dos débitos e ser instruída com diversos documentos, como demonstrações contábeis, relação nominal de credores e valor dos respectivos créditos, laudo econômico-financeiro e de avaliação de todos os bens e direitos, extratos de contas bancárias e de aplicações financeiras (artigo 36 da Portaria n. 9.917/2020). Os documentos e as informações servem justamente para possibilitar a aferição da capacidade de pagamento.

Assim, o devedor deve estar disposto a revelar a sua saúde financeira caso deseje pleitear a concessão de desconto.

O propósito da lei é que o desconto não seja estendido a todos os contribuintes, como ocorre nos parcelamentos especiais, mas apenas àqueles que estão em situação de crise financeira. São conhecidos os efeitos negativos da criação periódica e recorrente daqueles parcelamentos. Conforme observam Marco Antonio RODRIGUES e Rafael Gaia PEPE, a prática “reduz o compliance tributário e estimula o financiamento indireto de agentes privados com o dinheiro público”.⁷⁴

Nesse sentido, a exposição de motivos da MP n. 899/2019 indica a pretensão de esvaziar “a prática comprovadamente nociva de criação periódica de parcelamentos especiais, com concessão de prazos e descontos excessivos a todos aqueles que se enquadram na norma (mesmo aqueles com plena capacidade de pagamento integral da dívida)”. Assim, “afasta-se do modelo que considera exclusivamente o interesse privado, sem qualquer análise casuística do perfil de cada devedor e, conseqüentemente, aproxima-se de diretriz alinhada à justiça fiscal”.⁷⁵

Dessa forma, essa modalidade de transação objetiva “a superação da situação transitória de crise econômico-financeira do sujeito passivo, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” e “assegurar aos contribuintes em dificuldades financeiras nova chance para retomada do cumprimento

74 RODRIGUES, Marco Antonio; PEPE, Rafael Gaia. *Ela, a transação fiscal, vista por nós, os advogados públicos*. Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/ela-a-transacao-fiscal-vista-por-nos-os-advogados-publicos-09052020>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

75 BRASIL. Planalto. *EMI n. 00268/2019 ME - AGU*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-899-19.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

voluntário das obrigações tributárias correntes” (artigo 3º, I e V, da Portaria n. 9.917/2020). Ela também tem o potencial de reduzir a litigiosidade, estimular a conformidade fiscal e incrementar a arrecadação tributária (artigos 2º, III e IV, e 3º, II, da Portaria n. 9.917/2020).

A restrição dos descontos aos créditos irrecuperáveis e de difícil recuperação é compatível com o princípio da igualdade. O critério de discriminação eleito pelo legislador, consistente no nível de recuperabilidade do crédito tributário, tem pertinência lógica com o tratamento diferenciado. Serão oferecidas condições mais favoráveis ao devedor que, de outra forma, provavelmente não adimpliria a dívida tributária. Percebe-se um nítido intuito arrecadatário, o que é totalmente compatível com a Constituição. A tributação é justamente o meio para financiar os direitos fundamentais e os compromissos assumidos pelo Estado Social de Direito. Além disso, privilegia-se a capacidade contributiva, que é a principal medida de justiça no âmbito da tributação. A irrecuperabilidade do débito está em princípio relacionada justamente à ausência de capacidade do devedor para contribuir.

5 TRANSAÇÃO NO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO DE RELEVANTE E DISSEMINADA CONTROVÉRSIA JURÍDICA

A segunda modalidade de transação ocorre no contencioso tributário, administrativo ou judicial, de relevante e disseminada controvérsia jurídica. Segundo a Lei n. 13.988/2020, a controvérsia relevante e disseminada é aquela que trata de questões tributárias que ultrapassam os interesses subjetivos da causa (artigo 16, § 3º). Essa definição, ausente na redação originária, foi incluída pelo Congresso Nacional para “dar mais segurança jurídica ao instituto da transação” e “evitar que a celebração desse tipo de transação tributária resolvesse casos muito particularizados ou redundasse em regime tributário especial para o contribuinte que a

realizasse”.⁷⁶ A modalidade ainda não foi regulamentada, incumbência que compete ao Ministério da Economia (artigos 21 e 22).

Nesse caso não é possível a formulação de propostas individuais. A transação decorre exclusivamente de proposta do Ministro de Estado da Economia, baseada em manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Receita Federal, constante de edital e aberta à adesão de todos aqueles que satisfaçam as respectivas condições (artigos 16, *caput*, e 17, *caput*). Devem constar do edital as exigências a serem cumpridas, as reduções ou concessões oferecidas, os prazos e as formas de pagamento admitidas, e o prazo de adesão (artigo 17, § 1º, I). A transação é realizada exclusivamente por meio eletrônico (artigo 22, § 3º).

A proposta de transação deve, preferencialmente, versar sobre controvérsia restrita a segmento econômico ou produtivo, a grupo ou universo de contribuintes ou a responsáveis delimitados (artigo 16, § 2º). É possível que os créditos contemplados pela transação sejam limitados a determinados períodos de competência ou a certas etapas do processo administrativo ou judicial (artigo 17, § 1º, II). Veda-se a transação com efeito prospectivo que resulte, direta ou indiretamente, em regime especial, diferenciado ou individual de tributação (artigos 16, § 2º, e 20, III). Do contrário, haveria quebra de isonomia em relação aos sujeitos passivos que não demandaram a Fazenda.

O contribuinte, por outro lado, deve necessariamente se conformar com o entendimento da administração tributária acerca de fatos geradores futuros ou não consumados (artigos 17, § 1º, III, e 19, § 1º, II). Dessa forma, a transação resolve o problema relacionado aos créditos passados, mas o contribuinte deve se conformar para o futuro. Contudo, essa eficácia prospectiva da transação cessa diante do advento dos enunciados ou

76 BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer (CN) n. 1, de 2020*. Diário do Congresso Nacional n. 4 de 2020. Publicado em 20/02/2020. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/103084?sequencia=158>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

precedentes persuasivos previstos no artigo 927 do CPC ou nas hipóteses constantes do artigo 19 da Lei n. 10.522/2002, em que a Fazenda Nacional está dispensada de contestar, oferecer contrarrazões, recorrer e autorizada a desistir dos recursos já interpostos (artigo 19, § 1º, II).

Nessa modalidade, a transação apenas pode ser realizada se constatada a existência, na data de publicação do edital, de inscrição em dívida ativa, de ação judicial, de embargos à execução fiscal ou de reclamação ou recurso administrativo pendente de julgamento definitivo, relativamente à tese objeto da transação (artigo 18, *caput*). Assim, é possível a transação antes da inscrição do crédito em dívida ativa, se houver, por exemplo, ação declaratória, mandado de segurança ou impugnação em análise em delegacia de julgamento da Receita Federal ou no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

A solicitação de adesão deverá abranger todos os litígios relacionados à tese existentes na data do pedido (artigo 19, § 3º). Será indeferida a adesão que não importar em extinção do litígio administrativo ou judicial, ressalvadas as hipóteses em que ficar demonstrada a inequívoca cindibilidade do objeto (artigo 19, § 2º). Trata-se, assim, de transação resolutiva do litígio, em conformidade com o disposto no artigo 171 do CTN.

Por outro lado, é vedada a oferta de transação nas hipóteses previstas no artigo 19 da Lei n. 10.522/2002, quando o ato ou a jurisprudência for em sentido integralmente desfavorável à Fazenda Nacional, ou se existente enunciado ou precedente persuasivo (artigo 927 do CPC) integralmente favorável à Fazenda. Dessa forma, se a questão já foi decidida com relativa segurança jurídica pelo Poder Judiciário, não é o caso de transação.

Assim como ocorre na transação na cobrança da dívida ativa, a lei limita o desconto a 50% do crédito e o prazo máximo de quitação em 84 meses (artigo 17, § 2º). Ao contrário do que ocorre naquela modalidade de transação, contudo, não há aumento dos limites para pessoa natural, microempresa, empresa de pequeno porte e demais entidades beneficiadas. Outra diferença é a possibilidade de incidência do desconto sobre o valor principal da dívida, além dos acessórios (multa, juros de mora e encargos legais).

Para finalizar esse tópico, importa observar que a disciplina da lei é compatível com o princípio da igualdade. O critério de diferenciação de tratamento consiste na relevância e disseminação de controvérsia jurídica objeto de demandas judiciais ou administrativas. Observa-se um vínculo de correlação lógica com o tratamento diferenciado. Oferecem-se condições mais favoráveis de pagamento nos casos em que, por um lado, o próprio direito da Fazenda é duvidoso e, por outro, a inadimplência dos contribuintes pode decorrer da complexidade da legislação ou de razoável discordância em relação aos critérios jurídicos aplicados pelo Fisco. Na exposição de motivos da MP 899/2019 é mencionado expressamente o objetivo de conferir correto tratamento aos contribuintes que são autuados “pela complexidade da legislação que permitia interpretação razoável em sentido contrário àquele reputado como adequado pelo fisco”.⁷⁷

Há compatibilidade com os princípios e valores consagrados pela Constituição, notadamente com a razoável duração do processo, a segurança jurídica, a eficiência administrativa e a arrecadação tributária. Quanto a esse último aspecto, ressalta-se o potencial dessa modalidade na solução de demandas de alto valor. Além disso, por se tratar de transação que ocorre exclusivamente na modalidade de adesão, idênticas condições são oferecidas a todos os sujeitos passivos que estejam na mesma situação. Mediante o tratamento rigorosamente equitativo dos contribuintes, privilegia-se o princípio da isonomia.

77 BRASIL. Planalto. *EMI n. 00268/2019 ME - AGU*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-899-19.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

6 TRANSAÇÃO NO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO DE PEQUENO VALOR

O contencioso tributário de pequeno valor é aquele no qual o lançamento fiscal ou a controvérsia não supera 60 salários mínimos (artigo 23, I). Dentro desse valor de referência não compensa financeiramente para a União promover a cobrança. Daí que a transação, nessa hipótese, objetiva reverter os custos da cobrança em benefícios para ambas as partes e resolver a problemática relacionada à disseminação de pequenas demandas. No âmbito do contencioso tributário de pequeno valor, a Lei n. 13.988/2020 fez mais do que apenas regulamentar a transação. Ela possibilitou a criação de um microsistema tributário, dotado de maior flexibilidade, simplicidade procedimental e no qual é possível a utilização de outros métodos alternativos.

Nesse sentido, a lei estabelece, para o contencioso tributário de pequeno valor, a possibilidade de “adoção de métodos alternativos de solução de litígio, inclusive transação” (artigo 23, II). Embora discipline apenas a transação, a Lei n. 13.988/2020 permite que outros métodos alternativos sejam utilizados. É possível cogitar da mediação, da negociação e até mesmo da arbitragem. O contencioso de pequeno valor deverá ser objeto de regulamentação por parte do Ministério da Economia, inclusive quanto à adoção dos métodos alternativos, o que ainda não foi realizado. Na regulamentação deverão ser observados os princípios da racionalidade, da economicidade e da eficiência (artigo 23, *caput*).

A lei suprimiu a possibilidade de recurso ao CARF no contencioso de pequeno valor. O julgamento administrativo ocorrerá em última instância por órgão colegiado da Delegacia da Receita Federal. Deverão ser observados, contudo, o contraditório, a ampla defesa e a vinculação aos entendimentos do CARF (artigo 23, parágrafo único). Pretendeu-se com isso resolver o problema relacionado ao elevado número de processos de pequeno valor em tramitação no CARF, que acabam prejudicando o

juízo de processos com maior relevância econômica.⁷⁸ A simplificação do procedimento, que parece compatível com o baixo valor dos créditos envolvidos, certamente não será imune a críticas, já que os órgãos de julgamento da Receita são compostos apenas por auditores fiscais, sem a paridade entre fisco e contribuinte que ocorre no CARF.

Segundo afirma o Procurador da Fazenda Nacional Rogério CAMPOS, no contencioso tributário de pequeno valor se objetivou criar um microsistema, similar ao Juizado Especial Federal, com maior flexibilidade e apto, inclusive, para solucionar conflitos de massa. Conceu-se, segundo ele, um ambiente relativamente seguro em que é possível experimentar diferentes mecanismos para a solução das lides tributárias. A segurança decorre do fato de que eventuais benefícios não configuram renúncia de receita para fins de incidência do artigo 14 da LRF, já que o débito possui valor inferior ao do respectivo custo de cobrança.⁷⁹

Quanto à transação, ela é possível tanto no âmbito administrativo quanto judicial e ocorre exclusivamente por meio de adesão. Além da observância do limite de 60 salários mínimos quanto ao valor do crédito tributário, para a transação é necessário que o sujeito passivo seja pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte (artigo 24, parágrafo único). Além disso, é preciso que esteja pendente impugnação, recurso, reclamação administrativa ou haja processo de cobrança da dívida ativa da União (artigo 24, *caput*). Trata-se, assim, de transação resolutiva do litígio, conforme exige o artigo 171 do CTN.

78 Nesse sentido foi o debate realizado na audiência pública promovida pela Comissão Mista do Congresso Nacional em 13/02/2020 acerca da MP 899/2019. A gravação da sessão está disponível no canal da TV Senado no *Youtube*: <<https://www.youtube.com/watch?v=3Eg8be9sF5E>>. Acesso em: 17 mai. 2020.

79 ESCOLA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Palestra “transação tributária”, 06/05/2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z7FgOMfRF-Y&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

Em quase 70% dos processos administrativos atualmente em trâmite nas delegacias de julgamento da Receita Federal estão em questão créditos de até 60 salários mínimos. Esses processos representam, contudo, apenas 1,6% dos valores lá discutidos. Assim, a possibilidade de transação em relação a eles objetiva ganhos de eficiência, economicidade e a redução do elevado número de processos em trâmite administrativo.⁸⁰

Os seguintes benefícios, cumulativos ou não, podem ser contemplados na transação: a) desconto de até 50% do valor total do crédito; b) prazos e formas de pagamento especiais, incluídos o diferimento e a moratória; c) oferecimento, substituição ou alienação de garantias e de constrições. O prazo máximo de quitação, que era de 84 meses nas outras duas modalidades, foi reduzido para 60 meses. Não há aumento dos limites para categorias diferenciadas, mesmo porque a transação apenas pode ocorrer com pessoa natural, microempresa e empresa de pequeno porte. Não há vedação a que o desconto incida sobre o valor principal da dívida, ao contrário do que ocorre na transação na cobrança da dívida ativa.

O fator de diferenciação entre os contribuintes, nessa última modalidade de transação, está relacionado ao respectivo porte (pessoa natural, microempresa e empresa de pequeno porte) associado ao valor do débito tributário (até 60 salários mínimos). Há correlação lógica com o tratamento diferenciado. São concedidos descontos e condições especiais em casos em que, de um lado, não é viável economicamente para a União promover a cobrança e, de outro, os devedores têm presumidamente baixa capacidade contributiva e têm alguma discordância em relação à cobrança.

80 Nesse sentido foi a afirmação do Subsecretário de tributação e contencioso da Receita Federal, Sandro de Vargas Serpa, na audiência pública promovida pela Comissão Mista do Congresso Nacional em 13/02/2020 para debater o texto da MP 899/2019. A gravação da sessão está disponível no canal da TV Senado no *Youtube*: <<https://www.youtube.com/watch?v=3Eg8be9sF5E>>. Acesso em: 17 mai. 2020.

Há compatibilidade com a Constituição, pois se privilegia o princípio da eficiência e da razoável duração dos processos. O vínculo de correlação lógica também vai ao encontro do princípio da capacidade contributiva e da finalidade de desenvolvimento das pequenas empresas. É o próprio texto constitucional que determina o tratamento favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte (artigo 146, III, “d”). Como se trata de acordo que ocorre exclusivamente no formato de adesão, a isonomia é também privilegiada mediante o oferecimento, em edital, de idênticas condições a todos os contribuintes que estejam na mesma situação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As hipóteses de transação tributária foram bem delineadas pela Lei n. 13.988/2020. Na cobrança da dívida ativa, confere-se tratamento adequado à capacidade de pagamento do sujeito passivo. O instituto tem o potencial de incrementar a arrecadação tributária de forma consentânea com a justiça fiscal e promover a conformidade tributária, justamente o oposto do que ocorre com a prática nociva de lançamento periódico dos parcelamentos especiais. É certo que não estão vedados novos parcelamentos especiais, mas seria um grande ganho em termos de justiça e de conformidade se a transação viesse efetivamente a substituí-los. O principal desafio que se apresenta, quanto a essa modalidade, é calcular a capacidade de pagamento dos sujeitos passivos de forma adequada e automatizada.

A transação no contencioso de disseminada e relevante controvérsia jurídica é voltada para os litígios tributários relevantes. A absurda proliferação e eternização dos processos judiciais e administrativos tributários nada faz senão gerar perdas para ambas as partes da relação tributária e para a sociedade como um todo. Pelo lado do Poder Público, são gerados elevados custos no âmbito da Receita, da advocacia pública, do Poder Judiciário. O sujeito passivo, por sua vez, tem custos excessivos com advogados, bancos e seguradoras. Os valores, que poderiam ser utilizados na

execução de políticas públicas ou na atividade econômica do contribuinte, são aplicados na simples manutenção do conflito, que não raro se prolonga por décadas. A transação tributária, nesse contexto, pode gerar benefícios para ambas as partes da relação tributária conflituosa. Não se trata de solucionar o problema crônico da litigiosidade, mas de proporcionar mais um mecanismo importante para o seu enfrentamento.

No contencioso tributário de pequeno valor, é possível observar um potencial promissor em dois diferentes aspectos. O primeiro diz respeito ao encerramento de diversos processos que sobrecarregam as instâncias administrativas. Já o segundo está relacionado à criação de um ambiente para a experimentação de novas formas de solução de litígios que, se exitosas, podem ser replicadas fora do respectivo microsistema. O desafio que se apresenta, na regulamentação da lei e na formulação das propostas, é evitar a geração de um desincentivo ao pagamento espontâneo dos pequenos débitos e assegurar a isonomia em relação aos contribuintes que cumprem com o seu dever tributário sem demandar a Administração.

A Lei n. 13.988/2020 logrou circunscrever a transação tributária a hipóteses específicas e restritas, com observância ao princípio da legalidade e da igualdade, e indo ao encontro de diversos princípios constitucionais relevantes, como a capacidade contributiva, a eficiência administrativa, a razoável duração do processo e a segurança jurídica. A esperança trazida pela lei é não apenas a de que a transação tributária seja efetivamente praticada, mas a de que ela venha a ser praticada de forma equitativa e justa.

8 REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Transação no direito tributário, discricionariedade e interesse público. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, n. 83, ago. 2002.

BOEING, Ana Paula Sabetzki. Abrangência e distinções entre os regimes da legalidade estrita e da legalidade simples em matéria tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 142, 3º trim. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 5082/2009*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431269>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. Congresso Nacional. *Medida Provisória nº 899, de 2019 (Contribuinte Legal)*. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/139427>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Congresso Nacional. *Parecer (CN) n. 1, de 2020*. Diário do Congresso Nacional n. 4 de 2020. Publicado em 20 fev. 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/103084?sequencia=158>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Planalto. *EMI n. 00268/2019 ME - AGU*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-89919.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. A obrigação tributária: nascimento e morte: a transação como forma de extinção do crédito tributário. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual*, n. 12, Belo Horizonte.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESCOLA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Palestra “transação tributária”*, 6 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z7FgOMfRF-Y&feature=youtu.be>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

ESTADOS UNIDOS. House of Representatives. United States Code. Disponível em: <<https://uscode.house.gov/browse/prelim@title26/subtitleF&edition=prelim>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. Internal Revenue Service. *Form 656 Booklet. Offer in Compromise*. Disponível em: <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f656b.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Internal Revenue Service. *Form 656-L: Offer in Compromise (Doubt as to Liability)*. Disponível em: <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f656l.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária: contexto, texto e argumentos*. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte, ano 7, n. 39, mai./jun. 2009.

GRILLO, Fabio Artigas. *Transação e Justiça Tributária*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. IPTU, ITBI e Capacidade Contributiva: Diversidade de Bases de Cálculo e Critérios para a Progressividade. IN: CUNHA, Carlos Renato; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler (coord.). *Tributos municipais em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Uma nova era nas relações entre o Fisco e os contribuintes. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/betina-grupenmacher-fisco-contribuintes>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Transação em Matéria Tributária: Limites e Inconstitucionalidades*. *Tributação em Revista*, n. 56, jan.-jun. 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *A Transação no Direito Tributário*. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, n. 75, dez. 2001.

_____. Confissão e Transação no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, n. 159, dez. 2008.

MASCITTO, Andréa; PISCITELLI, Tathiane; FUNAGOSHI, Cristina Mari. A realidade da transação tributária no Brasil. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-realidade-da-transacao-tributaria-no-brasil-19042018>>. Acesso em: 10/10/2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Transação tributária realizada nos exatos termos do artigo 171 do Código Tributário Nacional: inteligência do dispositivo: prevalência do interesse público em acordo envolvendo prestação de serviços e fornecimento de material: rigoroso cumprimento da legislação complementar federal e municipal: opinião legal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAIS, Carlos Yuri Araújo. Transação e arbitragem em matéria tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1980.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A transação em matéria tributária*. Série Doutrina Tributária, v. XVIII. São Paulo: Quartier Latin.

PARISI, Fernanda Drummond. *Transação tributária no Brasil: supremacia do interesse público e a satisfação do crédito tributário*. Tese (doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

RODRIGUES, Marco Antonio; PEPE, Rafael Gaia. Ela, a transação fiscal, vista por nós, os advogados públicos. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/ela-a-transacao-fiscal-vista-por-nos-os-advogados-publicos-09052020>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Transação e arbitragem no direito tributário: paranoia ou mistificação? In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizado por Nagib Slaïbi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TV SENADO. *MP 899/2019 - Debate sobre transação tributária*. 13 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3Eg8be9sF5E>>. Acesso em: 17 mai. 2020.

Produção antecipada e coletivização da prova como mecanismos de incentivo à autocomposição

Anticipated production and evidence collectivization as mechanisms to encourage settlements

Thiago Simões Pessoa¹

RESUMO: O presente texto busca realizar um paralelo entre os instrumentos disponíveis para a busca de coleta de elementos informativos e provas e suas respectivas utilidades para o incentivo na celebração de acordos. Assim, será realizada uma análise de instrumentos probatórios disponíveis nas fases extrajudicial e judicial e de sua importância para fomentar a autocomposição.

PALAVRAS-CHAVE: Produção extrajudicial de provas; ação de produção antecipada de provas; instrumentos de coletivização parcial; eficiência; métodos de solução adequada de conflitos.

ABSTRACT: This text seeks to make a parallel between the instruments available to search for the collection of informational elements

1 Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil, Curitiba, Paraná. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Procurador do Estado do Paraná.

and evidence and their respective uses to encourage the conclusion of settlements. Thus, an analysis of the evidential instruments available in the extrajudicial and judicial phases and of their importance to encourage settlements will be carried out.

KEYWORDS: Extrajudicial production of evidence; action for anticipated production of evidence; instruments of partial collectivization; efficiency; methods of alternative dispute resolution.

1 INTRODUÇÃO

Em 2020, o mundo vivenciou uma crise de saúde pública em razão da disseminação de um vírus (Covid-19), que possui como forma de transmissão o contato entre as pessoas, o que ocasionou uma necessidade de isolamento da população. Porém, essa crise, além de se mostrar como prejudicial ao ser humano como pessoa, também afetou (e continuará afetando durante muito tempo) todas as instituições públicas, dentre elas o Poder Judiciário.

Portanto, mais que uma crise de saúde pública, esse fenômeno terá efeitos financeiros, econômicos e orçamentários, sendo necessário que toda a população se reinvente nas mais diversas áreas a fim de superar os obstáculos que serão a cada dia sentidos com maior intensidade.

Assim, a forma como se fazia processo também deve ser otimizada, mecanismos de eficiência processual deverão ser criados como nunca antes fora necessário, e o mais importante: o Poder Judiciário deverá ser utilizado somente nos casos em que realmente dele se necessite.

A partir desse cenário, os mecanismos de solução adequada deverão ser ainda mais incentivados, buscando-se meios para que os conflitos se adequem precisamente à forma de solução correta, bem como o próprio Poder Judiciário deverá se adaptar para que seus procedimentos sejam adequados à forma de conflito que a ele são submetidos, evitando o dispêndio desnecessário de recursos financeiros e de pessoal.

No presente artigo, serão analisados os instrumentos processuais relacionados à produção da prova e de que modo eles podem auxiliar na busca por soluções adequadas do conflito.

2 ADEQUAÇÃO DO CONFLITO À FORMA DE SOLUÇÃO APROPRIADA

2.1 Soluções adequadas do conflito

Antes de se adentrar propriamente na solução adequada dos conflitos, cabe uma análise preliminar do que seja conflito. É certo que a sociedade é dividida em inúmeros grupos e isso poderia acarretar as mais diversas classificações, o que também impactaria as mais diversas teorias sobre o conflito.²

Porém, em uma análise geral acerca da teoria do conflito, poderia se afirmar que são relações de conflitos aquelas em que os indivíduos ou grupos envolvidos possuem objetivos incompatíveis (ou que percebem como incompatíveis), de modo que quando seus objetivos não são total ou parcialmente incompatíveis, existirão relações de acordo, as quais gerarão condutas cooperativas e não condutas conflitivas, individuais ou coletivas.³

Assim, de antemão, já é possível vislumbrar que os conflitos aparecem em relações de incompatibilidade de objetivos (ou crença de incompatibilidade), sendo estes objetos de estudos próprios da sociologia e da antropologia.

2 ENTELMEN, Remo F. *Teoría de Conflictos: Hacia un Nuevo Paradigma*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002, p. 48.

3 Ibidem, p. 49.

O Direito nos oferece diversos meios de soluções para os mais diversos e complexos conflitos, dentre eles a via judicial e a extrajudicial⁴, de modo que a jurisdição estatal (e mais propriamente o Poder Judiciário) se apresenta como uma das inúmeras formas de solução.

No campo alheio à jurisdição estatal, inúmeras outras formas de resolução de conflitos existem. John COLLEY, em sua obra *A advocacia na mediação*, traça uma linha dos procedimentos de resolução de disputas existentes nos EUA do menos formal para os mais formais: negociação; conciliação; facilitação; mediação; med.-arb.; arbitragem, procedimentos determinados por tribunal; procedimentos híbridos; julgamento por tribunal.⁵

Outros procedimentos também continuam surgindo a depender da necessidade e da criatividade humana, a exemplo dos *dispute boards*, forma pela qual se busca a resolução de controvérsias na seara extrajudicial e de forma concomitante ao surgimento dos conflitos, geralmente utilizada em contratos de construção e infraestrutura.⁶

Assim, cabe aos operadores do direito, e notadamente aos advogados, atuarem como “arquitetos” na busca da construção e adequação do conflito à melhor forma de resolução existente, seja ela a jurisdição estatal ou outros meios de solução adequada.⁷ Somente assim se atingirá o verdadeiro acesso

4 BEZERRA, Paulo Cezar Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 54-55.

5 COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 25.

6 RAVAGNANI, Giovanni dos Santos; NAKAMURA, Bruna Laís Sousa Tourinho; LONGA, Daniel Pinheiro. *A utilização de dispute boards como método adequado para a resolução de conflitos no Brasil*. Revista de Processo, v. 300, pp. 343-362, fev. 2020.

7 CUÉLLAR, Leila. *O advogado como arquiteto de processos*. In: CUÉLLAR, Leila et al. (coord.). *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 19-20.

à justiça, o qual não pode ser confundido com o mero acesso ao Poder Judiciário, este somente uma faceta daquele.

2.2 Adequação da jurisdição estatal à natureza do conflito

No item anterior, demonstrou-se que os conflitos possuem naturezas distintas, podendo ser estes individuais ou coletivos. Ademais, também se mostrou que o Poder Judiciário (ou melhor, a jurisdição estatal) se apresenta como uma das formas de solução adequada dos conflitos.

Entretanto, a própria jurisdição estatal também deve apresentar uma resposta adequada aos mais diversos conflitos existentes em sua alçada, dado que é cediço que o Poder Judiciário não tem sua atuação limitada a casos homogêneos, mas sim possui atuação nos mais diversos tipos de conflitos.

Inicialmente, poderia se afirmar que os conflitos de alçada do Poder Judiciário podem ser de natureza individual ou coletiva e afiguram-se diferentes entre si.

Os conflitos individuais podem ser de diversas naturezas no campo do direito material, assim, podem pertencer às searas do direito de família, do direito de consumidor, do direito empresarial, dentre outras. De outro lado, os conflitos coletivos também podem pertencer a inúmeros campos do direito, como o direito ambiental, o direito do consumidor, o direito econômico, dentre outros.

Porém, também do ponto de vista do direito processual, o conflito pode merecer uma forma distinta de tratamento, a depender de sua natureza, complexidade e até mesmo grau de conflituosidade. No campo dos direitos coletivos, Edilson VITORELLI lembra-nos que, “ainda que o direito material subjacente a eles possa ser o mesmo – direito ambiental, direito do consumidor etc. – as peculiaridades decorrentes da

conflituosidade e da complexidade poderão dar ao litígio características distintas nos diferentes casos.”⁸

Assim, levando em consideração os aspectos processuais e materiais, a adequação procedimental na jurisdição estatal pressupõe uma nova classificação:

Processos individuais: a) processo individual tradicional, devendo se ater também para as peculiaridades de cada direito material discutido; b) processo individual mediante a aglutinação da demanda por meio de litisconsórcio, também se atendo aos anseios do direito material discutido.

Processos coletivos: a) processo coletivo por meio do emprego de ações coletivas tradicionais; b) processo coletivo por meio da coordenação de procedimentos ou técnicas processuais coletivas e processos individuais, a exemplo do IRDR, julgamento de recursos repetitivos ou mesmo a coletivização da prova.

Cabe esclarecer que, para a realização dessa classificação, três critérios devem ser elencados: “a) a inviabilidade da formação do litisconsórcio em demanda comum; b) a presença de afinidade de questões; e c) a existência de utilidade predominante para as partes e para o Judiciário no tratamento coletivo dos interesses individuais”.⁹

Por fim, insta frisar que também devem os processos individuais e coletivos ser coordenados com meios de solução consensual do conflito, que, a depender da natureza, extensão, conflituosidade e complexidade, poderão se revelar mais adequados em determinado momento processual.

8 VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 26.

9 ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.

3 EFICIÊNCIA PROCESSUAL: PRODUÇÃO DE PROVAS E SOLUÇÕES ADEQUADAS

3.1 O problema da verdade no processo e a finalidade da prova

Anteriormente à análise da produção da prova, um problema maior surge, qual seja, a busca pela verdade no processo judicial. Durante muito tempo, o processo civil se limitava a uma possível busca da verdade formal, enquanto o processo penal tinha como fim a obtenção da verdade material.¹⁰

Frise-se que a verdade formal, diversamente da verdade substancial, seria “aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial”¹¹, não havendo “necessidade de identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto”.¹²

Assim, durante muito tempo, atribuiu-se ao processo civil uma falsa noção de menor importância na busca da verdade dos fatos discutidos em juízo, acreditando-se numa utopia¹³, consistente na possibilidade de obtenção da verdade real, ao menos, no juízo criminal.

Porém, com o decorrer do tempo, fora possível observar que o próprio conceito de verdade real, ou ao menos a possibilidade de sua obtenção no bojo de um processo judicial, se encontrava equivocado, uma vez que a extração de um juízo acerca de fatos será sempre influenciada por aspectos subjetivos decorrentes das próprias limitações da cognição humana.¹⁴ Portanto, a certeza estaria no espírito, permeado pelo subje-

10 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

11 *Ibidem*, p. 32.

12 *Ibidem*, p. 32.

13 *Ibidem*, p. 36.

14 CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale, Padova, v.10, p. 165, 1955.

tivismo de quem a analisa, enquanto a verdade estaria nas coisas¹⁵, ou seja, no objetivismo dos fatos.

Há muito CALAMANDREI já advertia que a verdade absoluta não seria possível de ser obtida pelo julgador em razão de sua condição humana, naturalmente falha, podendo apenas ser atingido um juízo de verossimilhança ou aparência de verdade.¹⁶ Assim, todo juízo de verdade se reduziria a um juízo de verossimilhança, que pode conferir certeza jurídica, mas nunca certeza psicológica ou sociológica.¹⁷

Inclusive, recentemente (Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019), até o processo penal optou por abandonar a ideia do juiz inquisidor, afirmando o art. 3-A do Código de Processo Penal que o “processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Diante disso, a doutrina passou a trabalhar com um conceito de verdade processual¹⁸, a qual deve ser buscada, independentemente da natureza do processo (cível ou criminal) ou do direito material discutido, mediante a participação em contraditório das partes e cooperação de todos os sujeitos envolvidos.¹⁹

Essa mudança de paradigma é fundamental em um modelo de processo cooperativo, no qual a busca pela reconstrução dos fatos passa da mão do magistrado para a figura das partes, as quais devem demonstrar da

15 YARSHELL, Flávio. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 247.

16 CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 166.

17 Ibidem, p. 188.

18 YARSHELL, Flávio. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119.

19 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 59.

melhor forma possível seus argumentos. Com isso também se viu alterada a própria noção de destinatários e finalidade da prova.

Anteriormente ao desenvolvimento do conceito de verdade processual e quebra da crença do juiz como um ser de natureza metafísica (e, portanto, não falível), dizia-se que a finalidade da prova era unicamente promover o convencimento do juiz²⁰, sendo as partes meras destinatárias indiretas.²¹

No entanto, hoje já se sabe que “tanto o juiz quanto as partes realizam atividade de valoração da prova, embora em contextos e com resultados certamente diversos”²², de modo que a finalidade da prova também deve incluir o convencimento das partes do conflito e da eventual demanda acerca da titularidade das situações jurídicas que buscam discutir, bem como da demonstrabilidade destas situações jurídicas em juízo.²³

Inclusive esta foi a inspiração do art. 381, II e III, do CPC, que passou a prever a utilização da ação de produção antecipada de provas para casos não relacionados à urgência, visando à autocomposição e ao conhecimento acerca da real extensão do litígio.

3.2 Eficiência e produção de provas

O Direito há muito se apropria de conceito de outras ciências para promover a (re)definição de suas próprias categorias. O mesmo se dá com

20 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v.2, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1989-1990, p. 327.

21 *Ibidem*, p. 328.

22 YARSHELL, Flávio. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 68-69.

23 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 61.

a ideia de eficiência, um conceito retirado da economia e utilizado para a redefinição nesse ponto da instrução probatória.

Para a economia, pode-se dizer que um processo de produção é eficiente se: a) não se pode gerar a mesma quantidade de produção utilizando uma combinação de insumos de custo menor; b) não se pode gerar uma produção maior, utilizando a mesma quantidade de insumos.²⁴

A grosso modo, realizando um transporte das lições da economia, seria possível afirmar que um processo judicial é eficiente se: a) é possível produzir a mesma quantidade de prestação jurisdicional com menos recursos; b) é possível produzir uma quantidade maior de prestação jurisdicional com os mesmos recursos.

Entretanto, não se pode esquecer que ainda que se analise a questão da quantidade (números da atividade jurisdicional), não é possível deixar de lado a questão da qualidade da prestação jurisdicional. Ressalte-se que o objetivo de um sistema processual, de um ponto de vista econômico, é minimizar a soma dos custos do processo (custos estes não só financeiros), sendo o primeiro desses custos o de proferimento de decisões judiciais equivocadas.²⁵

De um modo geral, existem três fatores que concorrem para tornar um processo eficiente: o primeiro é de ordem legislativa, devendo existir uma malha legislativa capaz de atender de forma adequada aos modernos problemas jurídicos; o segundo é a disponibilização de recursos materiais e humanos suficientes para dar aplicação à disciplina processual existente; e, por fim, há o fator cultural, consistente em diversas práticas

24 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 25.

25 POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 54.

decorrentes de um determinado povo, o que impactará na aplicação dos fatores anteriores.²⁶

Reunindo os elementos acima para a questão específica da instrução probatória, vislumbra-se que esta pode ser considerada eficiente se a) realizar o mesmo resultado (busca pela verdade processual e solução adequada do caso concreto) com menos recursos; b) realizar mais resultados (busca pela verdade processual e solução adequada do caso concreto) com os mesmos recursos.

Porém, como já dito anteriormente, a finalidade da prova não é mais promover unicamente o convencimento do juiz, mas também promover o convencimento das partes. Portanto, um importante parâmetro para se analisar a eficiência da instrução probatória no modelo atual é a realização da autocomposição (ou a indicação da solução adequada de resolução de conflito para o caso concreto).

Ressalte-se que essa busca pela eficiência, além de adequada, se afigura necessária nos tempos atuais, nos quais houve (e continua havendo) um grande dispêndio de recursos públicos no combate da crise econômica e de saúde pública, de modo que as demais instituições públicas, como o Poder Judiciário, poderão enfrentar sérias necessidades de contingenciamento de gastos.

3.3 Eficiência processual e soluções autocompositivas

Os métodos de solução adequada do conflito podem ser realizados em coordenação (ou não) com a jurisdição estatal, sendo certo que a preexistência de um processo judicial não afasta a possibilidade de sua realização, notadamente a negociação, a conciliação e a mediação.

Em pesquisa realizada pelo CNJ em parceria com a USP, constatou-se que a duração dos processos que terminam mediante homologação após

26 CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas*. Revista de Processo, São Paulo, v. 192, pp. 397-415, fev. 2011.

conciliação ou mediação é em média 50% menor do que aqueles que não terminam de forma consensual.²⁷ Ressalte-se que o tempo de duração dos processos judiciais se encontra diretamente conectado com o direito a uma prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Ademais, “uma das maiores vantagens de se viabilizar o caminho consensual é o fato de permitir que as partes envolvidas construam uma solução efetivamente compatível com os seus legítimos interesses e necessidades”²⁸, o que influencia diretamente na redução de gastos com a efetivação do direito, evitando a utilização da jurisdição estatal para a realização de execuções e atos expropriatórios.

Desse modo, vislumbra-se uma importância fundamental da utilização da coordenação de soluções autocompositivas com a jurisdição estatal, uma vez que proporciona uma diminuição de tempo de tramitação de processos, bem como evita o dispêndio de recursos com a efetivação do direito (execuções e medidas expropriatórias).

Assim, como pressupõe o princípio da eficiência (realização de mais resultados com os mesmos recursos ou realização dos mesmos resultados com menos recursos), verifica-se que a utilização de métodos autocompositivos influenciam na redução de custos financeiros e de tempo de tramitação dos processos, produzindo os mesmos resultados buscados pela jurisdição, qual seja, a resolução adequada, efetiva e tempestiva do conflito.

27 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para a proposição de ações eficientes*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/7/art20190717-05.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

28 SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 44.

4 PRODUÇÃO ANTECIPADA, COLETIVIZAÇÃO DE PROVAS E AUTOCOMPOSIÇÃO

4.1 Conhecimento das situações jurídicas pelas partes e incentivo à autocomposição

É cediço que o conhecimento da real extensão do conflito e das situações jurídicas e suas respectivas demonstrabilidades em juízo influenciam as partes a (re)adequar suas estratégias processuais, inclusive incentivando-as a realizar acordos.

Segundo Richard POSNER, existe uma relação entre a formulação de acordos pelas partes e a existência de informação acerca de seu real estado perante o litígio. Senão, vejamos:

El arreglo podría parecer especialmente improbable si las partes, en virtud de que tienen una información diferente acerca de la solidez de sus posiciones respectivas, no convienen en el resultado probable de la litigación. La divergencia de sus pronósticos acerca del resultado no es necesariamente fatal; todo depende del costo de la litigación en relación con el costo del arreglo.²⁹

No âmbito da análise econômica do processo, também se afirma que um acordo será difícil se o demandado subestima os danos do demandante e o demandante subestima a cautela do demandado em precaver o dano, bem como será mais fácil quando as partes sobrestimam a mesma relação.³⁰

Assim, existe uma relação intrínseca entre a disseminação da informação acerca do litígio (e das posições processuais de cada sujeito frente ao conflito) e a possibilidade de realização de acordos, motivo

29 POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 857.

30 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 497.

pelo qual ganha importância a produção de provas como mecanismo de incentivo à autocomposição.

Essa relação entre informação x estratégia processual fora sentida pelo Novo Código de Processo Civil, que previu expressamente em seu art. 381, II e III a possibilidade da utilização da ação de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência visando incentivar a autocomposição.

Porém, a produção antecipada de provas não é a única forma de promover o conhecimento do litígio pelas partes, ganhando destaque também os mecanismos de coletivização da prova, que possibilitam às partes uma visão macro da situação litigiosa, assim como dos mecanismos de produção extrajudicial de prova.

Porém, apesar desses tópicos serem assuntos relativamente recentes na história brasileira, já são trabalhados há muito pelo sistema americano, que possui na *Discovery* um dos mais importantes institutos processuais responsáveis pela redução do número de processos judiciais que chegam à fase de julgamento.

4.2 *Discovery e multidistrict litigation (MDL)*

O instituto da *Discovery* é próprio de sistemas de *Common Law*, sendo adotado em países como Canadá, Estados Unidos e também no Reino Unido³¹, podendo ser definido como o procedimento por meio do qual as partes obtêm informações umas das outras e de terceiros, independentemente de sua cooperação.³²

31 BEACH, Greg; PARKER, Marissa; DREW, Catherine. *Navigating Discovery/ disclosure in patent litigation in Canada, The United States and United Kingdom*, pp. 113-124. Disponível em: <<https://www.stradley.com/-/media/files/publications/2016/canadian-intellectual-property-review---parker.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

32 BONE, Robert G. *Discovery*. In: SANCHIRICO, Chris William (Coors.). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012, p. 1.

No âmbito do direito norte-americano, inicialmente se conheceu o instituto da *Bill of Discovery*, influenciado pelo direito inglês, pelo qual se permitia a obtenção de documentos relevantes e a oitiva do adversário antes da fase do *trial*.³³ O instituto foi consagrado efetivamente em âmbito federal com a edição das *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1938.³⁴ Porém, quando criado, o instituto fora permitido da forma mais ampla possível dentre os países que o adotam.³⁵

Frise-se, no sistema norte-americano, ao menos na órbita federal (cada estado também detém competência para legislar sobre processo³⁶), o processo é dividido em duas etapas: o *pretrial* e o julgamento de mérito³⁷, contando com a presença do júri na fase da *trial*, também nos procedimentos cíveis, sendo reservada a fase *pretrial* apenas para o magistrado. Assim, cabe ao júri questões de fato e ao magistrado questões de direito.³⁸

A *Discovery* ocorre no âmbito da primeira fase, na qual se busca a realização da colheita de elementos para a formação da convicção do juízo e das partes acerca da causa, sendo que só se passa ao julgamento do mérito caso exista elementos suficientes para o seu julgamento. Registre-se

33 YARSHELL, Flávio. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 74.

34 *Ibidem*, p. 75.

35 BONE, Robert G. *Discovery*. In: SANCHIRICO, Chris William (Coors.). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012, p. 1.

36 SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 108.

37 CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira*. Revista de Processo, São Paulo, v. 245, p. 4, jul. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF>. Acesso em: 11 mar. 2019.

38 SOARES, Guido Fernando Silva. *Op. cit.*, p. 111.

que esse momento processual ocorre via de regra apenas entre as partes, cabendo ao juiz somente atuar em circunstâncias especiais.³⁹

Entretanto, após cerca de 40 anos da inauguração do instituto, houve a constatação de uma mudança de paradigma. Assim, o instituto que antes era visto sem ressalvas passou a ser definido por juízes e litigantes como pesadelo, monstruosidade e fiasco, em razão dos problemas gerados pela sua utilização abusiva.⁴⁰

Dentre os maiores problemas, os operadores do direito locais afirmam que o custo do processo é o maior deles⁴¹, o que somente se agravou ainda mais com a *electronic Discovery*.⁴² Em estudos realizados, constatou-se que a *Discovery* representava 90% do total dos custos dos *top 5%* de casos mais caros dos EUA.⁴³

Porém, o custo dos processos individuais e coletivos não fora o único problema revelado pelo instituto, pois também naquele país houve uma derrocada de ações judiciais de natureza repetitiva, fazendo-se necessário seu redimensionamento para casos repetitivos de natureza igual ou semelhante, o que culminou com a criação do *multidistrict litigation* (MDL).⁴⁴

39 CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Op. cit., p. 5.

40 NETZORG, Gordon W.; KERN, Tobin D. *Proportional discovery: making it the norm, rather than the exception*. Denver University Law Review. Denver, v. 87, p. 515, 2010.

41 CARROLL, John L. *Proportionality in Discovery: a Cautionary Tale*. Campbell Law Review, Raleigh, v. 32, n. 3, p. 456, 2010.

42 HUNT, Laura. *Comments: Trending: Proportionality in Electronic Discovery in Common Law Countries and the United States' Federal and State Courts*. University of Baltimore Law Review, v. 43, n. 2, p. 279, 2014.

43 BONE, Robert G. *Discovery*. In: SANCHIRICO, Chris William (Coors.). *Procedural law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012, p.13.

44 MULLENIX, Linda S. *Aggregate litigation and the death of democratic dispute resolution*. Northwestern University Law Review, v. 107, n. 2, p. 537, 2013. Disponível em:

Este último fora inserido no Direito norte-americano em 1968, por meio da seção 1407 do título 28 do USC – United States Code, e tem como pretensão a reunião de ações civis envolvendo uma ou mais questões comuns de fato entre distritos distintos num mesmo juízo para fins de coordenação ou consolidação da fase de instrução probatória (*pretrial*).⁴⁵

Esses dois institutos possuem uma relação de gênero e espécie, tendo em vista que a *Discovery* é uma fase procedimental de revelação de informações, sendo o MDL o instituto que possibilita que a revelação de informações se dê de forma coletiva para casos que possuem questões comuns ou semelhantes.

Nada obstante, também naquele país se buscaram medidas para otimizar a fase de colheita de provas, visando dar eficiência ao processo.

Ressalte-se que a utilização desses institutos trazem também vantagens inegáveis, como determinar a igualdade de acesso a informações, facilitar acordos, evitar o “julgamento de emboscada”, ou seja, evitar situações em que a parte não poderá reagir devidamente diante de revelações surpresas em audiência, bem como auxiliar o tribunal a conhecer detalhes precisos a respeito dos fatos, quando do julgamento de mérito.⁴⁶

Inclusive, no processo americano, fora constatado por meio da análise de dados uma diminuição percentual de 1962 a 2002 dos casos civis (na esfera federal) que chegam à fase de julgamento, passando estes de 11,5% em 1962 para 1,8% em 2002⁴⁷, o que também denota uma relação

<<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1063&context=nulr>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

45 CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo*: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodim, 2018, p. 37.

46 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

47 GALANTER, Marc. *The Vanishing Trial*: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Ithaca, v. 1, n. 3, p. 461, 2004.

entre o acesso à informação e o conhecimento da real extensão do litígio com a formulação de acordos, dado que esta é uma das principais formas de término do processo na fase de *pretrial*.⁴⁸

4.3 Produção antecipada e coletivização da prova no Brasil

Inicialmente, vale ressaltar que a utilização da ação de produção antecipada de provas é uma das principais formas de se promover a produção antecipada de provas, porém, não a única. Assim, o tema da produção antecipada de provas tem uma íntima ligação com o tema da coletivização da prova e os mecanismos de coletivização parcial do processo.

A fim de possibilitar uma análise acerca de suas finalidades e contribuições para a busca de soluções autocompositivas, será realizada a separação entre: produção antecipada extrajudicial de prova, ação de produção antecipada de provas (individual e coletiva) e os procedimentos de coletivização parcial do processo relacionado à prova.

4.3.1 A produção antecipada extrajudicial da prova

Primeiramente, cabe esclarecer que, antes do início do processo judicial, as partes possuem mais incentivos para buscar métodos autocompositivos, pois o custo da litigância judicial ainda se afigura alto diante do custo do acordo, sendo certo que, à medida que a litigância judicial aumenta (e seus respectivos custos), diminui o custo-benefício da celebração do acordo.⁴⁹

Portanto, a produção antecipada de provas no âmbito extrajudicial se apresenta como um instituto de extrema importância para informar as partes acerca da real extensão do litígio e de seus danos, bem como incentivá-las a buscar a solução adequada para o seu conflito.

48 Ibidem, p. 487.

49 POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 867.

Alguns instrumentos de produção antecipada de provas ganham destaque: o inquérito civil e o processo administrativo. Frise-se somente que não se desconhece a possibilidade de instrumentos privados, como a investigação ou até mesmo a revelação em mediação, porém, por questões práticas se manterá a análise apenas desses dois instrumentos.

Alguma precisão terminológica se afigura necessária neste momento. Apesar de se utilizar o termo “prova”, cabe esclarecer que os elementos colhidos nesses procedimentos administrativos não possuem o mesmo valor probatório que os elementos colhidos perante uma autoridade judiciária, dado que lhes faltam o requisito da autoridade imparcial.⁵⁰ Assim, destinam-se mais precisamente à informação das partes acerca de suas situações jurídicas e da real extensão do litígio.

Porém, não é possível descartar a importância desses instrumentos, pois as partes podem até mesmo, satisfeitas com os elementos colhidos nessa fase, resolver o conflito de forma amigável ou mesmo ir a juízo discutir outras questões e, por meio de convenções processuais probatórias, excluir da apreciação judicial a renovação da produção de provas no tocante aos elementos já colhidos extrajudicialmente.

O primeiro instituto é o inquérito civil, que se trata de “um procedimento administrativo investigatório, de caráter formal, tendencialmente inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público”.⁵¹ Entretanto, apesar de se tratar de um procedimento inicialmente unilateral, nada impede que o membro do Ministério Público lhe confira contraditório e outorgue à parte possibilidade de participação, dado que a finalidade é a busca do conhecimento dos fatos e a real extensão do conflito.

50 AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2.d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 113.

51 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 254.

Com isso, passa-se a utilizar uma ferramenta já existente no direito brasileiro para conferir otimização ao processo, evitando não só ações civis públicas temerárias, como também possibilitando a utilização de meios autocompositivos no âmbito do Ministério Público.

No tocante ao processo administrativo, apesar de não existir previsão expressa acerca da sua utilização para o auxílio na busca da solução autocompositiva do conflito, alguns autores já afirmam ser possível sua utilização nos casos em que a prova seja de fácil realização.⁵² No entanto, nada impede também que as partes celebrem convenções processuais para promover a produção de provas de forma extrajudicial⁵³, utilizando-se a Administração Pública, para isso, do processo administrativo.

A partir desses procedimentos, tem-se o objetivo de trazer não só a Administração Pública, como também o Ministério Público, para um campo mais negocial, no qual estes sujeitos processuais podem se utilizar de técnicas já existentes para fomentar soluções mais adequadas para o conflito.

4.3.2 A ação de produção antecipada de provas

Assim, na vigência do Código anterior, a produção antecipada de provas possuía um caráter cautelar e nitidamente instrumental, atrelando-se diretamente ao processo principal⁵⁴, de modo a se negar o exercício

52 TORRES, Daniel Lopes Pires Xavier. *Valorização do processo administrativo na solução consensual de conflitos*. In: CARVALHO, Silzia Alves; FARIA, Carolina Lemos de; OLIVEIRA, Antônio Flávio de (Coord.). *Processo e Políticas Públicas de Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 38.

53 DOTTI, Rogéria; LUNARDI, Thaís A. Paschoal. *Evidência negociada e poderes instrutórios do juiz*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Direito probatório*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 825. (Col. Grandes Temas do Novo CPC).

54 ALVES, André Bruni Vieira. *Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Op. cit.*, p. 69.

autônomo do direito à prova por meio de uma ação probatória, desvinculado do requisito da urgência. Entretanto, algumas vezes na doutrina já defendiam o contrário, a exemplo de Flávio YARSHELL⁵⁵ e Daniel Amorim Assumpção NEVES.⁵⁶

Porém, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, o cenário se altera completamente, tendo o novo Código previsto o regime da produção de provas de forma específica no bojo de seus art. 381 a 383, nos quais estabeleceu a possibilidade da produção antecipada versar sobre qualquer meio de prova, bem como se fundar tanto na urgência ou não.

A primeira hipótese de cabimento de produção antecipada de provas consta do art. 381, I, do NCPC, que afirma que esta será cabível quando houver fundado receio que a prova venha a se tornar impossível ou de difícil obtenção no decorrer da demanda. Portanto, ao menos na primeira hipótese de cabimento, não se vislumbra nenhuma novidade, tratando-se de caso de produção antecipada de provas fundada na urgência, e, com isso, possuindo natureza assecuratória ou cautelar.

De outro lado, as duas outras hipóteses de cabimento se vinculam ao direito autônomo de prova, não exigindo, portanto, o requisito da urgência. Assim dispõe o Código acerca dessas hipóteses:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

55 YARSHELL, Flávio. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 210-211.

56 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 495.

Desse modo, é cabível a ação probatória autônoma para a produção de prova visando à viabilização da autocomposição ou outro meio de solução de conflito, bem como para informar as partes acerca dos fatos que possam justificar ou evitar o ajuizamento da demanda. Inclusive, é possível que as partes celebrem convenção processual prevendo a obrigatoriedade da produção antecipada de provas previamente ao processo de conhecimento.⁵⁷

Insta registrar que essa ação tem como finalidade primordial prevenir ações judiciais, bem como auxiliar as partes, após o conhecimento da extensão e das peculiaridades do litígio, na escolha do método adequado de solução do conflito. Portanto, atua diretamente na concretização do escopo social da jurisdição, ou seja, proporcionar a eliminação de controvérsias e atingir a pacificação social.⁵⁸

Assim, diferentemente do que se dá com os métodos de coletivização parcial do processo no tocante à prova, não se tem como objetivo incentivar o fim de processos judiciais pela autocomposição, mas sim evitar novos processos de conhecimento, atuando diretamente na prevenção da litigância, auxiliando as partes desde o início a encontrar o método adequado de resolução do seu conflito, inclusive fomentando acordos extrajudiciais.

Por fim, vale mencionar que a ação de produção antecipada de provas também pode ser utilizada como forma de coletivização da prova, promovendo o conhecimento dos substituídos processuais (e do eventual demandado) acerca da real extensão do litígio, quando seguirá

57 DOTTI, Rogéria; LUNARDI, Thaís A. Paschoal. *Evidência negociada e poderes instrutórios do juiz*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Direito probatório*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 825. (Col. Grandes Temas do Novo CPC).

58 YARSHELL, Flávio. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 274.

as regras pertinentes para as ações coletivas referentes à legitimidade, à representatividade adequada, dentre outras.⁵⁹

Ademais, quando utilizada num aspecto coletivo, acaba por conferir ainda mais importância ao instituto, pois tem o condão de conferir uma visão macro do conflito, o que muitas vezes não ocorre nos processos dos substituídos processuais que optam por não suspender suas demandas individuais.

4.3.3 Formas de coletivização parcial no tocante à prova

Como já abordado em tópico supra, existem diversas formas de conflito e diversas formas de adequação procedimental destes na jurisdição estatal, havendo processos coletivos distintos, podendo ser compostos por métodos de coletivização total e coletivização parcial do processo.⁶⁰

Essa classificação divide os mecanismos de coletivização em coletivização total e parcial, adotando como parâmetro classificatório as fases do processo de conhecimento: fase postulatória, fase saneadora, fase instrutória e fase decisória. Assim, caso as quatro fases sejam objetos de coletivização conjunta, será caso de coletivização total. De outro lado, caso cada fase processual seja objeto de coletivização específica, será caso de coletivização parcial. Neste tópico serão vistos alguns meios de coletivização parcial e sua relação com a autocomposição.

Nem sempre a forma coletiva de produção da prova será a mais adequada ao caso concreto, devendo-se analisar parâmetros de eficiência processual, possibilidade de universalização dos resultados diante de

59 Para mais informações: PESSOA, Thiago Simões. *A ação probatória autônoma aplicada ao processo coletivo*, 2019, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – UniBrasil, Curitiba/ Paraná, 2019.

60 Para mais informações, consultar: OSNA, Gustavo. *Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro*. Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 1, pp. 115-138, 2015.

questões comuns, efetividade na utilização do procedimento, bem como possibilidade de conferência de isonomia entre as partes.⁶¹

Ademais, como já mencionado acima, é possível também que a coletivização da prova se dê por meio de uma ação específica para este fim, qual seja a ação de produção antecipada de provas. Porém, neste tópico, apenas nos concentraremos nos instrumentos de coletivização parcial. Segundo a doutrina, poderíamos elencar alguns instrumentos de coletivização parcial da prova:

- a) Produção de prova por meio de atos concertados, realizando-se, a grosso modo, um incidente de coletivização de produção de provas semelhante ao que se dá no bojo do *multidistrict litigation* (MDL).⁶² Nesse caso, haveria uma reunião das questões comuns para a realização de uma instrução probatória única, promovendo o conhecimento da real extensão do conflito coletivo.
- b) Produção coletiva negociada da prova, por meio de negócios jurídicos processuais coletivos.⁶³ Nesse caso, seriam firmados negócios jurídicos processuais com o objetivo de ou antecipar a produção da prova, ou realizar a produção da prova de forma coletiva para todos os casos envolvendo determinados sujeitos, ou até mesmo proporcionar a sua realização extrajudicial (ex. realização de processo administrativo quando envolver a Fazenda Pública).

Nessas duas hipóteses (atos concertados de iniciativa do juiz; negócios processuais de iniciativa das partes) o conflito já se encontra

61 LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 154.

62 *Ibidem*, pp. 160-193.

63 *Ibidem*, pp. 227-243.

judicializado, cabendo às partes a análise da real extensão do conflito a fim de garantir economia de escala (ex. economia na produção da prova), proporcionar acordos que garantam um mínimo indenizatório a todos os substituídos individuais (ex. demandados que podem vir a falir em caso de condenações altas aos primeiros demandantes), bem como proporcionar ao próprio litigante coletivo uma análise de custo-benefício na celebração de acordo (ex. demandado que verifica a alta chance de perder as demandas com condenações em valores mais altos que aqueles obtidos em acordos individuais ou coletivos).

Assim, também os instrumentos de coletivização parcial do processo no tocante às provas incentivam a adoção de métodos autocompositivos, porém, não mais para prevenir litígios (como no caso da ação de produção antecipada), mas sim dar fim aos processos judiciais em tempo e custos menores.

5 CONCLUSÃO

A busca pela eficiência processual é uma constante no direito. Porém, ganha novos contornos diante de crises econômicas e sociais instaladas na sociedade. Nesse momento, devem os atores processuais buscar formas de realizar o acesso à justiça de forma mais eficiente, econômica e célere.

Os métodos autocompositivos são de fundamental importância na concretização do acesso à justiça de forma adequada, efetiva e tempestiva, devendo sempre ser incentivados pelos operadores do direito, dado darem origem a soluções, não só mais rápidas e econômicas, como também mais adequadas aos mais diversos conflitos existentes.

Neste texto, buscou-se apresentar uma correlação entre a informação dos sujeitos envolvidos no conflito acerca de sua real posição frente ao outro e o aumento da celebração de acordos. A fim de concretizar a informação das partes nas mais diversas fases (pré-judicial, pré-processo de conhecimento e quando já instaurado o processo de conhecimento) foram

elencados alguns institutos que poderiam cumprir esse papel e assim incentivar as partes a buscar a solução mais adequada ao seu conflito.

Assim, os institutos processuais que poderiam ser utilizados numa fase pré-judicial seriam o inquérito civil e o processo administrativo; numa fase pré-processo de conhecimento, seria indicada a utilização da ação de produção antecipada de provas (individual e coletiva); e, por fim, quando já instaurado o processo de conhecimento, seriam indicados instrumentos de coletivização da prova, a exemplo da produção coletiva por meio de atos concertados ou a produção coletiva negociada da prova.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Direito probatório*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 65-96. (Col. Grandes Temas do Novo CPC).

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2.d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BEACH, Greg; PARKER, Marissa; DREW, Catherine. *Navigating Discovery/ disclosure in patent litigation in Canada, The United States and United Kingdom*, pp. 113-124. Disponível em: <<https://www.stradley.com/-/media/files/publications/2016/canadian-intellectual-property-review---parker.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BEZERRA, Paulo Cezar Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONE, Robert G. Discovery. In: SANCHIRICO, Chris William (Coors.). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012, pp. 1-22.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 192, pp. 397-415, fev. 2011.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.10, pp. 164-192, 1955.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245, pp. 1-15, jul. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CARROLL, John L. Proportionality in Discovery: a Cautionary Tale. *Campbell Law Review*, Raleigh, v. 32, n. 3, pp. 455-466, 2010.

CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodim, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para a proposição de ações eficientes*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/7/art20190717-05.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

CUÉLLAR, Leila. O advogado como arquiteto de processos. In: CUÉLLAR, Leila et al. (coord.). *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 19-22.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Juspodim, 2018.

_____, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. Salvador: Juspodim, 2017.

DOTTI, Rogéria; LUNARDI, Thaís A. Paschoal. Evidência negociada e poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Direito probatório*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 819-836. (Col. Grandes Temas do Novo CPC).

ENTELMEN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Ithaca, v. 1, n. 3, pp. 459-570, 2004.

HUNT, Laura. *Comments: Trending: Proportionality in Electronic Discovery in Common Law Countries and the United States' Federal and State Courts*. *University of Baltimore Law Review*, v. 43, n. 2, p. 279-305, 2014.

LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MULLENIX, Linda S. Aggregate litigation and the death of democratic dispute resolution. *Northwestern University Law Review*, 2013, v. 107, n. 2, pp. 511-564. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1063&context=nulr>> Acesso em: 13 fev. 2019.

NETZORG, Gordon W.; KERN, Tobin D. Proportional discovery: making it the norm, rather than the exception. *Denver University Law Review*. Denver, v. 87, pp. 513-532, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 1, pp. 115-138, 2015.

PESSOA, Thiago Simões. *A ação probatória autônoma aplicada ao processo coletivo*, 2019, 130 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – UniBrasil, Curitiba/ Paraná, 2019.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos; NAKAMURA, Bruna Laís Sousa Tourinho; LONGA, Daniel Pinheiro. A utilização de dispute boards como método adequado para a resolução de conflitos no Brasil. *Revista de Processo*, v. 300/2020, pp. 343-362, fev. 2020.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1989-1990, v. 2.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

YARSHELL, Flávio. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

EDIÇÃO ESPECIAL SOBRE MÉTODOS
ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2010

A Revista Direito do Estado em Debate é uma publicação da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná destinada a fomentar o debate, no meio jurídico, de temas relacionados ao Direito do Estado em toda a sua amplitude.

A dinâmica do Direito do Estado e a incessante produção legislativa pátria reclamam, sempre, novos espaços para a divulgação de temas e cenários do cotidiano jurídico brasileiro. A Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, por meio desta Revista, também cumpre importante parcela de sua função institucional, ao franquear a publicação de artigos, pareceres, jurisprudência comentada e verbetes de autoria de representantes das diversas carreiras jurídicas existentes no país, selecionados pelo sistema de pares e *double blind peer review*.

O leitor, cioso da imprescindibilidade da investigação cuidadosa do Direito e da atualização constante, certamente terá à frente temas essenciais para formar suas conclusões sobre os rumos do Direito do Estado no país.

Em 2020, a Revista Direito do Estado em Debate publica edição especial sobre “Métodos Adequados de Solução de Conflitos envolvendo a administração pública”, tema atual e de grande importância para a advocacia (pública e privada).



Procuradoria-Geral do Estado do Paraná

Rua Paula Gomes, 145 - São Francisco - CEP 80510-070 - Curitiba - PR

Tel. (41) 3281-6300

www.pge.pr.gov.br