

UNIVERSIDADE DE ARARAQUARA - UNIARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E GESTÃO DE CONFLITOS

Moacir Venâncio da Silva Junior

**AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS SOB O REGIME
DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC) NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
NO ESTADO DE SÃO PAULO**

ARARAQUARA - SP
2022

Moacir Venâncio da Silva Junior

**AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS SOB O REGIME
DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC) NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
NO ESTADO DE SÃO PAULO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Gestão de Conflitos, curso de mestrado, da Universidade de Araraquara – UNIARA – como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito e Gestão de Conflitos.

Linha de pesquisa: Desjudicialização e modelos de solução de conflitos

Orientador: Edmundo Alves de Oliveira

Coorientadora: Larissa Camerlengo Dias Gomes

ARARAQUARA – SP
2022

FICHA CATALOGRÁFICA

S581a Silva Junior, Moacir Venâncio da

Autocomposição de conflitos em contratos sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na administração pública no estado de São Paulo/ Moacir Venâncio da Silva Junior. – Araraquara: Universidade de Araraquara, 2022.
172f.

Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-graduação em Direito
Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos- Universidade de Araraquara -UNIARA

Orientador: Prof. Dr. Edmundo Alves de Oliveira

Coorientadora: Profa. Dra. Larissa Carmelengo Disa Gomes

1. Mediação. 2. Gestão de contratos. 3. Gestão de conflitos. 4. Gestão Pública. 5. Compras públicas. I. Título.

CDU 340

SILVA JUNIOR, M.V. Autocomposição de Conflitos em Contrato Sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo. 2022. 172 folhas. Dissertação do Programa de Pós-graduação, Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara – UNIARA, Araraquara-SP.

ATESTADO DE AUTORIA E CESSÃO DE DIREITO

NOME DO AUTOR: Moacir Venâncio da Silva Junior

TÍTULO DO TRABALHO: Autocomposição de Conflitos em Contratos Sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo. TIPO DO TRABALHO/ANO: Dissertação / 2022

Conforme LEI Nº 9.610, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998, o autor declara ser integralmente responsável pelo conteúdo desta dissertação e concede a Universidade de Araraquara permissão para reproduzi-la, bem como emprestá-la ou ainda vender cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte desta dissertação pode ser reproduzida sem a sua autorização.

Moacir Venâncio da Silva Junior

Rua Doutor Fernando Magalhães, nº 296, Vila São Pedro

São José do Rio Preto/SP, CEP. 15091-095

E-mail: moacirvenanciojr@hotmail.com

MOACIR VENÂNCIO DA SILVA JÚNIOR

Dissertação apresentada a Universidade de Araraquara - UNIARA, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestra em Direito e Gestão de Conflitos.

Araraquara, 26 de abril de 2022.

BANCA EXAMINADORA

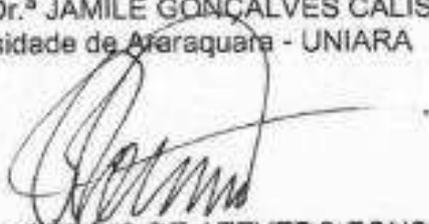


Prof. Dr. EDMUNDO ALVES DE OLIVEIRA (Orientador)
Universidade de Araraquara - UNIARA

JAMILE GONCALVES
CALISSI

Assinado de forma digital por JAMILE GONCALVES CALISSI
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=AC OAB, ou=43419613000170,
ou=Presencial, ou=Assinatura Tipo A3, ou=ADVOGADO,
cn=JAMILE GONCALVES CALISSI
Dados: 2022.07.22 13:00:35 -03'00'

Prof.ª Dr.ª JAMILE GONÇALVES CALISSI
Universidade de Araraquara - UNIARA



Prof. Dr. SÉRGIO DE AZEVEDO FONSECA
Universidade Estadual Paulista - UNESP

DEDICATÓRIA

Aos professores do curso do Programa de Pós-Graduação em Direito e Gestão de Conflitos de Araraquara (UNIARA) que forneceram todas as bases necessárias para a realização desta pesquisa.

Agradeço com profunda admiração pelo vosso profissionalismo, pois docentes como vocês fazem realmente toda a diferença na sociedade que estamos inseridos.

AGRADECIMENTOS

À UNIARA que mesmo em uma situação excepcional (Pandemia COVID-19) disponibilizou toda a infraestrutura necessária para proporcionar aos seus Discentes ensino de alta qualidade.

Ao meu orientador Professor Dr. Edmundo Alves de Oliveira por sua confiança e presteza durante toda a pesquisa. As Professoras Dra. Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro e a Dra. Larissa Camerlengo Dias Gomes seus conhecimentos, conselhos, fizeram grande diferença no resultado final desta pesquisa. Aos Professores Dr. Ricardo Augusto Bonotto Barboza, Dr. Sergio Azevedo Fonseca e Dra. Jamile Gonçalves Calissi, pelas correções e ensinamentos que permitiram apresentar um melhor desempenho no processo de formatação da pesquisa.

A minha família que sempre me ensinou o senso de identidade na qual sou único responsável por minhas ações. Agradeço por estarem sempre ao meu lado e por terem confiança nas minhas decisões.

Por último, mas não menos importante, a minha namorada, companheira e sócia Daniela da Silva Jumpire que sempre me incentivou e apoiou em todas as áreas da minha vida.

RESUMO

A autocomposição de conflitos têm ganhado grande notoriedade em diversos ramos do direito inclusive na seara da Administração Pública. O presente estudo tem por objetivo geral investigar, a partir da legislação vigente no país, sobre a aplicação da autocomposição de conflitos em contratos sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo. A questão-problema que se pretende responder é a seguinte: em que medida a autocomposição de conflitos é aplicada em contratos sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo? Para tanto esta dissertação delimita os principais aspectos culturais e normativos sobre os contratos administrativos; analisa as perspectivas conceituais e normativas tradicionais das formas de solução de controvérsias envolvendo os contratos administrativos no Brasil; a natureza do Regime Diferenciado de Contratação visando a aplicação da autocomposição, e propõe, de modo conceitual, normativo e operacional, a sistematização da autocomposição de conflitos envolvendo os contratos administrativos elaborados na modalidade do Regime Diferenciado de Contratação. Considerando a complexidade dos elementos que constituem o objeto desta dissertação, a construção e o desenvolvimento requerem a utilização do método de abordagem dedutivo, partindo da legislação existente sobre o problema de pesquisa proposto e os quadros consolidados da Administração Pública e a gestão dos conflitos envolvendo seus interesses, nomeadamente nos contratos administrativos firmados sob a modalidade do Regime Diferenciado de Contratação. Busca-se, pois, com este estudo demonstrar a necessidade de uma sistematização procedimental acerca da autocomposição na gestão de conflitos, que envolvam a Administração Pública e os contratos firmados na modalidade do Regime Diferenciado de Contratação. Para tanto, desenvolveu-se um manual prático com o propósito de esclarecer sobre o Regime Diferenciado de Contratações consoante a Nova Lei de Licitações.

Palavras – chave: Mediação; Gestão de contratos; Gestão de Conflitos; Gestão Pública; Compras públicas.

ABSTRACT

The self-composition of conflicts has gained great notoriety in various branches of law, including in the field of Public Administration. The present study has the general objective of investigating, based on the legislation in force in the country, on the application of self-composition of conflicts in contracts under the Differentiated Contracting Regime (RDC) in the Public Administration in the State of São Paulo. The problem question to be answered is the following: to what extent is self-composition of conflicts applied in contracts under the Differentiated Contracting Regime (RDC) in Public Administration in São Paulo State? To this end, this dissertation delimits the main cultural and normative aspects of administrative contracts; analyzes the traditional conceptual and normative perspectives of the forms of dispute settlement involving administrative contracts in Brazil; the nature of the Differentiated Contracting Regime aiming at the application of self-composition, and proposes, in a conceptual, normative and operational way, the systematization of the self-composition of conflicts involving administrative contracts elaborated in the Differentiated Contracting Regime modality. Considering the complexity of the elements that constitute the object of this dissertation, the construction and development require the use of the deductive approach method, starting from the existing legislation on the proposed research problem and the consolidated frameworks of Public Administration and the management of conflicts involving its interests, namely in administrative contracts signed under the Differentiated Contracting Regime. Therefore, this study seeks to demonstrate the need for a procedural systematization about self-composition in the management of conflicts, which involve the Public Administration and contracts signed in the Differentiated Contracting Regime modality. To this end, a practical manual was developed with the purpose of clarifying the Differentiated Regime of Contracts according to the New Bidding Law.

Keywords: Mediation; Contract management; Conflict Management; Public Management; Public procurement.

LISTA DE FIGURAS E QUADROS

Figura 1 – Cronologia dos Institutos de regulação das compras pública	68
Figura 2 - Favorecimento ME/EPP	109
Figura 3 - Matriz de riscos.....	110
Figura 4 - Obras de Engenharia (Inspirada na RDC)	110
Figura 5 - Projetos Auxiliares.....	111
Figura 6 -- Modernização	112
Figura 7 - Objetivos.....	113
Figura 8 - Governança das contratações.....	114
Figura 9 - Plano de Contratação Anual	114
Figura 10 - Análise e Avaliação de Conformidade	115
Figura 11 — Certificação Facultativa	115
Figura 12 – Linha histórica de institucionalização da gestão de conflitos nos Institutos normatizador das compras públicas.....	116
Figura 13 - Meios alternativos de resolução de controvérsias.....	103
Quadro 1 – Quadro comparativa das previsões sobre princípios na legislação.....	74

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AP	Administração Pública
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
BDTD	Biblioteca Digital de Teses e Dissertações
BID	Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
EC	Emenda Constitucional
FIFA	Federação Internacional de Futebol
LGL	Lei Geral de Licitações e Contratos
OPEP	Organização dos Países Exportadores de Petróleo
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PAEG	Plano de Ação Econômica do Governo
PDRAE	Programa Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PND	Plano Nacional de Desenvolvimento
PPPs	Parcerias Público-Privadas
RADs	Resoluções Apropriadas de Disputas
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 METODOLOGIA E PROCEDIMENTOS DA PESQUISA	17
3 A GESTÃO DE CONFLITOS E AS ESPECIFICIDADES DA MEDIAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .	20
3.1 Os conflitos da administração pública	20
3.2 A utilização da consensualidade na Administração Pública	26
3.3 O acesso e a justiça e a necessária mudança paradigmática: o que a literatura revela para Administração Pública brasileira.....	36
3.4 A mediação como meio de solução de controvérsias na Administração Pública.....	43
3.5 Síntese do capítulo.....	54
4 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO PARA GESTÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	57
4.1 As compras públicas e as especificidades do direito público	57
4.2 Delimitação cronológica dos institutos reguladores da compra pública: bases de rupturas e pontos conservadores.....	60
4.2.1 A Lei 14.133/2021 em evidência: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos	71
5 A CONTRATUALIZAÇÃO VIA RDC: EFICIÊNCIA CONTRATUAL, CONFLITOS E A GESTÃO DOS PROCESSOS.....	79
5.1 O RDC e sua contratualização, aspectos fundamentais para eficiência contratual	85
5.2 Autocomposição aplicada ao RDC.....	92
5.3 A (in)viabilidade da autocomposição via mediação nas contratações públicas via RDC	94
5.4 Guia prático direcionado da utilização da mediação em contratações via RDC	102
6 RESULTADOS	108
6.1 Guia orientador das novas regras dos procedimentos licitatórios.....	108
6.2 A institucionalização histórica da gestão de conflitos nas legislações sobre compras públicas.....	115
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	120
REFERÊNCIAS	126
APÊNDICE: Orientações Práticas para a Utilização da Mediação em Contratações Via RDC e as Novas Regras dos Procedimentos Licitatórios na Administração Pública.....	136

1 INTRODUÇÃO

Entre 2013 e 2016, o Brasil foi palco de importantes eventos internacionais, tais quais a Copa das Confederações FIFA de 2013, a Copa do Mundo FIFA de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Tais eventos, além de movimentarem a economia, propiciaram o fortalecimento da cultura e da prática esportiva nacional, bem como a ampliação da quantidade e da qualidade dos equipamentos públicos, permitindo atualizar sistemas públicos de educação e promover a inclusão social. Além disso, proporcionaram alterações relevantes na regulação das contratações e aquisições públicas.

Diante do curto tempo para a construção das obras necessárias à realização destes eventos, precisou-se editar um diploma normativo capaz de regular as contratações públicas de forma célere e com eficiência. Para tanto, foi instituído o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) por meio da Lei nº 12.462/2011.

O RDC surgiu com a proposta de reduzir o formalismo e impor eficiência às contratações públicas, a partir, por exemplo, da possibilidade de indicação de marcas e modelos, da remuneração variável conforme o desempenho, do sigilo no orçamento estimado, da instituição da fase recursal única, da inversão de fases de habilitação e julgamento, além de instituir o contrato de eficiência e o regime de contratação integrada.

Novos avanços recentemente foram incorporados à regulação do RDC. A partir da promulgação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/2021, foram revogadas a Lei de Licitações anterior (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e parte da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. O novo texto legal estabelece normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública Direta, bem como para as autarquias e fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Dentre as principais alterações observadas pelos referidos institutos legais destacam-se a utilização da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas (*dispute board*) e arbitragem como meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias decorrentes de contratos administrativos firmados pelo poder público.

Embora se trate de uma novidade na legislação de licitações e contratos administrativos, a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos nas contratações públicas já se encontrava positivada em diversas leis especiais, a exemplo do artigo 23-A da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995); do artigo 11, inciso III, da Lei de Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/2004); da Lei de Mediação e de Solução Alternativa

de Disputas na Administração Pública (Lei nº 13.140/2015); do artigo 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996 alterada pela Lei nº 13.129/2015); entre outras.

Apesar da existência de tais instrumentos, na prática, observa-se que, historicamente, o sistema jurídico nacional priorizou a jurisdição estatal em detrimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Existe certo apreço, com uma cultura que ainda se volta para a judicialização dos conflitos. Sabe-se, contudo, que este cenário vem sendo alterado paulatinamente.

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

Especialmente após a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, que antecedeu os textos do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tem-se estudado com mais rigor a mediação no âmbito da Administração Pública. Os meios não litigiosos de resolução de conflitos apresentam-se como técnica preciosa para diminuir custos (públicos e privados), ao mesmo tempo em que conferem eficiência à tutela do interesse público. É precisamente este o contexto do presente estudo. Diante disto, o problema norteador desta pesquisa foi: em que medida a autocomposição de conflitos é aplicada em contratos sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo?

Pontua-se que a literatura indica que a mediação é capaz de permitir à Administração Pública transacionar diretamente com a parte interessada a solução da controvérsia. Tal acordo ocorrerá em espaço chancelado por instituições imparciais – câmaras de mediação – e por mediadores profissionais (terceiros).

A mediação é técnica procedimental criada legislativamente com vistas a permitir a autocomposição de interesses e direitos disponíveis e de indisponíveis que admitam transação. Ela é expressamente incentivada pelo ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo-se à luz da autocomposição dos conflitos de interesse como condição, prévia e necessária, à instalação de quaisquer litígios processuais – arbitrais ou jurisdicionais.

Os processos de mediação que têm a Administração Pública em (pelo menos) um de seus polos trazem consigo as particularidades dos regimes jurídicos relativos ao exercício da

função administrativa. Em cada um dos respectivos feixes normativos (leis, regulamentos, estatutos e contratos) haverá matizes próprias.

Com efeito, ao ingressar numa mediação, os órgãos e entidades da Administração Pública levam consigo os respectivos e peculiares regimes jurídicos: desde aquele específico das empresas estatais, regido pela Lei nº 13.303/2016 e em leis esparsas, até o adotado pela Administração Direta, passando pelas leis que regem as autarquias, fundações públicas e privadas, agências reguladoras etc. Além disso, a Administração ostentará o dever de cumprimento à legislação específica regedora do pacto gerador do conflito a ser objeto da mediação, no caso, as compras públicas. Tais fatos constituem um amplo e desafiador arcabouço normatizador. Faz-se necessário, portanto, a condução de estudos que facilitem e incentivem o uso de métodos não jurisprudenciais para resolução de controvérsias em contratações públicas, tal como explorado neste texto de dissertação.

Como objetivo geral, esta dissertação se propôs a investigar, a partir da legislação vigente no país, sobre a aplicação da autocomposição de conflitos em contratos sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo. Em específico, espera-se: a) identificar historicamente a institucionalização da mediação para gestão de conflitos em licitações públicas; b) identificar a viabilidade ou inviabilidade da mediação em contratos licitatórios desenvolvidos no âmbito do RDC; c) caracterizar os processos, percursos, oportunidades e limitações observadas nas práticas de utilização da mediação em contratações do tipo RDC; e d) propor um guia delimitador das mudanças legislativas que orientam a prática da mediação em contratos do tipo RDC.

Justifica-se este estudo pela constatação de que todas as atividades econômicas executadas por governos nacionais, estaduais ou municipais, seja para prover infraestrutura física, ou para adquirir e manter equipamentos militares de defesa, ou, ainda, prestar serviços públicos à coletividade, tais como educação e assistência à saúde, exigem a aquisição de bens e contratação de serviços. Contudo, muitos processos e aquisições são paralisadas por conflitos entre a Administração Pública e o ente fornecedor, de modo que medidas capazes de proporcionar celeridade às análises das controvérsias se fazem necessárias e devem ser estimuladas, revelando-se, assim, a relevância acadêmico-científica do presente estudo, que tem por objeto uma análise da aplicação da autocomposição na gestão de conflitos no âmbito das contratações públicas, em especial, nas regidas pelo RDC.

Além disso, há que se considerar que, conforme dados extraídos do relatório “Justiça em Números” de 2021, o tempo médio de tramitação de um processo de execução fiscal na

Justiça Federal é de 10 anos e 11 meses (CNJ, 2021), não atendendo, neste sentido, a celeridade constitucionalmente apregoada para entrega do direito pleiteado à parte.

Para o alcance dos objetivos propostos, esta dissertação encontra-se estruturada em sete seções.

Essa introdutória cuidou de contextualizar o tema e apresentar o objeto, questão-problema e objetivos de pesquisa.

Já na seção 2 o propósito é evidenciar a metodologia proposta.

Nas seções 3, 4 e 5 apresentam-se o referencial teórico do estudo. Nelas, propõem-se oferecer sustentação conceitual aos objetivos propostos, evidenciando-se, em um primeiro momento, a evolução da contratação pública por meio das licitações, que alteraram drasticamente a cultura e os procedimentos das atividades públicas, incluindo das compras públicas. Na sequência, são apresentadas especificidades das compras públicas, com destaque para as legislações vigentes, dando especial enfoque à regulação do RDC. Na última parte da fundamentação tem-se a delimitação da gestão de conflitos, e a especificidade da mediação no setor público.

Ao longo das seções de fundamentação, serão delimitados os principais aspectos culturais e normativos sobre os contratos administrativos. Da mesma forma, serão identificados os mecanismos tradicionais de gestão adotados pelo Poder Público, por via da dogmática historicamente hegemônica. Serão também analisadas as perspectivas conceituais e normativas tradicionais das formas de solução de controvérsias envolvendo os contratos administrativos no Brasil, identificando seus pontos de deficiência, e estudando todas as nuances que abrangem o RDC.

Na sexta seção é apresentado o resultado da dissertação, com foco no delineamento dos três objetivos específicos apresentados. Em um primeiro momento será proposto de modo conceitual, normativo e operacional a sistematização da autocomposição de conflitos envolvendo os contratos administrativos, analisando as características da autocomposição de conflitos aplicadas aos contratos administrativos celebrados pelo poder público. Também se buscará examinar de que modo a autocomposição pode tornar-se um mecanismo de gestão dos principais conflitos originados na forma de contratação do RDC.

Apresenta-se na sétima seção, um manual prático para auxiliar os administradores públicos quanto ao uso dos meios de resolução de conflitos, em especial, derivados de contratos na modalidade RDC.

Por fim, serão tecidas as considerações finais na oitava seção, com ênfase na identificação de uma resposta ao questionamento apresentado nesta introdução, bem como na delimitação de perspectivas para novas pesquisas.

2 METODOLOGIA E PROCEDIMENTOS DA PESQUISA

Para a efetiva realização dos objetivos pretendidos, a pesquisa fundamentou-se na interdisciplinaridade e promoveu a intersecção dos estudos sobre compras públicas e licitações. Foi desenvolvido no escopo de um mestrado profissional, incorporando uma abordagem humanística para a gestão de conflitos.

Tratou-se de "pesquisa aplicada", que gerou conhecimento prático para resolução de problemas específicos, tal qual indicado por Mezzaroba e Monteiro (2014). Neste caso, uma clara sistematização das políticas de resolução de conflitos e de compras públicas, bem como a interpretação e somatização prática de suas respectivas aplicações. Além disso, propõe a criação de um instrumento técnico para inspirar políticas de mediação no âmbito das contratações públicas, seria um guia para boas práticas de procedimentos licitatórios do tipo RDC.

A pesquisa pretende abordar portanto o direito administrativo da esfera pública através das lentes dos métodos jurídicos consolidados. Em suma, as análises foram extraídas do cruzamento de três estratégias metodológicas, portanto, tratou-se de uma pesquisa multimétodos, tal qual conceituado Ramalho, Klein e Azevedo (2021). Envolveu (i) revisão integrativa da literatura; (ii) pesquisa documental e Análise jurídica crítica, principalmente, das normatizações e legislações concernente às compras públicas; e (iii) mapeamento legal dos dados obtidos para proposição do guia prático.

Percebe-se que a pesquisa adotou três instrumentos técnicos de pesquisa: revisão da literatura, pesquisa documental e análise crítica de dados. A revisão da literatura se concentrou na produção doutrinária nacional, publicada em português na última década, e especialmente aquelas publicadas após aprovação do novo marco legal das compras públicas. O objetivo foi identificar consensos e dissensos envolvendo a questão da viabilidade ou inviabilidade da mediação em contratos licitatórios desenvolvidos no âmbito do RDC. Com base na análise preliminar que a literatura fez sobre a questão levantada. Nesse sentido, nota-se que a revisão integrativa proporcionou uma compreensão profunda de um determinado fenômeno com base em estudos anteriores.

Segundo Mendes e Fraccolli (2008), a revisão integrativa é um processo construído a partir de diferentes etapas, considerando:

1. Identificação do tema e seleção da hipótese ou questão de pesquisa para elaboração da revisão integrativa. Aqui, o tema central foi a mediação em contratos públicos;

2. Estabelecimento de critérios de inclusão e exclusão de pesquisas literárias, obtidos pela busca do título e no resumo das seguintes expressões: RDC, mediação e gestão de conflitos;

3. Definição das informações a serem extraídas dos estudos selecionados/categorização dos estudos: precisamente a viabilidade ou não do instituto.

4. Avaliação dos estudos incluídos na revisão integrativa;

5. Interpretação dos resultados;

6. Apresentação da revisão/síntese de conhecimento

Nota-se que esta foi uma atividade intensa e necessária. Foi preciso sistematizar e analisar o estado da arte, principalmente os avanços da literatura especializada. Registra-se aqui o desafio de tal empreitada, pois tal literatura foi vastamente atualizada no decorrer da pesquisa, dado a aprovação do referido marco legal.

Quanto à pesquisa documental, deve-se notar que o conteúdo dos documentos produzidos pelo legislativo nacional foi consultado e analisado em perspectiva histórica. Em dição os documentos vinculativos e não vinculativos também exigiram análise.

Indica-se que a pesquisa documental é um método que busca identificar, verificar e apreciar os documentos com uma finalidade específica, nesse caso, os autos dos processos jurídicos. Ela extraiu um reflexo objetivo da fonte original, no caso as diversas leis que orientaram/orientam as compras públicas; permitiu a localização, identificação, organização e avaliação das informações contidas no documento; precisamente aspectos inovadores dos ritos processuais e a sistematização histórica da mediação como ferramenta de resolução de controvérsias; além permitiu a contextualizar os fatos em determinados momentos, precisamente, o contexto histórico de cada ato legislativo. Tais fatos em estreito alinhamento aos pressupostos metodológicos postulados por Souza, Kantorski e Luis (2012).

Para análise dos documentos, recorreu-se à análise de conteúdo desenvolvido por Bardin (2011) e sistematizada em três fases: a) pré-análise, via leitura inicial e dinâmica do material encontrado; exploração detalhada do material para tratamento dos resultados, com identificação de padrões e unidades semânticas de análises; b) a inferência de dados; e c) a interpretação dos resultados.

Nesta fase, pondera-se que a pesquisa fez uma análise aprofundada da jurisprudência, no pressuposto de que "a lei da letra negra" não é suficiente para entender a lei. O que os antropólogos nomeiam "práticas do direito", incluindo decisões judiciais e mobilização popular em torno da lei, também são relevantes. Isso explica a ênfase do projeto na jurisprudência dos tribunais que tratam de controvérsias na área do direito administrativo

público. O escopo geográfico incluiu a jurisprudência do Estado de São Paulo. O desenho da análise da jurisprudência incluiu as seguintes sub-tarefas:

1. Seleção das hipóteses e questão da pesquisa;
2. Estabelecimento de critérios de inclusão e exclusão de estudos/amostragem;
3. Definição das informações a serem extraídas dos estudos selecionados/categorização dos estudos;
4. Avaliação dos estudos incluídos na revisão integrativa;
5. Interpretação dos resultados;
6. apresentação da revisão/síntese do conhecimento.

O terceiro procedimento foi o mapeamento legal dos dados obtidos por meio de pesquisa documental. Este técnico teve como objetivo relatar os resultados da pesquisa, ao mesmo tempo em que identificou as principais disposições do direito sobre uma determinada questão, identificando padrões na natureza da lei e definindo questões importantes para pesquisa de avaliação, análise jurídica e desenvolvimento de políticas. Assim, o mapeamento jurídico, neste projeto, considerou os dados coletados no novo marco legal e toda a interpretação disponível no CONJUR, promovendo uma visão global do status quo da legislação atual e dos impactos na mediação dos conflitos. Foi necessário, posteriormente, viabilizar a proposição de ajustes e melhorias pelo marco legal. Tal fato viabilizado pela análise dos cinco porquês, em cada ponto de fragilidade identificado.

Nota-se que os cinco porquês é uma ferramenta da gestão da qualidade, estritamente adaptada para a realidade desta pesquisa. Os 5 porquês é um método que consiste em, após definido exatamente o problema, questionar o porquê por cinco vezes, até que se encontre sua verdadeira causa. No contexto da pesquisa, foi identificado as limitações e as fragilidades do uso da mediação em contratos do tipo RDC e para cada fato, foi delimitado a investigação da causa-raiz.

Pondera-se que a técnica dos 5 porquês foi criada pela Toyota na busca pela qualidade plena de seus processos e surgiu em meados da década de 70 no Japão. O 5 Porquês é uma ferramenta que consiste em perguntar 5 vezes o porquê de um problema ou defeito ter ocorrido, a fim de descobrir a sua real causa, ou seja, a causa raiz. Um ponto interessante e que vale mencionar é que, na prática, pode ser que não seja necessário perguntar 5 vezes “por quê” ou que seja necessário realizar mais de 5 questionamentos para identificar a causa raiz de um problema. Não há uma regra para isso, e apesar de o criador da ferramenta afirmar que 5 é o número ideal de vezes, depende muito do contexto de cada situação e empresa. No caso em tela, nem sempre foi necessário.

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

Esta seção aborda a gestão de conflitos e as especificidades da mediação na administração pública. O objetivo é identificar, em perspectiva histórica e atualiza a potencialidade e a dificuldade de operacionalizar a mediação no âmbito dos processos e atividades da administração pública e do serviço público.

É importante lembrar pelos dizeres também de Di Pietro (2017) que serviço público é toda atividade que a AP executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade. A própria CRFB/1988 é farta em exemplos de serviços públicos, em especial os previstos no art. 21 com a redação dada pelo EC nº 8/1995: serviço postal e correio aéreo nacional (inc. X), serviços de telecomunicações (inc. XI), serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético, radiodifusão, navegação aérea, aeroespacial, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros localizados em fronteiras nacionais ou que extrapolem os limites de Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, serviços de portos marítimos, fluviais e lacustres (inc. XII); serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (inc. XV); serviços nucleares (inc. XXIII).

Esse extenso rol de serviços públicos faz ter consciência de quão amplo é o universo no qual a eficiência prestacional precisa se concretizar e por certo, remete à pertinência do estudo em questão sobre as intervenções dos métodos consensuais de resolução de conflitos como cerne de uma grande mudança no contexto da AP brasileira na atualidade (DI PIETRO, 2017).

3.1 Os conflitos da administração pública

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

A AP ao celebrar seus contratos com os particulares deve seguir as formalidades legais, observando as características e requisitos que fundamentam a vinculação do interesse público na natureza jurídica do mesmo. Criada a relação jurídica entre a AP e o particular, a mesma engloba uma série de fatores, sejam eles sociais, econômicos, e principalmente de interesses, o que muitas vezes geram o que se conhece como conflito.

Utilizar-se dos conceitos construídos sobre o conflito possibilita um clareamento metodológico para embasar o presente estudo. A formulação conceitual dentro da sociologia possibilita a compreensão acerca da sociedade contemporânea, ajudando na percepção social da realidade frente ao Direito.

Que el conflicto tiene relevancia sociológica, por cuanto genera o modifica comunidades de intereses, unidades y organizaciones, no es algo que se ponga en duda. [...] el conflicto, que no se puede reducirse lógicamente a un solo elemento, es una forma de socialización, y de las más intensas (SIMMEL, 2013, p. 17).¹

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

La sociedad es algo más que um conjunto relacional de individuos; es una misión de hombres en pos de su “hacer común”. Esta realidad consustancial al único animal político lo distingue de las restantes criaturas, al darle el marco para su desarrollo en plenitud. La existencia social presupone La existencia individual (DROMI, 2004, p. 87).²

Ocorre que, no próprio desenvolvimento das sociedades, se encontram pré-estruturados comportamentos sociais, recheados de valores culturais e comportamentais que fortalecem e norteiam o “modus operandi” de seus cidadãos e de suas instituições, quando o assunto é o conflito.

¹ Que o conflito tenha relevância sociológica, na medida em que gera ou modifica comunidades de interesses, unidades e organizações, não é algo que se questione. [...] O conflito, que não se reduz logicamente a um único elemento, é uma forma de socialização, das mais intensas (SIMMEL, 2013, p. 17, em tradução livre).

² A sociedade é algo mais do que um conjunto relacional de indivíduos; É uma missão dos homens em busca de seu “fazer comum”. Essa realidade inerente ao único animal político o distingue de outras criaturas, dando-lhe a estrutura para seu pleno desenvolvimento. A existência social pressupõe a existência individual (DROMI, 2004, p. 87, em tradução livre).

Segundo Dahrendorf (1969, p. 11), “o fenômeno sociedade é ‘irritante’, pois dele não podemos evadir-nos”. O simples fato de se viver e conviver em uma sociedade constituída de regras, culturas (e paradigmas), confere ao indivíduo uma série de direitos e deveres vinculados ao seu agir dentro destes sistemas.

Os pressupostos teóricos do conflito, analisados dentro de seus vínculos sociais, antagonismos e cultura, auxiliam o Direito e toda sua estrutura normativa, em uma constante discussão e aprimoramento sobre a própria legitimidade do Estado, no desempenho de suas funções, o que Leal (2000) aponta como a representação oficial do poder.

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

Somente nos idos do século XVI, é que se passou à tutela de interesses de forma coletiva, ainda que, na fase embrionária do interesse público estivessem em evidência, a soberania nacional e o acesso às colônias, que garantiriam à metrópole, ao mesmo tempo, mercado consumidor e matéria-prima para a produção de manufatura (MACHADO, 2016).

Nessa fase, o desenvolvimento teórico, legislativo e jurisdicional, se deu conta que a implementação dos ideais burgueses eminentemente individuais, como a liberdade e a propriedade, dependeria de atos de trato coletivizado por parte do Estado, como a segurança pública e a defesa nacional. Desenvolve-se, especialmente na França, a delimitação normativa de um campo normativo próprio aplicável tão somente ao regime de direito público, justificando sua diferenciação das regras de direito privado. Estas regras foram erigidas acima do interesse meramente privado.

Nesse contexto, necessária a transcrição de Hachem:

Essa regulação jurídica de relacionamento Estado/indivíduo, possibilitada pela afirmação do Estado de Direito, teve por escopo assegurar o equilíbrio entre duas ideias opostas: de um lado, os poderes conferidos pelo sistema normativo à Administração, sem equivalentes no Direito Privado; de outro, a liberdade dos particulares, garantida pelas restrições especiais que o mesmo

ordenamento jurídico impõe ao Estado, mas não dirige aos sujeitos privados (HACHEM, 2011, p. 27).

A ascensão da burguesia a partir das revoluções liberais marcou o auge do individualismo-liberal no século XIX, que após seu declínio em 1929, abriu caminho para a consolidação dos direitos sociais no século XX (MACHADO, 2011). No Estado Social, então, são definidos os direitos de segunda geração, tidos como direitos sociais.

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo [...]. Logicamente, as relações sociais vão ensejar em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público (CARVALHO FILHO, 2015, p. 34).

Embora não conste expressamente em nenhum dispositivo constitucional, a supremacia do interesse público pode ser haurida em diversos excertos constitucionais, a exemplo da função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII), a possibilidade de desapropriação motivada pela necessidade ou utilidade pública (art. 5º, inc. XXIV), a requisição administrativa (art. 5º, inc. XXV), o tombamento (art. 217), dentre outros. Hachem (2011), por sua vez, cita como fundamentos constitucionais específicos, o art. 3º, IV e 66, §1º. Justifica-se, portanto, que o interesse público seja hierarquicamente alocado acima do interesse meramente privado em razão da necessidade de regular a vida social, dada a impossibilidade do atendimento sob medida, de todas as demandas surgidas no seio da sociedade.

Nessa linha, uma vez que ao Estado cabe concretizar amplo rol de garantias sociais, este deve desenvolver meios de atuação condizentes com a missão confiada pela Constituição. Por isso posto, admite-se a limitação do individualismo frente à coletividade. Em síntese: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado confere à Administração, a prerrogativa de limitar direitos individuais, quando necessário para o devido atendimento das finalidades públicas. Assim, a definição do que vem a ser interesse público e sua consequente prevalência ou não sobre outros interesses passa por uma filtragem constitucional e juízo de ponderação proporcional entre direitos fundamentais e outros interesses metaindividuais.

Na mesma linha, Justen Filho (2018, p. 45) manifesta sua preocupação com a fluidez do termo “interesse público”, que poderia levar a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais. Diz, na verdade, ser impossível precisar um conteúdo próprio para a expressão interesse público, até porque, em sociedades fragmentadas e plurais como as

contemporâneas, não há um único interesse público, mas diversos e muitas vezes antagônicos interesses públicos.

Em posição mais radical, Medauar (2018) chega a defender que o princípio da supremacia do interesse público estaria ultrapassado, apontando como razões para isso o fato de a CRFB/1988 ter dado preferência à proteção dos direitos fundamentais, direitos estes essencialmente de particulares, o que tornaria contraditório sua invocação como um princípio do direito administrativo. Além disso, também adere à ideia de ponderação e proporcionalidade no caso de conflito entre interesses.

Vê-se, portanto, que a supremacia do interesse público ganha, na atualidade, uma nova leitura, de modo a retirar-lhe o status de princípio absoluto para colocá-la em posição de igualdade com outros interesses protegidos constitucionalmente, a exigir do aplicador do direito a necessária ponderação em caso de conflitos, não havendo superioridade preestabelecida entre eles.

Assim, convém ressaltar que a dicotomia entre direito público e direito privado encontra-se, de veras, em franco declínio. A superação, sobretudo no século XX, do Positivismo puro seguida da constitucionalização do direito privado, culminou com o enfraquecimento de quaisquer divisões estáticas da ciência jurídica. A tradicional divisão considerava a finalidade imediata da norma, se esta visava regular as relações entre particulares, ou se envolvia o ente Público, para definir se tratava de relação de direito privado ou público (MACHADO, 2016).

Podem ser apontados alguns pressupostos, decorrentes da atribuição de status distinto às normas de direito administrativo, como a “posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares” e as “restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública” (MELLO, 2019, p. 75).

Dessa conotação de superioridade, pode-se afirmar que as relações entre particulares são estabelecidas em um plano de horizontalidade, amparada pelo princípio da isonomia, enquanto a relação entre o Estado e o particular será identificada no plano de verticalidade, com o Estado se sobrepondo ao indivíduo no trato da coisa pública. Entretanto, a expansão da fronteira constitucional sentida na segunda metade do século passado, a partir do Pós-Guerra, interferiu na demarcação dos limites entre o público e o privado, que perdurara durante séculos a partir da gênese romana do Direito Civil.

Esse movimento de redefinição das fronteiras entre o público e o privado recebeu significativo impulso com a ascensão das garantias fundamentais característica do

neoconstitucionalismo. Com relação ao Brasil, destacado pela CRFB/1988, que assim como outras cartas democráticas contemporâneas, definiram mecanismos de exigibilidade direta da efetivação dos direitos subjetivos fundamentais.

A partir disso, a intangível superioridade do interesse público sobre o interesse privado, que permaneceu intacta por quase dois séculos, passou a ser objeto de ocasionais discussões acerca de sua possibilidade de relativização, sobretudo, diante do fortalecimento das prerrogativas de controle dos atos da Administração pelo Judiciário, paralela à submissão da AP a um rol cada vez mais amplo de atribuições executáveis, fundamentos estes do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, não só o interesse público é constitucionalmente protegido, mas, da mesma forma, o do particular também o é. Para tanto basta verificar o rol do art. 5º da CRFB/1988, em que estão traçados todos os direitos e garantias individuais. São eles tão importantes que são considerados cláusulas pétreas (art. 60, inc. IV) não podendo ser alterados para menos, exceto em sentido oposto, ou seja, para a ampliação dos mesmos. Com isso, a Constituição Cidadã, como é conhecida, visa proteger preceitos basilares, que são a razão de ser do Estado brasileiro. Porém, no que tange à gestão de conflitos envolvendo contratos entre a AP e o particular, tem-se a manutenção do interesse público a espelhar o objeto deste contrato. Complementarmente, ao lado deste interesse público há outro interesse, que igualmente é lícito, qual seja: o equilíbrio econômico-financeiro.

Para se saber quando surge para o particular o direito de preservar no contrato o equilíbrio econômico-financeiro, mister ter conhecimento das causas que poderão ensejar o rompimento dessa equação. A lei geral de licitações não as aponta, de maneira que cabe à doutrina organizar o tema em questão.

Lamarão (2018) entende que não é possível existir alterações contratuais fora das hipóteses legais. Porém, no caso do inc. II do art. 65, modificação bilateral do contrato, ele defende que, existindo consenso entre as partes, outras mudanças podem ser efetivadas no contrato. A lei determina que, necessariamente, as hipóteses previstas nas alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, do referido artigo, devem ser promovidas bilateralmente. Isto, todavia, não exclui a possibilidade de alterações diferentes, desde que com mútuo consentimento.

O Tribunal de Contas da União (TCU) vai além e determina que, em situações excepcionais, quando existir “ajustes manifestamente desvantajosos para o erário” o interesse público deve preponderar e as hipóteses de alteração contratual do art. 65, I e II, podem ser extrapoladas. Diante disto, podem existir cinco causas prováveis de abalos no equilíbrio financeiro do contrato, são eles: Prorrogação de Prazos: art. 57, § 1º; Modificação Unilateral

do Contrato: art. 65, I; Modificação Contratual por Acordo Entre as Partes: art. 65, II; Elevação de Encargos Trabalhistas e Fiscais: art. 65, § 5º; e Acréscimos ou Supressões: art. 65, § 1º. O que busca-se defender é que frente a estes abalos no equilíbrio financeiro do contrato, a gestão de conflitos valendo-se de meios autocompositivos seja uma opção levada em conta.

Posto isto, passa-se a discutir o caminhar da AP de uma cultura mais engessada, que prima prioritariamente pelos interesses da AP para uma cultura dialógica em que novos mecanismos de gestão de conflitos são legitimados. Nesta cultura dialógica surge e evidencia-se a utilização da consensualidade pela administração pública, tal qual observado sequencialmente.

3.2 A utilização da consensualidade na Administração Pública

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

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

Segundo dizeres de Justen Filho:

[...] o art. 5.º, incisos LIV e LV, consagra o direito fundamental à existência de um processo administrativo sempre que houver o exercício de competência administrativa apta a afetar direitos e interesses individuais. As garantias constitucionais devem ser interpretadas em termos amplos, compatíveis com a natureza democrática da ordem jurídica brasileira (JUSTEN FILHO, 2016, p. 804).

O momento de formação da decisão é, como bem assevera Odete Medauar (2008), um meio de legitimação do poder em concreto, uma vez que os dados presentes no processo permitem saber se a solução escolhida para o problema foi a mais correta ou aceitável e se o poder foi exercido em atenção às finalidades para as quais foi atribuído.

Quando se fala em interesse público, logo se imagina que seu núcleo essencial é indisponível, pois o interesse público pertence à sociedade como um todo, sendo transindividual, logo não estaria permitida a sua disposição. Contudo, a diferenciação entre direitos disponíveis e indisponíveis não é tão singela e não está simplesmente vinculada à distinção entre público e privado.

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

A administração pública não deve enxergar no outro polo apenas um particular, mas sim um cidadão que também representa o interesse público e, muitas vezes, é a expressão máxima de um interesse da coletividade. No âmbito do direito sancionador, em diversas oportunidades, utiliza-se a “supremacia e indisponibilidade do interesse público” como justificativa para evitar a aplicação da consensualidade por parte do Poder Público. Todavia, tais argumentos não são suficientes para impedir o ingresso da justiça consensual no cenário do direito administrativo.

Percebe-se, com clareza, que existem direitos públicos disponíveis e direitos privados indisponíveis. Do mesmo modo, é inconcebível a utilização do discurso simplista para evitar que a Administração Pública cumpra o ordenamento jurídico, respeite o princípio da legalidade e demais valores fundamentais, mesmo que, para tanto, faça alguma concessão no processo (TALAMINI, 2017).

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

No entanto, a indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade do processo judicial. Os meios de se atingir a tutela ao interesse da coletividade são disponíveis e se encontram numa esfera de escolha justificada pelo administrador, que tem o poder-dever de buscar o melhor método para atingi-lo (RODRIGUES, 2016, p. 376).

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

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

No direito administrativo, da mesma forma, existem diversas previsões de soluções consensuais ou alternativas ao processo tradicional e, em alguns casos, hipóteses previstas em lei que autorizam a Fazenda Pública abdicar de algum direito. Tome-se por exemplo as execuções fiscais de pequeno valor que podem não ser ajuizadas em face do devedor ou as hipóteses de anistia de crédito tributário.

É importante destacar que situações que pudessem ser reconhecidas pela Administração fora do processo, permanecem podendo ser compostas em um processo judicial. Como já exposto acima, a Fazenda Pública deve observar a legalidade, reconhecendo o direito de terceiro ou o ato ilícito do Poder Público. Em suma, é inadmissível usar tão relevante instrumento democrático como o processo para impedir o exercício do legítimo direito de terceiro, ainda mais quando o Poder Público se presta a tal papel.

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

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

Para Batista Júnior (2007), os acordos administrativos alternativos consistem no meio utilizado pela Administração Pública o qual, pela renúncia do emprego das prerrogativas de imposição unilateral de sua vontade, busca maior eficiência dos atos administrativos e visa atender ao interesse público. Segundo o autor, a manifestação das transações administrativas possui campo tanto quando o administrado tem um litígio efetivo quanto potencial com a Administração Pública. O legislador estabelecerá de forma concreta quando e quais os acordos poderão ser firmados.

Tem-se, assim, uma análise mais restrita da consensualidade, a qual remete aos acordos realizados na esfera administrativa sancionatória que, ou visam a terminação consensual do processo com o afastamento da atuação imperativa da Administração Pública sancionadora, ou tendem a adequar o ato final do processo, como uma fase intermediária legalmente estabelecida, e que traga benefícios para ambas as partes³.

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

Os acordos integrativos não substituem, totalmente, a sanção a ser imposta ao administrado, mas integram o processo administrativo, como fase intermediária, de modo a modelar consensualmente o resultado final de referido procedimento administrativo sancionatório, o qual permanece como um ato dotado da prerrogativa imperativa sancionatória da Administração, porém de forma mais leve e menos incisiva.

Nos acordos integrativos, caso ocorra a transação no bojo do processo administrativo sancionatório, ou seja, o acordo celebrado de forma apartada em procedimento específico, a depender de como demandar o ordenamento, mas voltada à determinada infração prevista em lei, o final do processo administrativo sancionatório da infração não consistirá em um resultado no qual ficou afastada a imposição pela Administração Pública de um ato imperativo.

³ No caso da Lei Anticorrupção, por exemplo, nos termos do seu art. 16 e parágrafos, os efeitos podem se estender tanto ao processo administrativo quanto ao judicial.

Este ato sancionatório final, oriundo de um órgão competente da Administração Pública, denotando a prerrogativa imperativa do Estado e sua supremacia no exercício do poder de polícia⁴, continuará existindo e sendo exarado de forma unilateral, porém, de forma flexibilizada, atenuada e mais branda em razão do acordo integrativo celebrado previamente.

Como a qualificação atribuída pela doutrina já denota, esse acordo integrativo apenas integra o procedimento sancionatório que permanece válido, existente e conformador da conduta ilícita perpetrada pelo particular, o qual, quando lhe for facultado pelo ordenamento e assim desejar o administrado, não estando ele compelido a tal acordo, poderá colaborar com a Administração Sancionatória para, nos termos legais, colher alguns benefícios como atenuar sua sanção, ao final do procedimento sancionatório.

Para Palma (2015), os acordos substitutivos possuem algumas características específicas comuns e verificadas em todas as normas que possuam previsão acerca deste tipo de acordo: a de substituir a sanção administrativa, suspender ou evitar o processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo para, com o cumprimento das obrigações assumidas no ajuste, extinguir o processo administrativo existente.

De fato, a transação resultante destes tipos de acordos (substitutivos) acaba por substituir a sanção prevista em lei, evitando que o órgão público sancionador emita ato unilateral que imponha tal restrição, como também acaba afetando, sob alguma medida, o processo administrativo sancionatório, suspendendo-o para posterior extinção, ou evitando sua instauração.

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

Obviamente existem limites para uma composição com a Fazenda Pública, a discricionariedade do agente público não é absoluta e deve seguir algumas recomendações

⁴ Adota-se o conceito estrito de poder de polícia, tal como define Celso Antônio Bandeira de Mello, atribuindo uma acepção mais limitada deste conceito: o de “polícia administrativa”, como “a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (non facere) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 861).

como destacou Talamini no artigo anteriormente mencionado: i) procedimento administrativo prévio; ii) autorização expressa da autoridade administrativa competente; iii) composição permanece sujeita aos órgãos de controle; iv) respeitar o princípio da isonomia, compondo com todos em situação idêntica; v) respeitar a ordem de preferência dos precatórios.

A composição com a Fazenda Pública depende de norma regulamentadora, havendo inclusive leis prevendo ou autorizando a transação (Lei nº 9.469/1997), assim como há previsão autorizativa nas causas consideradas de menor valor patrimonial, como exemplo os litígios dos Juizados Especiais Federais.

A regra para a Fazenda Pública não pode ser recorrer até o último momento, principalmente quando já ciente que o recurso está fadado ao insucesso, situação que não é de difícil percepção, como em casos que a tese defendida pelo ente público é contrária à jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores. Provavelmente o julgamento do recurso ocorrerá no mandato de outro governante, assim o problema, aparentemente, foi passado adiante. Pouco importa se a demora processual aumentará a despesa ou a dívida pública, pois o pagamento se concretizará através de precatório muitas vezes. A análise da economicidade em prol da administração, caso firmado um acordo, nunca foi prioridade do gestor ou do procurador.

O momento é propício para a Administração Pública repensar a ineficiência da sua atuação em juízo, muitas vezes com a orientação padronizada (diga-se reprovável) de recorrer até a última instância, mesmo sabedora da derrota futura, cujo ônus a suportar somente aumentará para o erário com o passar dos anos. Além disso, recursos descabidos e infrutíferos ajudam a aumentar a sensação de injustiça do cidadão, que enxerga o Poder Público como adversário inconsequente e descumpridor da lei.

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

Em situações que envolvam discussão patrimonial, que podem ser resolvidas fora do Judiciário, poderá a administração optar pela arbitragem. Como exemplo, a decisão sobre o reequilíbrio econômico-financeiro de algum contrato administrativo, que dependa de uma análise de técnicos experientes e especializados no tema, pode conter cláusula delegando para a arbitragem a definição sobre o reequilíbrio. Provavelmente, em relação a temas bem

específicos, a arbitragem funcionará melhor que uma discussão judicial, que se sabe como inicia, mas não se sabe como termina.

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

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

Nessa linha, não se espera que possa o agente público exercer um juízo de valor sobre cada composição ou caso concreto específico, como se dispusesse de carta branca para decidir. A fixação de regras prévias genéricas garante a impessoalidade e concede aos próprios gestores segurança jurídica aos atos por eles praticados. Rodrigues, revela assim, a importância dos protocolos institucionais:

Por isso, parece-nos que são recomendáveis, de modo a assegurar a impessoalidade, os negócios processuais celebrados entre instituições – os chamados protocolos institucionais –, de modo a promover adequações procedimentais em diversos casos de uma mesma matéria em que também atue aquele que pactuou com o Poder Público (RODRIGUES, 2016, p. 382).

Frise-se, ainda, que a realidade histórica, cultural e financeira de cada ente da federação permite que a melhor solução para o agente público não seja idêntica em toda parte do território nacional. Por tal razão, a implementação efetiva dessa nova cultura jurídica nos

mais variados setores da administração pública, rompendo a antiquada e ultrapassada visão litigiosa do processo, pode, infelizmente, levar um longo período.

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

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

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

A possibilidade de especialização em razão da matéria nas câmaras de prevenção e resolução de conflitos públicos é uma boa solução de gestão e acarreta agilidade na solução da controvérsia, pois geralmente as demandas públicas funcionam em regime de escala, ou seja, centenas ou milhares de pessoas detém o mesmo problema a resolver. No estado do Rio de Janeiro, um exemplo que merece destaque é a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde, onde possuem assento a Procuradoria, a Defensoria Pública Estadual e da União, as Secretarias Municipal e Estadual de Saúde. Todos os órgãos públicos, responsáveis pela concessão do direito básico a saúde ao cidadão, reunidos para prevenir conflitos, diminuir a judicialização e, principalmente, atender a justa demanda do cidadão.

Em respeito ao princípio da eficiência, a Administração deve atender, de modo adequado e da melhor forma possível, ao interesse público, utilizando-se dos meios que lhe são postos pelo ordenamento jurídico como instrumentos para o exercício da função pública, sendo que a consensualidade erige-se instrumentalmente ao direito administrativo, não como, uma alternativa utilizada arbitrariamente pela Administração, mas como uma possível exceção à atuação imperativa, devendo ser invocada apenas nos casos em que o ordenamento jurídico apontar para sua validade e melhor forma na tutela do interesse público.

Outrossim, não se vislumbra qualquer incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com a viabilidade de acordos com a Administração Pública. Isto porque, em muitos casos, a transação pela Administração Pública, com o particular, pode trazer resultados mais benéficos ao interesse público em contraposição a alternativa de buscar a tutela do interesse público de forma imperativa.

Uma vez verificada que a adoção da forma consensual prevista em lei⁵ é mais vantajosa ao interesse público, deve a Administração buscar esta forma de atuação, desde que preenchidos todos os requisitos necessários, entre os quais a necessidade de manifestação de interesse pelo administrado, estando vedada a Administração de coagi-lo a tanto e permitir que outros particulares na mesma situação sejam alcançados com o acordo⁶. Portanto, os princípios da eficiência, legalidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público apontam para a viabilidade da atuação da Administração Pública concertada, de forma instrumental (e excepcional), ao lado da atuação imperativa, visando, no desempenho da função pública legalmente estabelecida, atender ao interesse público.

Oliveira expõe que a expansão do consensualismo na Administração Pública tem reduzido a adoção de medidas de cunho unilateral e impositivo pela administração pública, provocando o surgimento de uma administração pública consensual, com uma mudança de eixo do Direito Administrativo, que flexibiliza seu perfil autoritário e passa a ser orientada pela lógica do consenso (OLIVEIRA, 2005).

Com muita propriedade, Cassese (2003) se posiciona afirmando que o avanço da consensualidade e de mecanismos de coordenação, como a cooperação e a colaboração valorizam os resultados da ação administrativa, tornando tão importante quanto a submissão da administração pública à legalidade, na busca da eficácia, a boa administração, que possui legitimidade, enquanto busca eficiência, consistindo ambas em direitos subjetivos do administrado.

Schwanka (2011), ao tratar da processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática, destaca a necessidade de se estabelecer uma nova forma de interação entre o cidadão e a administração pública, com a desconstrução de antigos dogmas administrativos clássicos, permitindo a existência uma gestão estatal em que a tutela do interesse público seja compartilhada com sua real titular, a sociedade, produzindo, desse modo, uma maior estabilidade nas relações entre o Estado e os cidadãos e

⁵ Lembrando o requisito da legalidade, deve haver previsão normativa autorizativa para a celebração de determinado acordo.

⁶ É importante esclarecer que não negamos o exercício de competência discricionária em determinado momento da análise da viabilidade de transação pela Administração.

aceitabilidade das decisões administrativas, conferindo-lhes legitimidade, além de evitar os perigos da neutralização da participação popular na esfera estatal.

Para a autora, é imprescindível revisar categorias ante as transformações paradigmáticas ocorridas no âmbito administrativo, as quais conduzem a um controle: “mais dialógico, democrático e conciliatório, menos unilateral e preso à legalidade estrita, visto que o efeito da moderna concepção do Estado-sociedade se traduz não mais na rigorosa separação do Estado e do cidadão, mas em recíproca coordenação” (SCHWANKA, 2011, p. 71). Faz-se necessário destacar, nesse sentido, que as recentes alterações na nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro consagraram expressamente o modelo de controle consensual da administração pública, mediante o estabelecimento de mecanismos consensuais. É o que se pode notar ao se observar o disposto nos seus arts. 26⁷ e 27⁸.

Como visto, as recentes alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estimulam a utilização de instrumentos de solução consensual de conflitos, como termos de compromisso ou ajustamento de gestão, estabelecendo, inclusive, princípios norteadores de sua utilização, ao dispor no §1º, I, do art. 26 que os compromissos firmados buscarão solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

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

⁷ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei 13.655, de 2018)

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei 13.655, de 2018) I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei 13.655, de 2018) II – (VETADO); (Incluído pela Lei 13.655, de 2018) III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei 13.655, de 2018) IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei 13.655, de 2018)

§ 2º (VETADO). (Incluído pela Lei 13.655, de 2018)

⁸ Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. (Incluído pela Lei 13.655, de 2018) § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. (Incluído pela Lei 13.655, de 2018)

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos. (Incluído pela Lei 13.655, de 2018).

Nesse sentido, afirma Patrícia Baptista (2003) que o consenso não pode levar à abdicação de funções pela administração nem eliminar prerrogativas públicas, devendo obedecer aos limites constitucionalmente previstos. Os métodos consensuais somente podem ser aplicados na administração pública quando existir autorização legal. Ainda que exista a possibilidade de utilização desses métodos consensuais nos processos administrativos de qualquer ente político, incluindo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, existe a necessidade de autorização legislativa no âmbito de cada esfera de competências.

As formas consensuais de resolução de conflitos mais utilizadas são a conciliação, a mediação e a arbitragem. Todas elas podem ser aplicadas nas relações administrativas, contudo, precisamos atentar para algumas peculiaridades, como, por exemplo, a impossibilidade de o princípio da publicidade não ser aplicado, ao contrário do sigilo que é característico da utilização de métodos consensuais na solução de litígios na esfera privada e a impossibilidade de se abrir mão de prerrogativas processuais da administração pública.

Além disso, uma vez frustradas as tentativas de solução do conflito de modo bilateral e dialógico, necessário se faz a tomada de decisão da administração pública de modo imperativo, tendo em vista que a esta cabe a função de dirimir questões conflituosas que coloquem em questão a satisfação do interesse da coletividade.

Salienta-se que a eficácia da resolução/mitigação do conflito, perpassa necessariamente, pela discussão se dois aspectos fundamentais, acesso à justiça e mudança de cultura, tal qual delimitado na sequência.

3.3 O acesso e a justiça e a necessária mudança paradigmática: o que a literatura revela para Administração Pública brasileira

No atual momento de uma sociedade informatizada, tecnológica e com o crescente aumento de litígios, as ferramentas e os instrumentos de resolução de conflitos devem ser reinventados para dar uma resposta eficiente almejada pela sociedade. A legislação pertinente ao processo eletrônico reflete a modernização natural do processo e, sem dúvida, também deve ser lembrada que, como norma, afeta o acesso à Justiça, posto que o objetivo primordial do processo eletrônico é conferir agilidade, otimização e segurança nas relações processuais. A informatização do processo judicial significou mais um ingrediente na busca pelo acesso à Justiça.

A ineficiência e a morosidade do Poder Judiciário passaram a integrar nas últimas décadas a pauta do Congresso Nacional, do Executivo, por meio do Ministério da Justiça, e do próprio Poder Judiciário, que tenta implantar novas políticas de gestão e tramitação processual

para a aceleração da prestação jurisdicional. Disseminou-se no Brasil a falsa ideia de que os “defeitos” da legislação processual seriam os principais responsáveis pela morosidade judicial, o que gerou uma onda de reformas legislativas.

É importante alertar, contudo, que a “Crise do Poder Judiciário” não pode ser entendida de forma simplista, como somente uma questão de direito processual, quando, na verdade, envolve uma crise de todo o Sistema de Justiça e até mesmo do próprio Estado, que não consegue, já há muito tempo, proporcionar a satisfação do cidadão com o acesso aos serviços públicos essenciais de qualidade.

Mancuso aponta ainda como concausas da crise do Poder Judiciário, entre outras, a judicialização das políticas públicas em razão da ineficiência das instâncias administrativas, o que dá margem à discricionariedade judicial e ao alargamento do campo de atuação do Poder Judiciário, o gigantismo desordenado do próprio Poder Judiciário no Brasil que fomentaria a litigiosidade e a cultura demandista brasileira, a deficiente divulgação e utilização de outros meios de resolução de conflitos, as duas classes de litigantes (os habituais ou frequentes e os eventuais ou esporádicos) e a desigual distribuição de ônus e encargos processuais entre eles (MANCUSO, 2011).

O anseio por um efetivo acesso à Justiça é tema recorrente na doutrina. Nos dias atuais não é crível se pensar em justiça com uma visão restritiva, focada apenas no processo litigioso, demorado, caro e ineficiente.

No que se refere ao que o CNJ traz sobre o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988 além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas; é aqui que quero destacar que quando o CNJ fala em ordem jurídica justa e em soluções efetivas, está a salvaguardar que para que o acesso à justiça ocorra de fato, deve-se sair da visão clássica que protagoniza os tribunais e a judicialização massiva, para adentrar no mérito das soluções efetivas, que sem dúvida, passam pela adoção de institutos como a mediação.

Por derradeiro, analisar o proposto pelo CNJ no tocante à necessidade de se consolidar uma política pública permanente para incentivar e aperfeiçoar os mecanismos consensuais de solução de litígios, desperta um olhar mais liberto dos velhos estigmas de que todos os problemas devem ser judicializados, levando a uma visão de literal mudança comportamental, inclusive em relação à AP, posto que em sendo uma política pública instituída no Brasil para que haja o permanente incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, também passa a ser papel da AP seguir nos mesmos caminhos. Veja-se esse arremate:

Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: [...] V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento; [...] VII – realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: [...] VI – propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, s.p.).

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

De qualquer forma, a previsão legislativa fria e, às vezes incompleta, não permite a implementação efetiva dessas medidas sem que haja uma verdadeira conscientização de agentes públicos e, talvez, principalmente dos órgãos de controle.

Indubitavelmente, a mudança de cultura também deve alcançar os próprios litigantes, que devem se despir dos sentimentos de inimizade, rancor ou vingança típicos do ser humano que se sente aviltado em um direito e deseja justiça. Ocorre que, nem sempre a melhor justiça é aquela que ensejará a sucumbência da outra parte, ao contrário, um acordo com a outra parte, mesmo que não seja tão rentável financeiramente, permitirá um restabelecimento da relação social. Humberto Dalla destaca o receio de mudança da sociedade habituada a um sistema, mesmo sabedora que o mesmo é ineficiente:

Educar a sociedade a resolver seus próprios conflitos, ou a escolher o melhor método para resolvê-los, é uma tarefa árdua, principalmente quando, por

mais que seja frustrante a inoperância dos serviços judiciais, é difícil quebrar um sistema que, apesar de opressivo, é confortável porque é conhecido, familiar (PINHO, 2016, p. 18).

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

Desta feita, fixadas as premissas referentes ao acesso à Justiça, conclui-se que o verdadeiro alcance e finalidade do mencionado princípio ultrapassa os limites do processo tradicional e, em certas ocasiões, escapa do Poder Judiciário, devendo abranger e assimilar outros meios não tradicionais, mas capazes de solucionar o conflito entre as partes, promovendo a pacificação social.

A implantação de métodos alternativos e soluções consensuais em diversos sistemas processuais pelo mundo é o caminho para enfrentar ou, ao menos, amenizar os inegáveis problemas estruturais do Poder Judiciário (TARTUCE, 2015). É uma mudança de cultura que deve ser aplicada gradativamente, apesar de causar, sem dúvida, incerteza e resistência por parte daqueles que possuem receio de se afastar da visão tradicional de processo.

Indubitavelmente, nem sempre a solução mais justa será aquela advinda de um conflito resolvido pelo Judiciário, seja pelo desrespeito à celeridade processual e duração razoável do processo ou, ainda, pela falta de expertise do magistrado em analisar determinada matéria. Em alguns casos, a análise técnica através de árbitros especializados pode levar a uma definição mais justa e eficiente. Do mesmo modo, um acordo entre as partes evita (ou pelo menos diminui) o dispêndio financeiro e emocional de um processo que se arrasta por anos.

A verticalização e submissão às decisões judiciais, após um conflito duradouro, dispendioso e estressante, não pode ser considerada solução justa e efetiva. A melhor solução para um conflito é aquela que se aproxima de uma deliberação horizontal, fincada na autonomia da vontade das partes, que assumem papel de colaboradores, em vez de adversários.

O ultrapassado entendimento de impossibilidade de utilização de mecanismos e instrumentos consensuais em sede de direitos indisponíveis ou dito interesses públicos, concedeu espaço a novas inserções nos diplomas legais, em busca de uma justiça colaborativa, participativa, restaurativa. O processo tem se mostrado incapaz de dar uma

solução justa e efetiva ao crescente volume de litígios, transbordam críticas ao excessivo prestígio da visão litigiosa e da teoria do conflito. A solução passa certamente pela permissão ao ingresso no sistema de formas não conflitivas de solução das controvérsias, como bem destaca Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

Passa a ser uma obrigação e uma prioridade do Estado no exercício da função jurisdicional, sempre que possível, empregar todos os meios necessários para o alcance das finalidades salientadas. Além disto, legislador, ainda no capítulo das “Normas Fundamentais”, orienta os principais protagonistas do processo, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público a estimular a solução consensual através da conciliação e da mediação. [...] Parece bastante óbvio que a solução consensual dos litígios é, de longe, a melhor forma de pacificação social, ao tempo em que assegura uma rápida solução do conflito, com o menor custo e a satisfação para ambas as partes (CARNEIRO, 2016, p. 23).

No mesmo sentido se manifestam Cambi e Farinelli (2011), no sentido de que a conciliação e outras alternativas devem ser incentivadas, pois evidente que o Judiciário não consegue atender a todos com rapidez e eficiência.

No sistema jurídico brasileiro, as três principais formas de resolução consensual de conflitos são a conciliação, a mediação e arbitragem. Sabe-se que no direito norte-americano, por exemplo, como mais tradição na utilização de outros métodos que não a sentença judicial, há diversas outras formas, como o *rent-a-judge* (espécie de arbitragem privada também heterocompositiva), o *mini trial* (as partes levam suas teses e provas a produzir para a avaliação de um terceiro neutro, que aconselha a respeito da decisão que tomaria caso fosse o juiz – diante de tal possível decisão, as partes possuem fundamentos para a negociação de um acordo), a utilização das cláusulas *med-arb* (com o nascimento de uma disputa, primeiramente as partes concordam em se submeter à mediação e, caso ela falhe para conferir solução ao litígio verificado, haverá uma arbitragem instaurada – já há previsão no Brasil e tem sido comum sua menção em contratos empresariais), a *early neutral evaluation* (terceiro neutro que avalia as teses das partes e suas possibilidades de acordo, pontos em comum com a tese contrária), entre outros (TARTUCE, 2015).

A conciliação se apresenta como método de resolução que, por meio da intervenção de um terceiro facilitador, tem como única finalidade a composição do conflito. Embora com passagem obrigatória pela análise do conflito, o objetivo primordial da conciliação é a solução do problema, o alcance de um acordo razoável para colocar fim ao litígio, dando relevo à autonomia da vontade das partes.

Trata-se do método autocompositivo mais adequado para os conflitos de características objetivas, nos quais as partes não necessariamente manterão relação posterior ao litígio, sem convivência ou vínculo pessoal a ser preservado. Embora se possa falar de conciliação em conflitos pontuais nascidos de relações permanentes, a técnica não leva em consideração a relação continuada, tendo como foco a solução do conflito posto.

A técnica da conciliação conduz as partes a transacionar com o objeto do litígio, cada qual abrindo mão de parte do que pretendia ganhar com uma resposta heterocomposta, com a finalidade de pacificar o conflito.

A mediação é o método pelo qual um terceiro, neutro em relação às partes e com treinamento especial, realiza a intermediação da comunicação entre eles, atuando na raiz do conflito surgido. Sua intenção primordial não é propriamente conferir uma resposta ao conflito, mas trabalhar as suas causas e consequências, uma vez que é o método mais adequado a resolver litígios envolvendo pessoas que ainda terão uma convivência futura.

Tartuce define a mediação como “atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual” (TARTUCE, 2015, p. 85).

Para Pinho (2005),

[...] a mediação é como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito. Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual (PINHO, 2005, p. 64).

Entende-se indicada para as situações de conflito em que haja um vínculo continuado entre os indivíduos envolvidos, já que tem como objeto a análise abrangente da situação conflituosa, não pretendendo apenas dar-lhe um fim. Interessa-se a mediação em resgatar a qualidade da comunicação das partes, mais do que buscar um acordo entre elas. Dessa forma, uma mediação pode ser considerada bem-sucedida ainda que as partes em conflito não tenham conseguido resolver o conflito que as levou ao procedimento em primeiro lugar, desde que tenha havido transformação na relação em decorrência da mediação e que as partes tenham desenvolvido novas formas de comunicação, de modo a prevenir o surgimento de outras disputas, suavizando a relação (CAHALI, 2014).

Desta forma, a palavra-chave na mediação é transformação, pois funciona como método capaz de aperfeiçoar e melhorar a relação entre as partes envolvidas, facilitando, inclusive, o convívio futuro, a fim de evitar novos conflitos entre os personagens. Existe uma

legislação geral tratando sobre a mediação – Lei nº 13.140/2015, além de menção ao procedimento no Código de Processo Civil vigente, o que demonstra recente intenção do legislador em promover com maior ênfase a utilização da mediação de diversas formas.

A Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) prevê a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos para mediar a composição entre órgãos da administração pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público e, ainda, promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. No mesmo sentido, a nova lei processual civil destinou seção específica para tratar dos conciliadores e mediadores judiciais, a partir do art. 165.

A arbitragem é uma forma de heterocomposição de litígios ao lado da jurisdição estatal, pela qual as partes, em comum acordo, estabelecem que um terceiro ou colegiado, que terá poderes para solucionar a controvérsia entre eles, sem a intervenção estatal. Essa decisão tem a mesma eficácia de uma sentença judicial e se impõe aos litigantes.

Uma das principais vantagens na utilização da arbitragem é a possibilidade de escolha do árbitro de acordo com a vontade das partes, que podem optar por pessoa especializada, tecnicamente preparada para decidir sobre o objeto do litígio, muitas vezes relacionado a um tema deveras específico que demanda a escolha de um expert.

Feita a opção pela utilização da arbitragem por meio da convenção arbitral (que pode ser uma cláusula contratual ou compromisso à parte), as partes devem levá-la a efeito, de modo que a existência da convenção de arbitragem é causa impeditiva do ajuizamento de demanda judicial com o mesmo objeto. Além disso, uma parte pode instituir de maneira forçada a arbitragem, ainda que a outra assim se oponha na presença de convenção de arbitragem (CAHALI, 2014).

Segundo Dalla,

[...] a arbitragem pode ser convencionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio, sendo certo ainda que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes (PINHO, 2016, p. 32).

Ainda que no Brasil a opção primordial para a resolução dos litígios seja a adjudicação estatal, na atualidade a utilização da arbitragem tem crescido bastante, principalmente na resolução de conflitos nascidos de relações contratuais. Pode-se afirmar que existem inúmeras Câmaras de Arbitragem em funcionamento, mormente nos estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, e as pessoas têm cada vez mais demonstrado

confiança nos serviços prestados pelos árbitros. As características mais buscadas na arbitragem são a especialização do árbitro, a rapidez no julgamento, com prazos bem definidos, bem como a possibilidade de adoção de um calendário expresso a respeito do andamento do feito.

Todavia, a arbitragem possui limitações de matéria, de modo que não pode ser utilizada para a resolução de qualquer conflito. A Lei de Regência (Lei nº 9.307/1996) dispõe, em seu art. 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A Lei de Arbitragem, no mesmo sentido, amplia o espectro da utilização deste meio alternativo para conflitos envolvendo a administração pública. A Lei nº 13.129/2015 alterou a Lei nº 9.307/1996 para prever expressamente que a administração pública poderá recorrer à arbitragem para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis⁹.

Como visto ao longo desta seção, a conciliação, mediação e arbitragem são importantes ferramentas para a gestão de conflitos. A Resolução n. 125/2010 entende a conciliação e a mediação, não mais como um meio alternativo de solução de conflito, mas sim como uma forma de tratamento mais adequado para a resolução desses conflitos. Para isso, a resolução incentiva e aperfeiçoa os mecanismos consensuais de resolução de controvérsias, além de criar órgãos especializados, fornece capacitação em conciliação e mediação para servidores e magistrados do Poder Judiciário e atua junto aos entes públicos e grandes litigantes de maneira a estimular a autocomposição (Art. 6º da Res. 125/2010 do CNJ).

Nota-se que como o objeto de pesquisa desta dissertação é a mediação, fez-se necessário uma análise profunda sobre sua aplicabilidade na realidade da administração pública brasileira, tal qual analisado na sequência.

3.4 A mediação como meio de solução de controvérsias na Administração Pública

A Mediação está inserida no rol das Resoluções Apropriadas de Disputas (RADs) que propõe mecanismos de comunicação e intervenção em que as partes estão devidamente empoderadas e garantidas pelo princípio da autonomia da vontade, tendo a ampla possibilidade de encontrar a solução mais adequada ao problema apresentado. A Lei

⁹ “Art. 1º [...] §1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. §2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

13.140/2015, a lei de mediação, vem resguardar normativamente o instituto da Mediação, dando-lhe amparo em todas as suas perspectivas de atuação, inclusive na seara da AP.

Hoje, a mediação é o mecanismo adequado para a resolução de conflitos de base continuada. No Brasil a mediação é difundida com maior destaque no âmbito das relações de família, mas em todo mundo, é realizada também no ambiente empresarial para resolver divergências trabalhistas e corporativas, na área da saúde, para resolver conflitos de vizinhança, enfim, para solucionar questões policonflituosas (EL DEBS; SARDINHA, 2019).

Mancuso (2009) faz menção ainda, em suas palavras, a um uso interessante da mediação, no processo de recuperação de empresas, na medida em que o art. 161 da Lei brasileira n. 11.101/2005 autoriza o devedor, atendidos os requisitos do art. 48, a “propor negociar com credores plano de recuperação extrajudicial” e lembra-se do Tabelião, que por força da Lei 11.441/2007 atuaria como um verdadeiro mediador, já que agora é competente para resolver partilhas amigáveis e separações consensuais.

Referida prática é bastante comum nos Estados Unidos e Canadá e de longa data em países como o Japão, conhecido por ser uma sociedade não adversarial. Fortemente desenvolvida no tratamento de assuntos familiares, a sociedade japonesa pensa que estes conflitos não devem ser abertos ao público e, portanto, não devem ser resolvidos através de um processo público. Acredita-se que uma decisão judicial não será capaz de resolver satisfatoriamente esse tipo de questão dada a natureza contínua dos relacionamentos.

No entendimento de Santos e Galvão Filho (2014), na União Europeia o uso da mediação vem se desenvolvendo por incentivo da Diretiva comunitária 2008/52/CE. Na América Latina a mediação ganha corpo conforme a política doméstica de cada país. Para melhor solucionar os conflitos, registramos ainda o incremento no uso da mediação em países do extremo oriente e em países asiáticos como a China. Nos EUA é importante destacar a *Pound Conference* que amplificou a prática mediativa nos país a partir de 1976.

Nesta dissertação, adota-se como conceito de mediação aquele que dispõe que o terceiro imparcial tem a incumbência de facilitar a comunicação entre os participantes para que estes busquem todas as razões potencializadoras do conflito deflagrado a fim de desmanchá-lo, alcançando voluntariamente uma solução mutuamente aceitável.

É importante destacar que a negociação é a base da mediação. Os conceitos da prática negocial aplicam-se na mediação com o objetivo de facilitar o desenrolar da disputa e o diálogo racional assume vital importância para o alcance de um resultado positivo. É um procedimento sem formas rígidas, distante das regras processuais institucionais e que prima pela experiência e conhecimento do mediador. No sistema de mediação *court-connected*

japonês, não se exige do mediador largos conhecimentos jurídicos; o único requisito para ser um potencial mediador é que tenha entre 40 e 70 anos de idade e ter experiência de vida para a resolução de conflitos (PAUMGARTTEN, 2017).

Calmon (2013) destaca que o mediador objetiva possibilitar que as partes se entendam entre si, reconheçam, compreendam e estabeleçam hierarquias para seus próprios interesses e demandas, enunciem, juntamente com o mediador, possibilidades que permitam obter um acordo justo, passível de ser implementado e durável, porém tão flexível quanto necessário para manter a possibilidade de futuras adaptações de suas cláusulas. É o facilitador da comunicação, criador de opções para a fluidez do diálogo travado entre os participantes. Poderá, inclusive, reunir-se separadamente com cada um dos participantes quando entender necessário, no entanto, precisa ter em mente que este recurso é uma exceção, sendo a regra, a promoção do diálogo entre os participantes, pois o objetivo da técnica é a revelação de todos os microconflitos subjacentes ao conflito nuclear, tirando o véu dos reais e genuínos interesses de cada um.

A ausência de rigidez nas formas não significa relegá-la à preconceituosa visão de justiça de segunda classe. Cada vez mais a prática é imposta como um modelo estruturado, movimento fortalecido por sua técnica, mas deve haver cuidado a fim de que a sua institucionalização não processualize e desnature o mecanismo.

Paumgarten (2017) enumera como vantagens da mediação: i. confidencialidade; ii. o custo reduzido quando comparado com o processo judicial; iii. não se limita às pretensões objetivas, abrindo a possibilidade de resolver definitivamente o conflito sem a permanência de ruído sobressalente, já que se buscam as raízes do conflito, emergindo-as para que o impasse possa ser plenamente solucionado (resolvendo a chamada lide sociológica e não somente a lide jurídica); iv. a preservação de relações continuadas, por vezes definitivamente rompidas após a decisão judicial que decreta o vencedor.

Por outro lado, a desvantagem é aparente quando os conflitantes são obrigados a participar do processo de mediação, ou quando o método é utilizado inadequadamente, gerando a falta de interesse, de comprometimento, ocasionando a possibilidade de celebração de um acordo simulado e o recrudescimento do conflito (PUMGARTTEN, 2017).

Almeida e Pantoja (2020) expõem que a mediação, assim como outras formas de tratamento de conflitos, não é um fenômeno novo, sempre existiu e está sendo revisitada em meio a uma profunda crise dos sistemas judiciários para a resolução de conflitos. Uma crise que se aprofunda não apenas por problemas estruturais, subjetivos, mas também em virtude de uma hipertrofia legislativa acompanhada de grande variabilidade e consequente incoerência

interna, que desencadeia uma pluralidade de pretensões substantivas que ao invés de cumprir sua função de segurança jurídica, termina por causar um esvaziamento de eficácia da própria lei, desafiando o juiz no ato de julgar, pois amplia o espaço de argumentação e fundamentação da sentença judicial, elevando-se a possibilidade de decisões divergentes e frustrando ainda mais as expectativas daqueles que se socorrem ao Poder Judiciário.

Tendo em vista a insuficiência que cada vez mais se aprofunda na solução adjudicada dos conflitos, a propagação dos benefícios da mediação, que a ornamos como uma boa alternativa à jurisdição, tem atraído um expressivo movimento em sua direção e até mesmo grupos mais céticos que a olharam com certo desdém em algum momento, permitem-se considerá-la como um possível mecanismo para a solução de conflito de interesses.

O estudo sobre a mediação passou a fazer parte dos currículos das universidades de Direito e os advogados são instigados a orientar seus clientes quanto aos procedimentos que a prática envolve. Com vantagens, a bem dizer, que não se resumem a economia de custos pelas partes, mas especialmente porque substitui o risco e a incerteza por trás de uma decisão judicial proferida por um juiz escolhido aleatoriamente para resolver o conflito, por uma solução elaborada pelas próprias partes, com a ajuda de um mediador (e dependendo do contexto do conflito, além do mediador, é possível que uma comissão composta por várias pessoas com diferentes qualificações participe das sessões) escolhido por elas.

No entendimento de Pinho (2009), a solução mediada é ainda mais valiosa e significativa em disputas onde a relação entre as partes é de longa duração e permanente; abrangerá todo o litígio entre as partes e não apenas a estreita questão que se submete ao Judiciário; a confidencialidade é outro fator importante, principalmente quando está-se diante de questões mais sensíveis; e como não se busca com a mediação o fim da jurisdição, em último caso, falhando o processo de mediação, as partes não estariam impedidas de levar a um juiz o caso que ainda encontra-se em litígio para que seja julgado.

O questionamento “O que está por trás de um conflito?” é a questão que mais repercute hoje o ideário judiciário, assim como a ideia de que a avaliação superficial que normalmente o ato de julgar se propõe a fazer, não garante a sua resolução; tampouco a violência e em muitos casos, a própria lei consegue resolvê-los. Transpondo a trivialidade, neste século é importante ter em mente a preocupação com a melhora científica no tratamento dos conflitos e a mediação é um destes instrumentos. Os agentes que se dispõem a tratar o conflito devem estar preparados para acessar a complexidade que se mostra evidente na conflituosidade que desponta a cada dia e que, muitas vezes, não tem como ser simplesmente eliminada.

É preciso que o mediador tenha a capacidade ativa de percepção e competência para lidar com uma situação caótica e em desequilíbrio, assim como os protagonistas do conflito precisam se despir do medo e das incertezas que os levam à espera de alguém que lhes apresente uma solução.

A mediação é conhecida por contar com a interferência de um terceiro menos ativo do que na conciliação, facilitador das possibilidades de um acordo, voluntária e mutuamente aceita pelas partes em relação às questões em disputa, que desejaram substituir a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Caracteriza-se, segundo Moore (1998), por uma grande liberdade que, no entanto, não é total. Os programas de mediação partem de um protocolo, ou seja, um processo (aqui também há um ritual) onde o sucesso será alcançado se as partes desejarem participar da mediação, comprometendo-se a respeitar os procedimentos antes de se engajarem no diálogo. O trabalho começa normalmente a partir de um consentimento prévio entre os sujeitos envolvidos no litígio sobre a maneira pela qual o processo mediativo será conduzido. A partir daí, as partes poderão abordar todos os aspectos do conflito, inscrito muitas vezes num tecido social complexo, levando em conta as relações mantidas pelos interessados.

Novamente ressalta-se a importância do julgamento preliminar acerca da adequação dos métodos disponíveis para resolver cada conflito. A mediação é uma prática importante, mas que tem características específicas e a sua utilização inadequada acarretará danos ainda maiores aos envolvidos do que a existência do conflito já proporciona. Se os ruídos sociais remanescerem após uma abordagem com vistas à solução do conflito, indica a falha do mecanismo e que, conseqüentemente, precisa ser reavaliado.

Buscando-se identificar na jurisdição um rol de finalidades que a justifique, tornou-se trivial encontrar nos manuais que o propósito primeiro da jurisdição é o alcance da paz social, a convivência de todos em harmonia. Entretanto, a jurisdição não oferece uma representação da paz, não inspira a ideia de uma ordem harmoniosa, mas ao contrário, da disputa, da discórdia. A cena judiciária tem como particularidade celebrar não a harmonia, mas a divisão, o distanciamento. A jurisdição sequer julga em última instância, mesmo diante do instituto processual da coisa soberanamente julgada, pois o conflito pode se protrair no tempo, e o espetáculo do processo ter sido em vão (SANTOS; GALVÃO FILHO, 2014). Assim, as contribuições da mediação para a justiça são: a pacificação social; a restauração da harmonia pacificadora; e o aprimoramento do diálogo.

Existem vários princípios que normatizam a mediação. Dentre eles estão: autonomia da vontade das partes (voluntariedade), confidencialidade, isonomia entre as partes,

imparcialidade do mediador, princípio da concorrência e da responsabilidade e o princípio da força executória. Referente ao princípio da autonomia da vontade tem-se que as partes são livres para escolher sobre a utilização da mediação, decidem sobre o rumo do diálogo estabelecido numa sessão, bem como chegar a uma decisão sem ser coercitiva, tendo liberdade de tomar suas próprias decisões (TARTUCE, 2015). No que tange à boa-fé e a confidencialidade, a lealdade e a disponibilidade para a mediação são de extrema importância, pois a via consensual se desenvolve de maneira eficaz, bem como quando as partes estão dispostas a agir com boa-fé. Cooley (2001, p. 61) ensina há tempos que as “negociações de má-fé geralmente ocorrem quando as partes estão emocionalmente instáveis, quando a ira se transformou em ódio e quando uma das partes deseja punir a outra”.

Entretanto, o tempo pode modificar o pensamento e a postura das pessoas. Logo após uma demanda, normalmente se encontram situações de negação, desrespeito e ira. Após algum tempo, é possível novos olhares para o litígio em si, com a oitiva do outro e o restabelecimento da comunicação (TARTUCE, 2015). Nesse contexto, se torna imperioso que a confidencialidade seja amparada pela presença da boa-fé. Os mediandos devem se sentir protegidos em todas as suas falas, tendo a certeza de que tudo que foi conversado e dito por eles na mediação, serão guardadas em sigilo e não serão utilizadas contra eles em outras situações.

Outros princípios importantes referentes à mediação são os princípios da igualdade e da imparcialidade. Aplicando-se o princípio da igualdade numa perspectiva transformativa, o mediador não deve ser diretivo, deve estar objetivado a desempenhar sua função de maneira imparcial, visando atender aos propósitos da mediação de maneira igualitária entre ambas as partes. O atendimento aos princípios da mediação potencializa a chance de êxito da mesma de forma a auxiliar a obtenção do efetivo acesso à justiça. A imparcialidade é outro princípio de extrema importância na mediação de conflitos, pois o mediador deve exercer sua função de maneira imparcial, sem criar vínculo com uma das partes.

Tartuce (2015) ensina que o terceiro imparcial precisa ser estranho aos interesses do litígio, não tendo ligação com as partes. Afirmou também que qualquer vínculo que o mediador tenha com os envolvidos antes da audiência precisa ser revelado. A imparcialidade do mediador deve ocorrer durante todo o procedimento, prezando pela sua principal função que é estabelecer a comunicação entre as partes para que alcancem um resultado satisfatório e útil.

Referente ao princípio da independência, tem-se que a mediação se desenvolve com o diálogo entre as partes através da colaboração do terceiro, mediador. Acredita-se que é um

ponto positivo do direito português estabelecer que o mediador no seu trabalho deve agir independentemente dos seus interesses e valores pessoais ou influências externas. Essa ação também estabelece a responsabilidade por suas ações, além da ausência de subordinação técnica ou deontológica a qualquer outro órgão, exceto a situação em que a mediação foi pública, caso em que estaria sob a competência das entidades de gestão dos sistemas sob cujos auspícios mediação foi realizada.

O princípio da concorrência e o da responsabilidade se mostram também de grande relevância, na medida em que externam uma clara sensibilidade à necessidade de a pessoa que desempenha uma função da importância social da mediação estar suficientemente preparada para concretizá-lo.

Outros princípios implícitos que podem ser citados são: informalidade, comunicação, oralidade, busca do consenso e informação. Quanto ao princípio da informalidade, mesmo que o mediador seja preparado com suas técnicas para a implantação de um colóquio efetivo, não tem regras fixas, não existem maneiras determinadas para a gestão de uma sessão de mediação, afinal esta se institui como já ensinava um projeto de interação e de comunicação eficaz (MENDONÇA, 2004).

A informalidade na comunicação entre as partes pode auxiliar a construção de um ambiente mais equilibrado, harmônico e tranquilo. Assim, facilita o diálogo entre os envolvidos, favorecendo um acordo positivo aos litigantes (SALES, 2003).

A mediação está pautada na comunicação entre as partes para que se obtenha um resultado positivo e satisfatório. O mediador deve estabelecer critérios ínfimos para a comunicação entre os envolvidos. Assim, Peluso (2011) assegura que o princípio da oralidade é o responsável pela aproximação dos envolvidos na resolução de suas divergências. Esclarece, ainda, que não faria sentido caso não lhes fosse ofertada a oportunidade de construir sua própria decisão, compondo o conflito por si só.

Nesse panorama, a mediação desponta como um ambiente democrático, afinal o mediador não se posiciona em ponto mais elevado às partes, mas sim entre elas; contribuindo com um espaço interativo voltado para a edificação do bom senso, ou seja, ter o comprometimento de fomentar circunstâncias que propiciem momentos de colaboração durante sua atuação (MANDELBAUM, 2014).

Outro viés da mediação é a consensualidade, a cooperação. Os envolvidos devem cooperar para que o processo de mediação tenha resultados positivos com objetivos alcançados. É importante que o mediador proporcione condições de comunicação entre as partes envolvidas no conflito, elucidando pontos necessários para a construção de um diálogo,

independente da feitura de um acordo, conduzindo a sessão de maneira profícua (MANDELBAUM, 2014). Por esta razão, é necessário entender que o êxito na mediação não está relacionado diretamente à feitura de um acordo, mas sim no conjunto de todas as questões envolvidas, notadamente as circunstâncias éticas, bem como à satisfação das partes (AZEVEDO, 2016).

Azevedo (2016) assegura que a informação é uma importante moeda de troca na mediação e que, muitas vezes, o mediador somente consegue informações importantes das partes em razão a promessa da confidencialidade. Desta maneira, deixar de informar sobre o princípio da confidencialidade na sessão de mediação pode desestruturá-la, enfraquecendo a confiança depositada no mediador bem como em toda a sessão de mediação.

Por fim, o mediador deve informar no início a importância da sessão, como é o procedimento, princípios que norteiam a mediação, bem como explicitar todos os efeitos e implicações da feitura ou não de um acordo. Isto possibilita que as partes tenham as mesmas oportunidades durante a sessão de mediação, garantindo a aplicação do princípio da isonomia (TARTUCE, 2015).

Referidos princípios não são taxativos e se estendem ao âmbito de aplicabilidade do conflito. O instituto da Mediação tem como pedra angular o princípio da dignidade humana, sendo, também, um instrumento de aplicabilidade dos princípios e garantias constitucionais.

Assim, tem-se que, como bem expõe Bahamonde (2018) que a promoção da mediação passou por um substancial avanço em razão do esforço despendido pelo legislador com vistas a positivizar os princípios e regras básicas que imprimem as características desse tipo de procedimento, atribuindo a segurança jurídica almejada ao seu desenvolvimento. Porém, não se nega que a disseminação da mediação como um meio eficaz para solucionar disputas resulta principalmente de um grande esforço por parte do Estado, centros de mediação, universidades, advogados bem como outros agentes próximos ao público, com vistas a desmistificar tabus e colocar fim aos temores que ainda permeiam a mediação.

Pondera-se que são condições para o exercício da função da mediação extrajudicial apenas a confiança depositada pelas partes, a capacitação e imparcialidade. E é por essa razão que pode-se perceber a vocação dos delegatários para o exercício dessa atividade. A função de mediador de conflitos, de preventor de litígios, é inerente à atividade (EL DEBS; EL DEBS; SILVEIRA, 2020). Em outras palavras, pode-se afirmar com certeza que a mediação e a conciliação estão no gene, na identidade da atividade notarial e registral. Campilongo (2014, p. 135) acrescenta que “o notário é essencialmente um mediador”. Por derradeiro, cumpre

mencionar que a Lei 13.140/2015, em seu art. 42¹⁰, previu expressamente a possibilidade de os notários e registradores atuarem na mediação.

Entende-se que mediação deve ser considerada como uma forma alternativa de resolução de controvérsias no âmbito do RDC porque este processo extrapola a mera resolução do litígio; torna possível que os integrantes participem, de forma responsável, havendo o resgate de sua autonomia, sendo, desta forma, realizada a tomada de decisões de maneira independente pelos envolvidos, o que torna a sessão de mediação uma oportunidade para que a cidadania se concretize, possibilitando, ainda, a obtenção da tutela jurisdicional pleiteada.

De qualquer forma, para que a aplicação da mediação consiga obter os resultados que dela se esperam, é necessária desmistificação da cultura do litígio e que se priorize a comunicação e o diálogo na resolução de controvérsias, sendo indispensável a mudança de paradigma, tendo em vista que esta é uma exigência da modernidade.

A mediação é o mecanismo adequado para a resolução de conflitos de base continuada (EL DEBS; SARDINHA, 2019). No Brasil a mediação é difundida com maior destaque no âmbito das relações de família, mas em todo mundo, é realizada também no ambiente empresarial para resolver divergências trabalhistas, corporativas, na área da saúde, para resolver conflitos de vizinhança, enfim, para solucionar questões poli conflituosas.

Como defende Amaral,

[...] a mediação é um método não adversarial no qual o resultado do conflito é o “ganha-ganha” e não o “ganha-perde” do processo jurídico tradicional. Tal fato se deve à utilização de soluções criativas que integrem os interesses e necessidades de ambos os disputantes. Um exemplo comum nos livros de mediação é a questão da laranja. Conta-se que duas crianças estavam brigando por uma única laranja e a solução encontrada pela mãe foi parti-la ao meio. Contudo, a mãe descobriu posteriormente que uma das crianças queria a casca para fazer um doce, enquanto a outra desejava apenas comer a fruta. Embora seja um exemplo singelo, serve para ilustrar que existem inúmeras possibilidades de atender as partes em conflitos, pois os interesses e as necessidades muitas vezes são diversos (AMARAL, 2008, p. 86).

Essa passagem trazida pela autora acima evidencia quão imensas são as possibilidades de compreensão de um conflito a partir da sensibilidade oriunda da boa comunicação. É preciso perceber que necessidades e interesses estão sempre envolvidos e que

¹⁰ Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

tudo deve ser amplamente considerado ao se dirimir uma situação controversa seja ela qual for. Retomando os pressupostos de priorização dos métodos consensuais de resolução de conflitos pelo CNJ, o elemento central da mediação é buscar como dissemos anteriormente essa posição dialógica que alcançará a compreensão do que levará à solução pacífica do que se almeja, neste caso, no âmbito da AP, como está-se a tratar.

É fato incontestável que a litigiosidade e as numerosas demandas judiciais esgotam os tribunais pátrios, que já em exaurimento de seu aporte funcional não conseguem suprir as necessidades de acesso à justiça mais prementes da sociedade. A taxa de congestionamento prova cabalmente o abarrotamento que posterga de forma inevitável as soluções pretendidas, gerando por vezes, em vez de acesso, um caminho que deságua na injustiça, sobretudo porque esperar, neste caso, nem sempre é sinônimo de alcançar o resultado desejado ou sequer alcançar resultado (SCHWANKA, 2011).

Nesse viés é que vislumbra-se na democracia participativa e na AP democrática um novo paradigma para o enfrentamento desses entraves no Brasil. Necessária uma releitura da atividade estatal e administrativa no sentido de seguir com alternativas à atual conjuntura de supremacia e unilateralidade por parte da AP e de protagonismo absoluto dos tribunais. Repensar a participação da sociedade junto à AP é pensar também na concretização do Princípio da Eficiência em todo seu espectro.

Medauar posiciona-se muito convictamente a respeito da AP democrática quando diz que a participação administrativa refere-se:

(i) à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, (ii) ao decréscimo da discricionariedade, (iii) atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos e (iv) às práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses (MEDAUAR, 2003, p. 205).

O posicionamento da autora robustece o argumento de que os caminhos consensuais e participativos são muito promissores e conduzem ao atendimento das reais invocações da sociedade no que concerne à efetivação de seus direitos mais elementares como o acesso à justiça defendido.

Oliveira (2007) traz o entendimento de que na esfera administrativa, o consenso entre a AP, cidadãos e sociedade civil – ou ao menos as decisões administrativas previamente negociadas – resultam do exercício do direito de participação na AP. Mais do que uma tendência da AP contemporânea, a participação administrativa é uma realidade inafastável, e deve ser entronizada no corpo administrativo do Estado.

No campo da AP pautada na consensualidade é que muito bem observa Schwanka (2011) que essa hodierna perspectiva de relação entre Estado e sociedade requer a mudança paradigmática do direito público de maneira a possibilitar uma nova forma de gestão pública, propiciando uma gestão horizontalizada, flexibilizada e concertada, na qual as decisões são tomadas de acordo com o resultado das negociações entre Estado e sociedade civil. Trata-se de uma moderna tendência colocada ao exercício do poder estatal, qual seja, a atuação por cooperação, com grande ênfase à consensualidade, que se torna, sobretudo, legítima. Este posicionamento solidifica a ideia da concretização do processo administrativo como ponto de convergência de diversos princípios consagrados na CRFB/1988, sinalizando forte tendência para a adoção de medidas, pela AP, por acordo, consenso, negociação, reduzindo seu caráter imperial, em face do uso crescente de instrumentos contratuais na atividade administrativa que requerem abertura à relação dialógica.

Medauar (2003) observa que no tratamento dado ao efetivo atendimento do interesse público e ao reconhecimento dos métodos consensuais de solução de conflitos na AP, tanto em relação aos particulares, quanto aos seus agentes e entes entre si é que a autora destaca a importância do consensualismo no âmbito da administração contemporânea afirmando que a Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre diversas partes ou entre essas e a Administração, de tal forma a tornar possível uma nova maneira de agir, não mais centrada sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público. Nesse momento, passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Paroski (2008) posiciona-se no sentido que na mediação, o que se verifica é a valorização das partes, enquanto protagonistas e geradoras do conflito a ser solucionado, mantendo sempre o controle sobre ele, detectando as questões que estão envolvidas e encontrando o modo de resolvê-las. O acordo que pode ser fruto da mediação satisfaz verdadeiramente as pretensões e as necessidades das partes, pois, as demandas judiciais muitas vezes tiveram por nascedouro singelas – e legítimas – pretensões, derivadas do descumprimento do pactuado com a outra parte. A mediação propicia alternativas que muito dificilmente poderiam ser encontradas dentro de um processo jurisdicional ou arbitral, em face dos aspectos ora mencionados, além das limitações oferecidas pelo próprio Sistema legal de proteção de direitos.

Muito lúcida é a proposta trazida pela Lei 13.140/2015 que propõe justamente o caminho da consensualidade como meio de solução de controvérsias no âmbito da AP, fornecendo ferramentas para o trilhar de um caminho mais participativo de fato, em que a

cooperação seja a arma para o combate dos problemas no seio do Estado. A mediação vem com robustez mostrar que novos caminhos são sim possíveis para a construção de uma AP consensual, econômica, eficiente e verdadeiramente justa.

Dito isto tem-se que é preciso perceber que já não cabe mais uma visão hermética, unilateralizada e adornada pelos estigmas do poder e da supremacia dos tribunais e da AP. A adoção ampla da mediação no âmbito da AP no Brasil, assim como em outros países, mostra-se instrumento de transformação, estabelecendo uma relação Estado-sociedade muito mais salutar, dialógica, plural, participativa, democrática e justa, como de fato quer-se de um país cujo mais valioso patrimônio seja o de atender ao interesse do povo verdadeiramente.

3.5 Síntese do capítulo

Do exposto é possível observar que a Lei 13.140/2015 guarda relação direta com a AP quando contempla a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, assim posto em seu art. 32¹¹.

Afirmar que as pessoas jurídicas de direito público se encontram inseridas na Lei de Mediação é saber que elas são regidas pelo que propõe a lei no sentido de preconizar a autocomposição sempre que possível, dirimindo os conflitos entre órgãos e entidades da AP e resolvendo controvérsias entre particular e pessoa jurídica de direito público, denotando os novos caminhos para a AP brasileira em meio aos conflitos oriundos de suas demandas.

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

¹¹ 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.

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

A Administração Pública não poderia deixar de se inserir nos novos rumos que as demandas sociais têm tomado. Ela é tão protagonista quanto a sociedade no sentido de mergulhar nas transformações que tenham por objeto a consensualidade, a democracia, a cidadania e a justiça social. Esse caminho mais participativo e integrado faz com que inquestionavelmente tenhamos mudanças de posturas frente aos desafios que se delineiam. Assim, entende-se que é chegada a hora de um olhar mais simples, objetivo e socialmente definido para levar-se outra fonte de intervenção como a que propõe a Lei 13.140/2015 para as pautas envolvendo a AP, seus entes e agentes.

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

Esses exemplos na seara consumerista em países desenvolvidos têm se mostrado satisfatórias e comprovadamente resolutivas. São só alguns exemplos pontuais do que pode ser implantado em outras áreas, com muito mais amplitude e com tanto ou mais êxito também no Brasil. Muitas são as demandas envolvendo a AP e os particulares; algumas questões findam na própria esfera administrativa e outras tantas seguem às vias judiciais ainda

preconizadas no Brasil como o grande esteio. Justamente nesse cenário é que se encaixa a proposta da Lei 13.140/2015 quando inova a ideia de solução de conflitos, abrindo novos paradigmas para as demandas entre o particular e uma pessoa jurídica de direito público. É aqui que cabem as controvérsias envolvendo a AP e os usuários de serviços públicos, por exemplo, dando escopo, inclusive, para a mediação coletiva dos usuários dessas demandas prestacionais.

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

4 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO PARA GESTÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Esta seção tem como objetivo promover uma análise crítica do histórico das compras públicas no Brasil. Trata-se do resultado da pesquisa documental e jurídica, obtida pela análise crítica do direito. Ela irá promover um panorama histórico da legislação e a respectiva institucionalização da gestão de conflitos nos documentos normatizadores dos procedimentos licitatórios.

Inicialmente é efetivado uma breve discussão sobre as compras públicas na dinâmica e especificidade do direito administrativo. Sequencialmente, tem-se uma delimitação cronológica dos institutos reguladores da compra pública, com ênfase nos principais pontos de cada norma, em especial delimitações mantidas e rupturas observadas. Na sequência, observa-se a institucionalização histórica da gestão de conflitos em cada norma aprovada ao longo dos anos.

4.1 As compras públicas e as especificidades do direito público

Como indicado na seção anterior, o Estado Nacional passou por diversas mudanças e reformas enquanto se instituía, tal fato se observa também no movimento de regulação das compras e contratos administrativos, uma das atividades mais sensível das reformas observadas. Esta seção se propõe a analisar o movimento histórico de regulação das contratações públicas. A discussão apresentada parte da indicação e posicionamento das contratações no âmbito do direito e alcança as mudanças e marcos regulatório da contratação.

Sendo assim, assevera-se que o Direito é subdividido em dois grandes ramos, o Público e o Privado. O Direito Público se preocupa em disciplinar e instituir normas, que tem o Estado como principal objeto de interesse, ao passo que o Direito Privado se consubstancia em um conjunto de normas que normatizam os interesses de particulares. Dentro do Direito Público, encontra-se o Direito Administrativo, que é uma de suas subdivisões e tem, por objeto, a AP - Administração Pública (BARROS, 2009).

A AP pode ser compreendida como uma das manifestações do Estado, seja na gestão ou na execução de atos ou negócios de seu interesse, visando o atendimento ao interesse da coletividade (BARROS, 2009). Dito de outra forma é possível afirmar que a AP é tudo que se referir ao organismo estatal, ao governo e seus agentes, que são regulados por intermédio de normas jurídicas impositivas, cujo principal interesse é o interesse público.

Gasparini (2010) descreve uma orientação quanto à forma de se referir à AP, que a conceitua de forma a ajudar o leitor a compreendê-la. O autor descreve que a expressão grafada em letras minúsculas (administração pública), indicará atividade ou função administrativa; mas, se registrada em maiúsculas (Administração Pública), significará Estado. Nesse âmbito o autor propõe dois sentidos para explicar as expressões anteriormente apresentadas juntamente com o significado de “Órgãos Públicos”, o sentido subjetivo ou orgânico, e o sentido objetivo. No entanto, este debate será aprofundado em momento posterior.

Sob a ótica do procedimento licitatório no Brasil, Justen Filho ensina que:

[...] a expressão (Administração Pública) é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com “Poder Executivo”. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando essa contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo. Além da chamada “Administração Direta” (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a “Administração Indireta” (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações) (JUSTEN FILHO, 2019, p.147).

Um dos principais pontos levantados pelo trecho supracitado é a divisão entre AP Direta e Indireta no âmbito do Poder Público de forma generalizada. Para uma melhor compreensão acerca da AP – o que permitirá melhor entendimento acerca da licitação -, será apresentado a seguir a conceituação da AP e as particularidades acerca do uso da expressão.

Gasparini (2010) recomendou o uso da expressão “administração pública”, grafada em forma minúscula, quando se referir às funções administrativas do Estado e na forma maiúscula quando a referência for ao Estado em si. Cumpre destacar que a palavra “administração” significa que alguém tem a responsabilidade de cuidar e zelar por determinados bens ou serviços de sua competência. Em se tratando dos bens e serviços públicos, esta competência é da AP.

Complementarmente, para Meirelles:

Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração pública. Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo preceitos do Direito e da Moral, visando o bem comum (MEIRELLES, 2016, p.56).

Analisado o conceito da expressão “Administração Pública”, com enfoque ao que se dispõe ao Estado em si, se faz necessária a caracterização do conceito em aspecto subjetivo da

Administração Pública, pelos apontamentos feitos na doutrina. Conforme já explanado, é possível compreender a AP mediante dois sentidos: o sentido subjetivo e o objetivo. O sentido subjetivo, segundo Gasparini (2010) refere-se ao conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas (Administração Pública Direta e Indireta) que tenham o compromisso de executar as atividades administrativas.

Conforme Barros (2009) ensina, é possível afirmar que os agentes integram órgãos que compõem pessoas e que estas dão visibilidade às relações da AP com terceiros. Nesta mesma linha, o autor afirma que a AP se concretiza por intermédio de duas estruturas típicas: a Administração Pública Direta e Indireta.

A AP Direta é constituída por órgãos que estão ligados de forma direta ao chefe do Poder Executivo, desprovidos de personalidade jurídica. Ainda para Barros (2009, p. 14), “[...] a administração pública é o conjunto de órgãos integrados na estrutura da chefia do Executivo e na estrutura dos órgãos auxiliares daquela chefia”. Referente aos órgãos auxiliares referidos pelo autor, pode-se exemplificar como os ministérios de governo, suas secretarias, coordenadorias e departamentos.

Ainda referente à AP Direta, sabe-se que é permitido que o Estado desenvolva por si mesmo as atividades administrativas constitucionalmente previstas e que possui em seu encargo. Ademais pode efetuar a prestação por meio de outras entidades. Em se tratando desta segunda hipótese, ou o Estado transfere a particulares o exercício de determinadas atividades que lhe são próprias ou, para tanto, cria outras pessoas jurídicas, como entidades administrativas concebidas para o desempenho das atividades estatais. Ao criá-las, irá conferir a algumas delas personalidade de Direito Público e a outras, personalidade de Direito Privado. A essa ação denomina-se descentralização do Poder Público (BANDEIRA DE MELLO, 2019).

A AP Indireta é formada por entidades que por meio desta descentralização citada por Bandeira de Mello (2019), foram criadas para desempenharem seus papéis em diversos setores da sociedade além de prestar serviços de auxílio à população. Estas entidades possuem personalidade jurídica própria e, conforme o ensinamento de Barros (2009, p. 23), “[...] é composta pelas autarquias, fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas”.

Em síntese, caracterizou-se por sentido subjetivo da AP o conjunto de órgãos e agentes que integram a AP Direta e Indireta. O sentido objetivo seria a atividade concreta e imediata desenvolvida pelo Estado com vistas à consecução dos interesses da coletividade, porquanto, a função administrativa (MORAES, 2019).

Para Gasparini (2010, p. 107), “[...] a atividade ou função administrativa é a gestão, nos termos da lei e da moralidade administrativa, de bens, interesses e serviços públicos visando o bem comum”. Nesta mesma linha, o autor afirma que por atividade ou função administrativa, deve-se entender como toda a atividade realizada pelos órgãos administrativos.

O sentido objetivo da AP tem como função algumas atividades exercidas pela mesma, tendo como principais: o poder de polícia; o serviço público; a gestão dos bens públicos e a intervenção no domínio econômico e social. O poder de polícia, segundo Gasparini (2010, p. 179) caracteriza-se “[...] como a atribuição da AP em condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e restringir o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social”.

O serviço público pode ser compreendido como uma função, tarefa ou mesmo atividade da AP que se destina a satisfazer as demandas de interesse geral dos administrados, ou seja, da sociedade (GASPARINI, 2010). Já a gestão dos bens públicos se caracteriza, por meio dos ensinamentos de Mello (2019), como a identificação e gestão dos bens que serão qualificáveis como integrantes do domínio público, delimitando suas classificações, formas de aquisição e de utilização que deverão estar em consonância com o interesse social.

Por última atividade, cita-se a intervenção estatal no domínio econômico e social, que conforme Bandeira de Mello (2019) ensina, apesar de o segmento da atividade econômica ser de responsabilidade dos entes privados quando do exercício da livre iniciativa, o Poder Público parte de providências para fomentar ou garantir que a disciplina legal do setor seja obedecida. Complementarmente, o Estado interfere também na esfera social, seja com os serviços públicos sociais ou fomentando a atividade de particulares em tal setor.

4.2 Delimitação cronológica dos institutos reguladores da compra pública: bases de rupturas e pontos conservadores

A primeira norma brasileira sobre licitação foi em 1862, através do Decreto 2.926/1862, que regulamentou a arrematação dos serviços postos a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

O procedimento era simples e oral. Assim que o Governo resolvesse firmar contrato de fornecimento, construção ou conserto de obras realizadas pelo Ministério da Agricultura, o presidente da junta de compras publicava anúncios convidando interessados, fixando, segundo

critérios subjetivos da importância da arrematação, o prazo de quinze dias a seis meses para a apresentação das propostas (CARVALHO, 2019).

O Decreto exigia que amostras dos objetos pretendidos pelo Governo fossem postas à disposição dos interessados e, em tratando de construções ou concertos de obras, as plantas, perfis e detalhes seriam depositados no Arquivo Geral de Obras para exame dos interessados, onde também obtinham todas as informações necessárias a respeito das cláusulas gerais e condições especiais do futuro contrato (MELLO, 2019).

A participação na arrematação era condicionada a apresentação de fiador idôneo até oito dias antes do recebimento das propostas, que se responsabilizasse pelas eventuais multas aplicáveis pelo descumprimento das cláusulas contratuais.

O arrematante poderia, ao invés de apresentar fiador, optar por prestar caução em dinheiro ou em fundos públicos de companhias garantidas pelo Governo. No dia designado para a arrematação, os interessados eram inscritos em livro próprio e, após, se efetuava um sorteio para determinar a ordem de apresentação das propostas, com isso, aquele que teve a “sorte” de dizer sua proposta em primeiro lugar era convidado para, em viva voz, declamá-la de modo a ser ouvido por todos os presentes (CARVALHO, 2019).

A cada proposta o secretário da junta a consignava em ata, lendo-a posteriormente. Finda a apresentação, a junta promovia o exame das propostas e documentos dos concorrentes, a fim de dar parecer indicando a que julgar mais vantajosa, remetendo a ata e demais documentos ao Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas para decisão sobre a adjudicação.

Propostas lacradas somente eram praticadas quando se tratava de obras novas, concertos ou conservação das obras terminadas, desde que o Governo entendesse conveniente tal prática. A decisão sobre qual concorrente seria o encarregado do serviço posto em praça era divulgada, no prazo de oito dias, pelo Ministro. Não havendo decisão ao término do prazo, cessava a responsabilidade dos arrematantes e fiadores (MORAES, 2017).

Em 1922 houve uma nova regulamentação sobre o sistema de compras públicas, o que se deu através do Decreto 4.536 de 28 de janeiro. Tratava-se do Código de Contabilidade da União e previa a concorrência pública para o fornecimento de bens, mesmo que em parcelas, de valor superior a 5:000\$000 (cinco contos de réis) e para a execução de obras públicas de valor superior a 10:000\$000 (dez contos de réis) (MORAES, 2017).

A Administração publicava no Diário Oficial, ou jornais oficiais do Estado, as condições de participação, as autoridades encarregadas da adjudicação e o dia, hora e lugar da apresentação das propostas. Após aferição das condições de participação se lavrava lista de

idoneidade, impugnável pelos participantes. Finda a “habilitação” as propostas, entregues lacradas, eram abertas e lidas e, posteriormente, publicadas na íntegra antes da decisão (CARVALHO, 2019).

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

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

O Decreto-Lei 200, de 25.02.1967, praticamente introduziu o modelo atual de licitação. Foi através dele que surgiram as modalidades concorrência, tomada de preços e o convite, além das fases de habilitação e julgamento. O decreto exigia o procedimento para Administração Direta e autárquica (MELLO, 2019).

A norma tratava a licitação como um princípio a ser observado nas compras, obras e serviços, somente sendo dispensável o procedimento nas hipóteses taxativas descritas em seu texto, quais sejam: a) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública; b) quando sua realização comprometer a segurança nacional a juízo do Presidente da República; c) quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas neste caso, as condições preestabelecidas; d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização; e) na

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

A Administração deveria recorrer à concorrência para compras ou serviços de vulto – dez mil vezes o maior salário-mínimo mensal –, admitindo-se a participação de qualquer licitante visando maior amplitude. Nesta modalidade a licitação era dividida em duas fases: a primeira de habilitação preliminar destinada a comprovar a plena qualificação dos interessados para a realização do fornecimento ou execução da obra ou serviço programados; e a fase de julgamento das propostas (CARVALHO, 2019). Para as compras ou serviços de médio vulto – entre cem a dez mil vezes o maior salário-mínimo mensal –, poder-se-ia adotar a modalidade tomada de preços, cuja participação dependia de prévio registro quanto à habilitação. O convite era a modalidade aplicável para compras ou serviços de valor inferior a cem vezes o maior salário-mínimo mensal, dele podendo participar interessados no ramo pertinente ao objeto da licitação, em número mínimo de três, escolhidos pela unidade administrativa, registrados ou não e convocados por escrito com antecedência mínima de três dias úteis (MELLO, 2019).

Em se tratando de obras, a concorrência era obrigatória quando o valor fosse superior a quinze mil vezes o maior salário-mínimo mensal. Se inferior, porém superior a quinhentas vezes o valor do salário-mínimo mensal poderia ser utilizada a modalidade tomada de preços e, se inferior a quinhentas vezes o maior salário-mínimo mensal, a utilização do convite era obrigatória (MORAES, 2017).

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

municípios a 25% (vinte e cinco por cento) dos aplicáveis pela União; assim como os prazos poderiam ser reduzidos até a metade (MORAES, 2017).

O Dec.-Lei 2.300/1986 revogou as disposições sobre licitações previstas no Código da Contabilidade Pública da União, os artigos 125 a 144 do Dec.-Lei 200/1967 que estabeleciam as normas sobre licitações, a Lei 5.456/1968 e ainda as leis números 5.721/1971 e 6.946/1981, consolidando, em única norma, as disposições gerais sobre a matéria. Pode-se dizer que este Decreto-Lei foi a norma precursora da Lei 8.666/1993. Foi a primeira norma a estabelecer o procedimento de licitação para alienações de bens públicos, além, é claro, de exigir o procedimento para compras, obras e contratação de serviços (CARVALHO, 2019). Definiu o objetivo basilar da licitação como a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e fixou os princípios da igualdade, publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais correlatos.

O procedimento era aplicável no âmbito da administração federal e autárquica, e as normas gerais aplicáveis aos estados e municípios que, entretanto, em seu poder de legislar sobre a matéria, não podiam ampliar os casos de dispensa de licitação, tampouco os limites máximos e mínimos dos valores fixados para o convite, a tomada de preços e a concorrência, pois a Constituição Federal não admitia à União ingerir na Administração dos estados e municípios (CARVALHO, 2019).

Para as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações sob a supervisão ministerial e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, as normas do decreto-lei eram aplicáveis até que as entidades editassem regulamento próprio, com procedimentos simplificados a respeito de suas licitações (MELLO, 2019).

A norma trazia conceitos diversos, como, por exemplo, de obra, serviço, compra, alienação, projeto básico, execução direta e indireta, além de estabelecer as seguintes modalidades de contratação: empreitada por preço global, por preço unitário, administração contratada e por tarefa. As obras com o mesmo fim poderiam possuir projeto-padrão e as compras, sempre que possível, deveriam obedecer ao princípio da padronização e serem processadas pelo sistema de registro de preços.

As modalidades de licitação, à exceção do pregão, surgiram nesta norma que acrescentou às previstas no Dec.-Lei 200/1967 o concurso, como modalidade destinada a quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico ou artístico, mediante a instituição de prêmios aos vencedores, e o leilão, destinado para a venda de bens móveis e semoventes inservíveis para a Administração, ou de produtos legalmente apreendidos, devolvidos a quem de direito ou utilizados no serviço público (MORAES, 2017).

Assim como a norma anterior, as modalidades eram aplicadas de acordo com os limites fixados. As novidades, com relação à norma anterior, eram as seguintes: a) o convite não era obrigatório para contratações de pequeno vulto, poderia a Administração, se coubesse convite, realizar modalidade mais complexa; b) o Poder Executivo era autorizado a rever, periodicamente, os valores fixados como limites, regra abolida totalmente pela Lei 8.666/1993 (MELLO, 2019). As compras de gêneros alimentícios perecíveis poderiam ser realizadas pelo preço do dia, mediante nota fiscal, diretamente nos centros de abastecimento. Tratava-se de uma forma especial de contratação direta.

A respeito da contratação direta, esta norma foi a primeira a distinguir as espécies de dispensa e inexigibilidade de licitação, sendo que esta se dava por inviabilidade jurídica de competição e não fática como prevê a lei atual. Havia a hipótese de vedação de licitação, a juízo do Presidente da República, quando houvesse possibilidade de comprometimento da segurança nacional (CARVALHO, 2019). O procedimento era similar ao atual com as fases de habilitação e julgamento das propostas distintas, nesta ordem.

Para o julgamento das propostas eram adotados os seguintes tipos de licitação: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e por preço-base, pelo qual a Administração fixava um valor inicial e estabelecia, em função dele, limites mínimo e máximo de preços, especificados no ato convocatório. A norma não disciplinou os procedimentos para cada tipo de licitação, o que ficava a cargo da Comissão julgadora.

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

Está claro que a competência privativa da União se resume em editar “normas gerais”, ou seja, trata-se de competência concorrente entre a União e demais entes federados. A norma deveria estar inserida no corpo do art. 24 e não no 22 da Constituição, haja vista que a regra do art. 24 regula a forma da legislação concorrente nos §§ 1º ao 4º. O que importa para o estudo é que os estados, o Distrito Federal e os municípios (estes na forma residual) podem legislar supletivamente nessa matéria (MELLO, 2019).

A União exerceu sua competência ao editar a Lei 8.666/1993, que ditou as mencionadas “normas gerais” sobre licitação e contrato administrativo. A dificuldade é se extrair daquela lei quais são as normas gerais propriamente ditas e quais só se aplicam ao procedimento licitatório e à contratação realizada pela União. Até que ponto há liberdade aos

demais entes – estados, Distrito Federal e municípios – de especificarem seus procedimentos sem se afastar das normas gerais fixadas pela União. A tarefa é “garimpar” dentro da Lei 8.666/1993 aquilo que pode se ter como “normas especiais” ou particulares aplicáveis somente à União (CARVALHO, 2019).

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

A Medida Provisória 527/2011, convertida na Lei 12.462/2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, aplicáveis exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA/2013, Copa do Mundo FIFA/2014, obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes das Copa das Confederações e da Copa do Mundo FIFA, das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, e das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (CARVALHO, 2019).

O objetivo maior do RDC foi reduzir as formalidades e a burocracia, presentes na forma de seleção e contratação regidos pela Lei 8.666/1993, mas trouxe uma série de inovações, mesmo que pontuais, que permitem um avanço considerado no sistema de compras governamentais, nas áreas em que é aplicável (MORAES, 2017).

O procedimento é, de regra, obrigatório para as pessoas jurídicas integrantes da Administração direta e indireta, dos fundos especiais, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios (MORAES, 2017).

A contratação direta, sem o procedimento de licitação, só é admitida nas hipóteses estabelecidas na Lei 8.666/1993, a saber: a) quando não for possível realizar o certame por falta de competição – licitação inexigível (art. 25, LLC); b) quando a própria lei dispensa o procedimento – licitação dispensada (art. 17, II, LLC); c) quando a lei facultar ao

administrador a opção entre realizar ou não o procedimento – licitação dispensável (art. 24, LLC).

A Lei 8.666/1993 substituiu o Dec.-Lei 2.300/1983 e passou a estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Sofreu fortes alterações pelas Leis 8.883/1994, 9.648/1998 e 10.973/2004, mas é o principal diploma legal sobre a matéria.

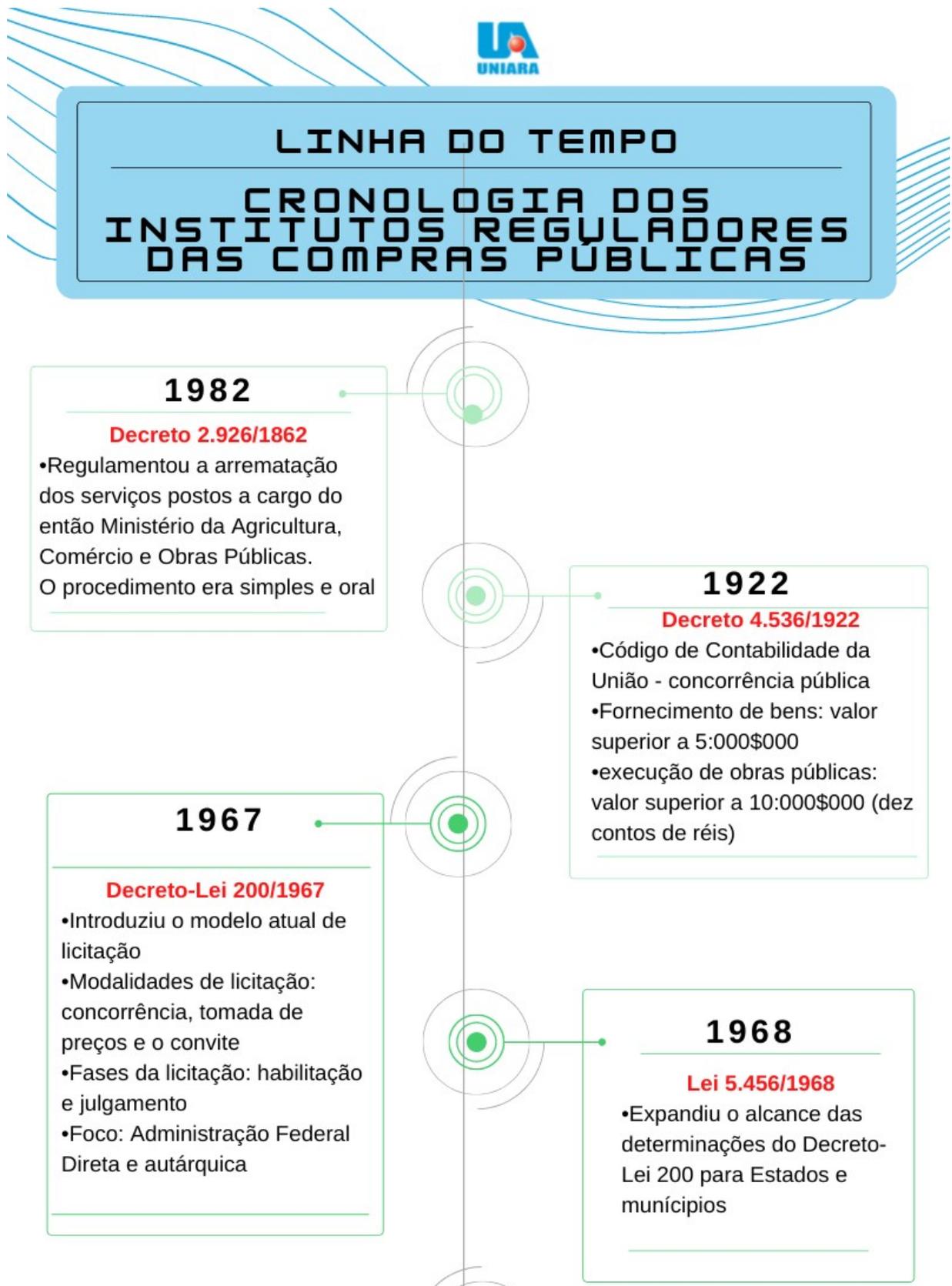
Além da Lei 8.666/1993 e suas alterações, outras leis têm sido editadas e o procedimento vem se aperfeiçoando paulatinamente. Como exemplo, a Lei Federal 10.520/2002, que instituiu a modalidade pregão no âmbito da Administração federal e admitiu sua adoção pelos demais entes federados. Nessa qualidade, a Lei 10.520/2000 deve ser estudada como norma geral e regulamentadora do mesmo dispositivo constitucional (CARVALHO, 2019).

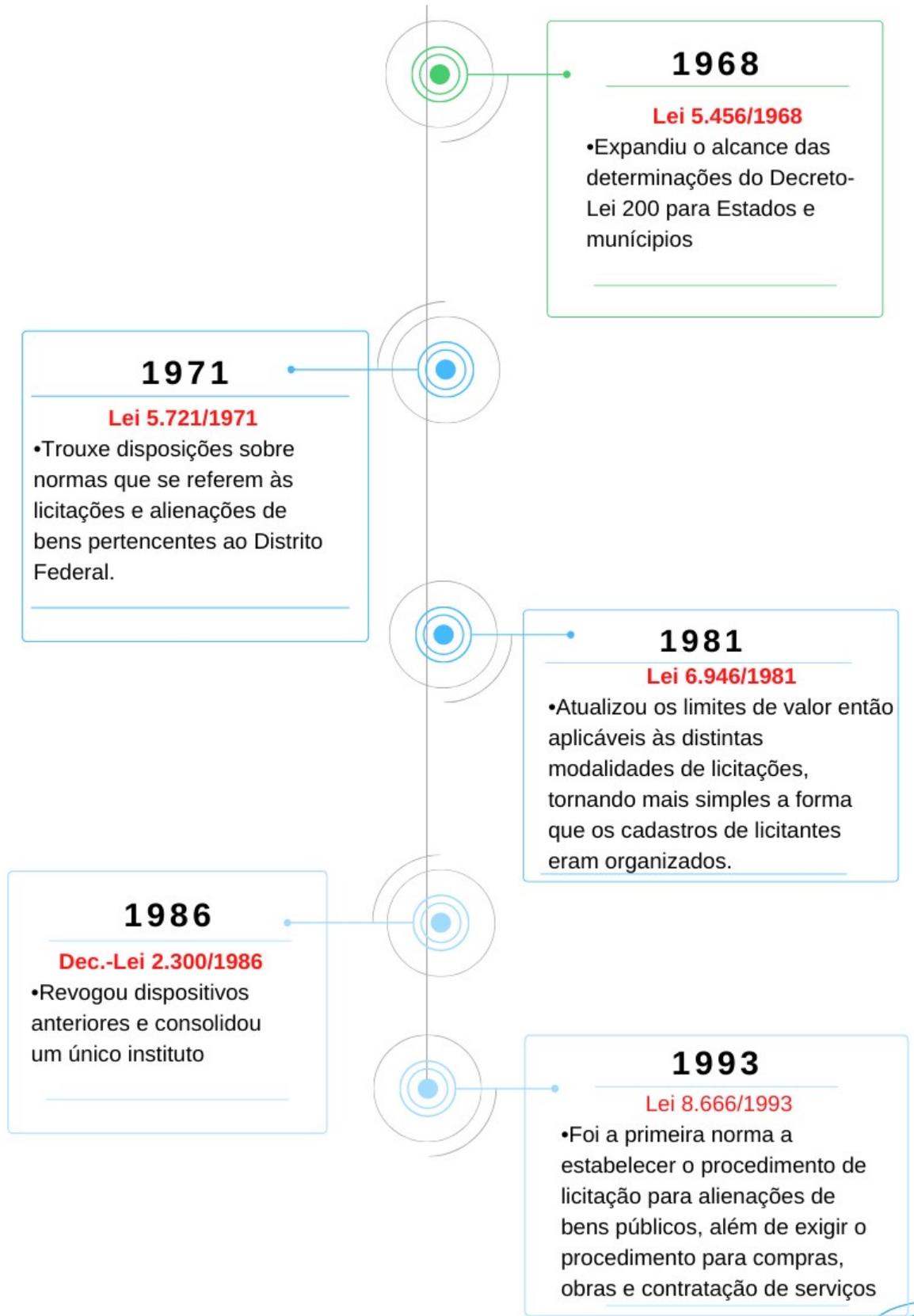
O direito é dinâmico e como tal, as leis evoluem e acompanham a sociedade e seus anseios. A Lei 10.520/2002 é um exemplo da evolução do direito. Duas contribuições fundamentais podem ser a ela atribuídas. A primeira foi a simples inversão das fases de habilitação e julgamento.

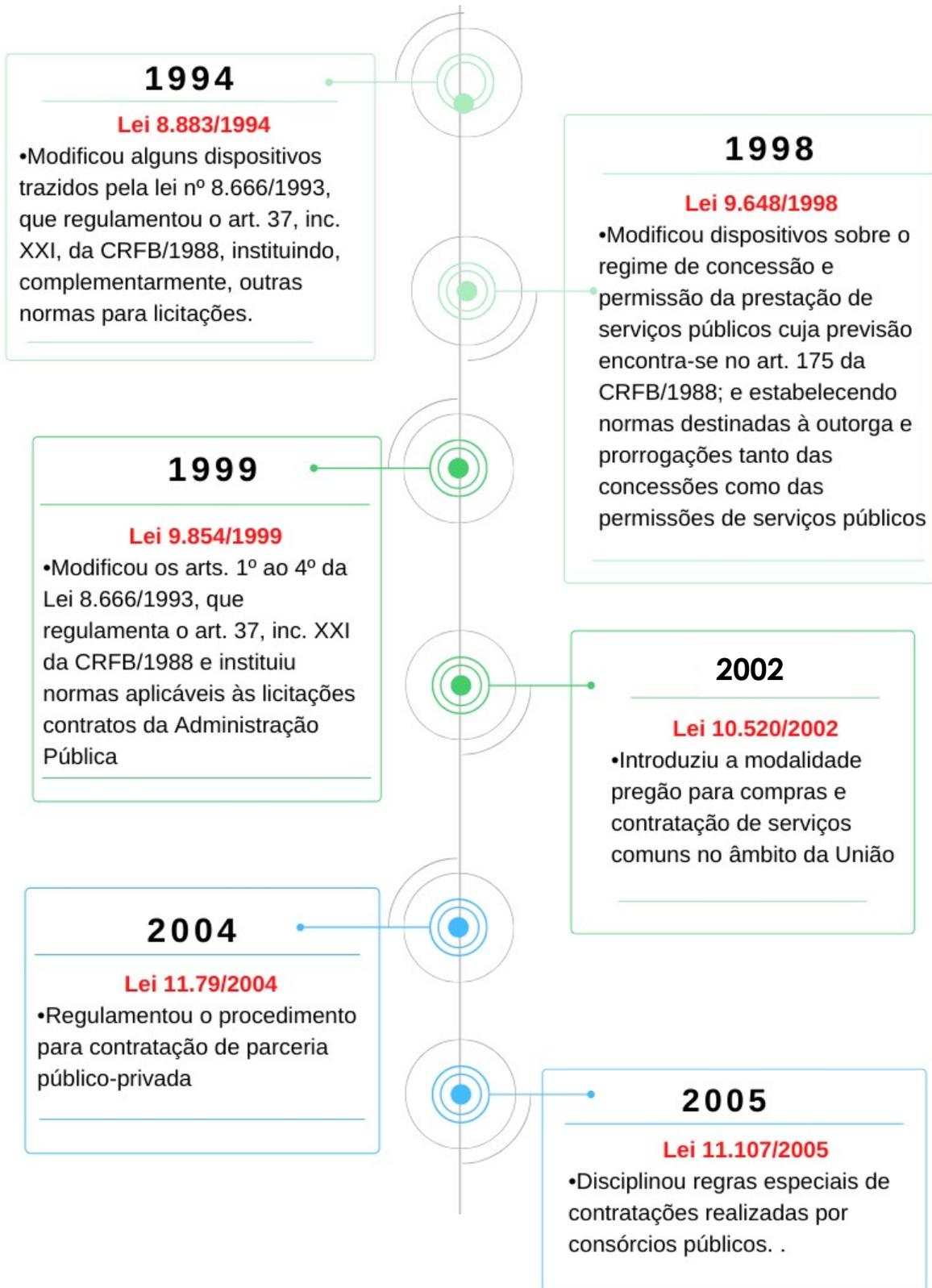
O formalismo imposto pela Lei 8.666/1993 exige que a fase de habilitação ocorra primeiro do que o julgamento das propostas, com isso, perde-se um tempo precioso e às vezes leva ao fracasso do certame, ao ter que verificar documentação de habilitação de todos quando, ao final, se contratará somente com o vencedor. No pregão, o licitante particular assume a responsabilidade de estar em condições da habilitação e, após julgar as propostas, somente o autor da melhor classificada deve estar apto a firmar o contrato ou fornecer o bem. A outra contribuição significativa foi a possibilidade do uso da tecnologia de informática com a introdução do pregão eletrônico (MORAES, 2017).

Como observado ao longo dos anos o instituto da licitação foi alterado e novas configurações foram implementadas. A seguir, evidencia-se sinteticamente, mudanças e institutos normatizadores da licitação.

Figura 1 – Cronologia dos Institutos de regulação das compras pública









Fonte: Resultados da pesquisa (2022)

Como pode ser observado na figura acima, as últimas inovações de 2021, alteraram drasticamente os ritos processuais da licitação. Para discutir em profundidade tais mudanças, tem-se, na seção seguinte, uma síntese analítica da nova legislação, o contraponto e as rupturas promovidas pela mesma em relação aos antigos institutos.

4.2.1 A Lei 14.133/2021 em evidência: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Com o propósito de adentrar nos meandros da Lei 14.133/2021, é mister compreender o início de sua vigência, abrangência e aplicação, a fim de se inferir as reais intenções do legislador em se criar uma lei moderna, que acompanhasse a evolução das relações estatais. Convém salientar que a Lei 14.133/2021 será obrigatória às contratações que envolvam a Administração Pública direta, autarquias e fundações da União, Estados, Distrito Federal e

Municípios. Por outro lado, as Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Sociedades Estaduais seguem regidas pela Lei 13.303/2016, denominada “Lei das Estatais”.

Quanto a sua vigência, o art. 193 da Lei 14.133/2021 previu que a nova lei deveria entrar em vigor na data de sua publicação, revogando de forma expressa os artigos 89 a 108 da Lei 8.666/1993, sua predecessora no que pertine às regras aplicáveis às licitações e contratos administrativos. No entanto, disporá de um período de transição de 2 (dois) anos para os demais artigos da Lei 8.666/1993; para a Lei 10.520/2002, denominada “Lei do Pregão”; e para os artigos 1º a 47-A da Lei 12.462/2011 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

Neste ínterim, a Administração Pública poderá optar em licitar com as disposições da nova Lei ou por sua predecessora, devendo indicar sua opção expressamente no edital de licitação ou nos documentos do procedimento licitatório, no caso de contratação direta, vedada a aplicação de ambas as leis combinadas.

Inobstante a complexidade das questões enfrentadas pelos operadores da Lei 8.666/1993, a concepção de uma nova lei de licitações e contratos administrativos busca mitigar a ausência de planejamento nas contratações públicas, bem como acompanhar a evolução dos padrões das relações comerciais e contratuais entre Estado, a iniciativa privada e a própria sociedade.

Nesta perspectiva, não é raro se encontrar servidores que enfrentam, na prática, as muitas adversidades da falta de planejamento, como gestores que solicitam a contratação de bens ou serviços em prazos irrisórios.

Acrescente-se ainda, o fato de que alguns servidores, que compõem as comissões de licitação, ou mesmo que atuam nos setores solicitantes e elaboram os Termos de Referência ou Projeto Básico, desconhecem completamente o processo burocrático da lei, seja por ausência de capacidade técnica, seja pelo excesso e acúmulo de funções, comprometendo a qualidade dos documentos elaborados e conseqüentemente do certame.

Portanto, um dos maiores desafios da Lei 14.133/2021 é mitigar os efeitos decorrentes da ausência de planejamento dos órgãos públicos na contratação de serviços e materiais, a fim de atender às reais necessidades da Administração Pública e dos interessados em se contratar com ela.

Os princípios possuem um grau elevado de importância de maneira geral e no Direito Administrativo não seria diferente. Eles devem ser obrigatoriamente observados na fase legislativa e também na aplicação das normas jurídicas por parte da Administração Pública e também pelos indivíduos. A Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) não poderia ir em

rumo diferente e por isso também trouxe um rol de princípios que devem ser, em conjunto com os princípios básicos do direito administrativo, serem observados.

Mello (2019, p. 747) define como um “mandamento nuclear de um sistema”, um alicerce para todo o ordenamento e que irradia efeitos sobre toda a norma, “compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Dessa forma, como bem lembra o jurista, violar um princípio possui uma gravidade maior do que a transgressão de uma norma, uma vez que não reflete apenas a um desrespeito a um comando específico, mesmo que possua força cogente, violar um princípio é ferir um sistema inteiro.

Barroso (1999, p. 147) entende que são “normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins [...] os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui”.

Quando se compara as versões da lei em comento que foram apresentadas anteriormente, verifica-se algumas alterações no decorrer das discussões, o que demonstra que falar em princípios não é algo fácil e sem grandes debates. Na verdade, pode-se dizer que pelo contrário, há que se ter muito cuidado quando se fala e se legisla sobre princípios, especialmente pelo de sua essencialidade para a ordem jurídica, como estatuiu Barroso e pelo fato de que eles guiam também os intérpretes da legislação.

Quadro 1 – Quadro comparativa das previsões sobre princípios na legislação

Lei 8.666/1993	Lei 4.253/2020	Lei 14.133/2021
Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.	Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto- Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).	Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Fonte: Elaborada pelo autor (2021)

Com relação à Lei nº 12.462/2011, esta foi revogada pela Nova Lei de Licitações e as mudanças operadas estão descritas no manual apresentado no último capítulo. A Lei 14.133/2021 manteve os princípios de maneira semelhante com a redação. Outra questão interessante foi inserção da necessidade de se observar as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especialmente em virtude do fato de que a modificação ocorrida nesta legislação tratou de dispositivos que tocam diretamente o Direito Administrativo e sua aplicação pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário e demais órgãos de controle.

Além dos princípios mais tradicionais do Direito Administrativo, destaca-se na Lei 8.666/1993 dois princípios: a isonomia e o desenvolvimento nacional sustentável. O primeiro permite que “vantagens” sejam concedidas a determinadas pessoas com o intuito de se buscar a igualdade material e possibilitar que ocorra o desenvolvimento de empresas menores.

Segundo Carvalho (2019, p. 47), “A isonomia, analisada formalmente, veda tratamento diferenciado às pessoas [...]. Por seu turno, em seu aspecto material, a isonomia justifica tratamento diferenciado como forma de igualar juridicamente aqueles que são desiguais faticamente”. Já o segundo princípio possui uma ligação com o primeiro, estando conectado com a possibilidade da utilização do procedimento da licitação para incentivos na área respectiva e para que o desenvolvimento ocorra com respeito ao meio ambiente.

Verifica-se através de leitura da nova Legislação que o desenvolvimento nacional sustentável foi mantido, mas a isonomia não veio expressamente, mas verifica-se a previsão do princípio da igualdade. Dessa forma, acredita-se que a igualdade é a material e não somente a formal, assim, apesar de constar nomenclatura diferente, o intuito segue o mesmo, inclusive com as previsões acerca de vantagens para microempresas e empresas de pequeno porte.

Quanto à extensão do rol de princípios, a Lei 14.133/2021 foi bem generosa, constando uma considerável expansão do rol de princípios. Tal amplitude, ao nosso sentir, não é positiva, uma vez que tira o foco sobre questões mais importante, dissolvendo em tantas previsões que podem ocasionar uma construção de uma grande colcha de retalhos principiológica (CARVALHO, 2019).

A Lei manteve os princípios básicos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e salientamos a sua importância em um procedimento licitatório. A publicidade, por exemplo, é uma das maneiras de se garantir igualdade de oportunidades para se acessar uma contratação pública e fornecer bens, serviços ou uma obra ao Estado. Por sua vez, a eficiência possui ligação com a celeridade e economicidade, estando todos estes interligados, desaguando na vantagem da contratação. Percebam que a uma licitação que demora demasiadamente, com procedimentos e exigências desnecessárias não coaduna com a eficiência necessária.

A moralidade administrativa, a probidade e transparência funcionam para garantir a lisura do procedimento licitatório e, apesar de serem em tese subtendidos, sua expressa previsão possuem uma finalidade educativa e mostra o intuito do legislador e anseio da comunidade acadêmica e do povo, em ver a coisa pública ser tratada com muito cuidado e atenção, especialmente em um momento em que o Brasil passa por mais uma crise financeira em meio de uma pandemia global. Ademais, o orçamento público cada dia mais parece estar comprometido com despesas como pagamento de juros com pessoal e custeio, sendo assim, é necessário muito cuidado nas escolhas e na aplicação das verbas disponíveis.

Por sua vez, o princípio da supremacia do interesse público, também não é específico da licitação, deve ser observado em todas as searas da atuação da Administração Pública. No que concerne ao seu uso na licitação, ele está associado diretamente com as cláusulas exorbitantes, estas que permitem ao Estado a utilização de certas “vantagens” que possivelmente seriam questionadas em um contrato pactuado entre particulares.

Um princípio menos popular que os já citados é o da “segregação das funções”, que “consiste na separação das funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização” (VIANA, 2020, s.p.). Tal separação é importante para se evitar conflitos de interesses que possam existir quando há a concentração das atividades, como por exemplo, executar e fiscalizar a atividade. Ademais, ao nosso sentir, tal princípio permite que o controle interno e o externo sejam exercidos com maior precisão e efetividade, uma vez que consegue, ao repartir e isolar as funções, identificar possíveis erros e distorções na realização do procedimento licitatório.

Os objetivos da Lei de Licitação constavam como “finalidades” na Lei 8.666/1993. Ocorreu uma ampliação do rol. Dessa forma, na Lei 14.133/2021, como objetivos constam no art. 11, “I – assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”. Sabe-se que o procedimento de licitação visa a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e isso dialoga com a competitividade que envolve o certame. Proposta mais vantajosa é aquela que está em consonância com o custo-benefício da contratação, ou seja, aquela que equilibra os recursos utilizados com o proveito obtido. Nesse sentido, dissertou Justem Filho:

A vantagem caracteriza-se como a adequação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro se vincula à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação de custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração (JUSTEN FILHO, 2019, p. 63).

Dessa forma, proposta mais vantajosa não deve ser analisada somente pelo prisma econômico, mas também em relação à qualidade envolvida. Por sua vez, estabelece o inciso II – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; dialogando com o princípio da igualdade já mencionado anteriormente neste trabalho,

devendo a Administração Pública seguir em consonância com as previsões legislativas que envolvem o tema.

Já o inciso III estabelece como objetivo evitar contratações com preços muito elevados ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos. Neste aspecto é de suma importância que os órgãos de controle interno e externo sejam atuantes e que haja transparência no procedimento licitatório. As contratações com preços acima dos praticados no mercado são rotineiramente anunciadas pela mídia nacional, bastando uma simples pesquisa em sistemas de busca para se verificar tal fato. Tal questão, além de trazer graves danos aos cofres públicos, prejudicando o orçamento como um todo, mancha a imagem da Administração Pública, provocando desconfiança e ausência de fé em boas práticas administrativas perante os indivíduos da sociedade.

Por fim, estabeleceu o inc. IV o objetivo de incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. O Brasil é um país de *commodities*, sendo dependente da importação em diversas áreas. Porém, em razão da pandemia causada pela COVID-19, tal dependência foi sentida em elevado grau – respiradores, equipamentos de proteção individual, insumos para a produção de vacinas etc.

Tal previsão não é novidade, a Lei 8.666/1993 também já continha tal previsão, tendo sido regulamentada por meio do Decreto 7.746/2012, com redação alterada pelo Decreto 9.178/2017¹². Tais previsões são bem interessantes e abriria a possibilidade para se estabelecer requisitos que coadunasse com tais diretrizes, como a licitação verde e uso de práticas que reduzam a utilização de recursos naturais. Todavia, entende-se que, em razão do atual momento, fosse estudado e implementado formas concretas para também favorecer a pesquisa e a melhora da infraestrutura e da cadeia de produção de produtos industriais estratégicos e tecnológicos, diminuindo nossa dependência de outros países. A pandemia mostrou que, apesar de ser importante a troca global e as boas relações com outros países, cada vez mais é necessário o desenvolvimento estratégico que permita que o país consiga caminhar por “pernas próprias” em momentos como este.

A análise jurídica das mudanças legislativas propiciou a elaboração de um guia rápido contextualizador das mudanças, tal qual apresentado sequencialmente. Este guia foi

¹² O art. 4º constou que são considerados critérios e práticas sustentáveis: I – baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; VII – origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; e VIII – utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

precisamente elaborado para os servidores públicos e busca sintetizar as principais mudanças e pontos críticos da nova legislação.

Como o objeto de investigação desta dissertação seria aplicação da mediação para a resolução de conflitos inerentes à modalidade RDC, na próxima seção serão discutidas as particularidades desta modalidade licitatória e a viabilidade da mediação em sua rotina operacional.

5 A CONTRATUALIZAÇÃO VIA RDC: EFICIÊNCIA CONTRATUAL, CONFLITOS E A GESTÃO DOS PROCESSOS

Um dos objetivos desta dissertação foi analisar o direcionamento da Lei 12.462/2011 para a gestão de conflitos na contratualização do setor público. Além disso, observou-se interferências da Lei nº 8.666/1993 e da Lei 14.133/2021 na dinâmica da gestão de conflitos nas contratações via RDC. E é exatamente este o resultado apresentado nesta seção. Além do mais, a nova legislação já normatiza e institucionaliza a forma de gestão de conflitos. Lacuna resta para operadores das compras públicas que farão utilização do antigo regramento, sendo esta uma contribuição da presente dissertação.

O advento do Regime Diferenciado de Contratação - RDC é fruto da necessidade de mudanças do procedimento licitatório introduzido pela Lei nº 8.666/1993 e das tentativas frustradas de alterar seu texto. A Lei 14.133/2021 nada dispôs sobre o RDC permanecendo o Regime vinculado à norma da Lei nº 8.666/1993. Referido instrumento normativo [LGL], em substituição ao Decreto-lei nº 2.300/1986, foi elaborado num contexto histórico de mudança de paradigma social e político, no qual se buscava suplantiar patrimonialismo, e todos os vícios dele decorrente, em especial, a corrupção e o favoritismo no bojo das licitações públicas.

Entretanto, na atualidade, a Lei Geral de Licitações e Contratos, para algumas situações está se mostrando anacrônica e inadequada. Padrões antigos que vinham sendo replicados já não atendem às exigências de uma Administração Pública que deve se mostrar mais célere e efetiva no atendimento das demandas sociais, políticas e econômicas. Razões de interesse público, já não é argumento suficiente para sustentar as decisões gerenciais no âmbito governamental (ZOCKUN, 2011).

A primeira vista pode se revelar redundante afirmar que o novo regime é diferenciado, comparativamente em relação aos já existentes. É dizer mais do mesmo. Entretanto, não é bem assim. Ao analisar o RDC de forma sistematizada percebe que, mais que um modelo de procedimento licitatório, trata-se de uma nova engenharia contratual, uma moldura onde cada situação deverá ser planejada e ter o seu devido tratamento. Não se está diante de um padrão estandardizado, mas analogicamente, de um modelo de alfaiataria, onde cada contrato terá a sua própria feição (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012).

Por ocasião da feitura da LGL, necessário se fazia premente reduzir ao máximo, a discricionariedade do Poder Público no procedimento licitatório, mediante excessivo formalismo. Entretanto, nem o rigoroso procedimentalismo nem a ampliação dos mecanismos

de controle presentes na Lei foram suficientes para estancar os desvios e os casos de corrupção. Ao reverso, além de não os reduzir, a complexidade das regras e as muitas exigências tornaram o procedimento moroso e economicamente oneroso para o Poder Público e para a sociedade que paga seus tributos (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012).

Impõe observar que, ao se discorrer sobre RDC, cai-se na tentação de relacioná-lo a licitação, e nesta investigação não será diferente. Entretanto, não se pode negar que o RDC, também foi destinado à contratação, isto é, tem por escopo a eficiência no processo de contratação, e assim obter sucesso naquilo que foi planejado, ou pelo menos no que foi idealizado (REISDORFER, 2012).

O RDC insere-se no cenário legislativo, portanto, como mais uma tentativa de aprimorar a contratação, tornando-a mais flexível e competitiva, ao mesmo tempo em que amplia o número de ferramentas da Administração Pública para firmar avenças com eventuais fornecedores de obras e serviços de engenharia circunscritos, exclusivamente, a realização dos eventos e às hipóteses descritas no art.1º da Lei nº 12.462 de 2011, instituidora do RDC, dentre os quais se destaca: Jogos Olímpicos Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo Fifa 2014; obras de infraestrutura e de contratação de serviço para aeroportos das capitais dos Estados da Federação até 350 km das cidades sedes mundiais.

Entretanto, em bem pouco tempo, o que era transitório e excepcional, tornou-se comum e permanente, com a incidência da aplicação das regras do RDC para as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento¹³ [PAC]; das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS e, dos sistemas públicos de ensino. Tudo leva a crer que as hipóteses de incidência permanecerão em contínua expansão, até que se refunde uma nova modelagem de licitação e contrato no País, tornando a regra para determinado segmento de ações da Administração Pública (REISDORFER, 2012).

Ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação tecnológica, irrigando a Administração Pública com novas experiências; assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa, que não se traduza exclusivamente no preço. Os objetivos do RDC encontram-se textualmente elencados no art. 1º da Lei nº 12.462/2011, que podem

¹³ A indicação das obras integrantes do PAC entre as hipóteses de aplicação do RDC, justifica-se em razão do Programa está intimamente associado a obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética do País, que em certa medida requer tratamento diferenciado. Ademais, trata-se de programa de governo e não de Estado, logo, de caráter temporário. Por outro lado, deve-se ter o cuidado de não enquadrar toda e qualquer ação como se do programa fosse distorcendo a intenção do legislador.

ser resumido em: aprimorar ou melhorar o processo licitatório no Brasil (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012).

Por ser uma ferramenta especialíssima, apesar de opcional, o RDC, não só inova o procedimento licitatório, como textualmente afasta a aplicação do LGL, salvo nas hipóteses que em a própria lei que o instituiu prevê. Não há indicação de modalidades de licitação no RDC, e nas linhas diretivas do novo regime se infere sua proximidade com os contratos civis ao incorporar as iniciativas e práticas do setor privado. Tais circunstâncias demonstram que a vetusta dicotomia: público x privado, em matéria de contratação administrativa está ruindo aos poucos, ante a proximidade e fusão de seus institutos. A ideia subjacente é: se essas práticas e iniciativas trazem benefícios, devem ser replicadas no setor público, retirando o máximo proveito do contrato, desde sua ideação até sua execução final (ZOCKUN, 2011).

Entre as novidades do RDC já sedimentadas no setor privado, podem ser citadas as técnicas de gestão; a quebra do enrijecimento da forma de pagamento dos fornecedores mediante remuneração variável; o contrato de eficiência [pagamento por desempenho]; dinamicidade do procedimento mediante inversão de fases e unicidade recursal; gestão do planejamento de risco, transferido para o contratado mediante contratação integrada; e assimetria de informação, ou seja, indisponibilidade ou mesmo ausência de parâmetro do preço alcançado por meio do sigilo do orçamento.

Além dessas, com o objetivo de proporcionar economia de gastos e garantir a agilidade nas contratações, o RDC permite a adoção de minutas de editais e de termos de contrato padronizadas; criação de licitação do tipo maior desconto; e a adoção do catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consistente em sistema informatizado de gerenciamento centralizado, para permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela Administração Pública. O RDC pode ser realizado tanto com o uso de recursos tecnológicos da informação, denominado RDC eletrônico, como na forma RDC presencial, ambos regulamentados, no âmbito da União, pelo Decreto nº 7.581/2011 (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012).

A metodologia utilizada no RDC diverge da LGL, sobretudo, na contratação integrada, por mudar a finalidade da aquisição do serviço de engenharia ou obra. A Administração Pública ao licitar uma obra de construção civil, o que almeja não é apenas a entrega do edifício de alvenaria em si, mas a sua utilidade. Isso pode ser perfeitamente constatado com a construção de um hospital, de uma arena esportiva ou de uma escola, onde grande parte dos vícios de planejamento, nos clássicos modelos de contratação pública é da própria

Administração. Nos exemplos citados, o que o Poder Público pretende é a prestação do serviço à coletividade, seja a promoção de saúde, de lazer ou educação.

Distintamente do que também faz crer, o RDC também não é uma panaceia, reitera-se que não se trata de um modelo universal, porquanto possibilita a adoção de soluções customizadas de modo que, a cada decisão tomada, a cada opção, a norma de regência exige razoabilidade e principalmente motivação formalizada, conforme se verifica em várias passagens da Lei nº 12.462/2011 (REISDORFER, 2012).

Para a aplicação do novo regime requer, ainda, estudos de viabilidade e planejamento na fase interna da licitação, o que se constitui verdadeiro exercício de inteligência para o gestor público. Não se trata, portanto, de “transferir a batata quente”, que no modelo clássico seria do Poder Público, para as mãos do particular contratado.

Pondera-se que a Lei nº 12.462 de 2011, conforme dito em notas introdutórias instituiu o Regime Diferenciado de Contratações [RDC], que se constituía na sua origem em disciplina de caráter transitório e autônomo aplicável, exclusivamente, às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados e Municípios, necessários a realização dos seguintes eventos: Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação FIFA – 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, e às obras de infraestrutura e contratação de serviços para aeroportos distantes até 350 km das cidades sedes.

O fundamento para criação de um modelo licitatório e contratual de exceção e de caráter temporário residia no cumprimento rigoroso de padrões de qualidade impostos pela FIFA, que não se resumiam à construção de arenas de futebol. Destarte, para além dos estádios foi exigido que as cidades sedes dos jogos atendessem às necessidades de mobilidade urbana, hospedagem, segurança, conforto dos torcedores e demais itens para o sucesso do evento.

Ante os compromissos assumidos pelo Governo Federal perante a FIFA, emergiu a necessidade de se reduzir com rapidez e eficiência o *déficit* de infraestrutura existente nas cidades escolhidas, inclusive, para tornar os estádios de futebol no Brasil, compatíveis com as recomendações técnicas constante do *Football stadiums technical recommendations and requirements*, concedeu-se diversos incentivos fiscais, via desoneração tributária, e, em seguida, criou-se uma disciplina licitatória especial, mediante edição de lei (ZOCKUN, 2011).

Ocorre que, por iniciativa do Poder Executivo, o objeto de aplicação do RDC vem se ampliando, paulatinamente, sem qualquer preocupação quanto aos efeitos de seus comandos

normativos, ou, quanto aos resultados práticos esperados do RDC, aqui entendido, na sua dimensão jurídica, política, social, econômica e agora ambiental.

Atente-se que a Lei nº 12.688, de 2012, sancionada pela Presidente da República Dilma Rousseff, introduziu o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 12.462/2011, criando mais uma hipótese para o RDC: à realização das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

No entanto, o marco temporal do estatuto do RDC que deveria findar, primeiramente, com as Olimpíadas de 2016, e, em seguida, com a efetivação das ações integrantes do PAC, deixa de existir, em face da edição das Leis nº 12.745, e 12.722, ambas de 2012. A primeira torna o RDC aplicável às licitações e contratações de obras e serviços de engenharia no âmbito de Sistema de Saúde – SUS [de assento constitucional] e, a segunda, às dos sistemas públicos de ensino. Por via de consequência, igualmente desaparece a limitação legal geográfica anteriormente imposta, exclusivamente, em razão dos eventos esportivos serem circunscritos às cidades sedes dos mundiais esportivos e às capitais que distassem destas até 350 km (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012).

O microsistema instituído pela RDC distingue-se da Lei Geral de Licitação (LGL) por não criar categorias licitatórias, isto é, modalidades definidas de acordo com a amplitude (valor) ou objeto a ser licitado, a exemplo da concessão, tomada de preços, convite, dentre outras previstas na Lei nº 8.666/1993. Esta característica não deixa de ser benéfica, no sentido de eliminar as controvérsias quanto à modalidade a ser escolhida para aquisição de determinado bem ou serviço. A fora a vantagem apontada, permite uma maior assimilação das regras licitatórias e contratuais pela sociedade, facilitando o controle social. Por último, reduz os erros praticados pelos servidores públicos na fase interna da licitação decorrentes da escolha da modalidade inapropriada para realizar o procedimento (ZYMLER, 2012, p. 292). Tais vantagens têm o condão de tornar mais célere e seguro o processo contratual.

Por outro lado, a tipologia processual que adota não inova no mundo jurídico sendo, em síntese, um misto das modalidades indicadas, pela Lei nº 8.666/1993 e pela Lei nº 10.520/2002, esta última instituidora da modalidade Pregão. Além da superposição e aperfeiçoamentos dessas normas, percebe-se algum conteúdo da disciplina dos contratos das Parcerias Público-Privadas (PPPs), o que não deixa de ser considerado um avanço em matéria de contratação administrativa (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012).

Uma das matérias mais controversa do RDC é quanto o seu caráter facultativo. Mesmo sendo um diploma que institui nova “modalidade” de licitação para disciplinar, apenas os certames dos megaeventos esportivos e demais objetos recentemente introduzidos, ela não é

obrigatória. Sua escolha é ato discricionário devendo atender aos critérios da oportunidade e conveniência. Deve compreender, ainda que implicitamente, os princípios da moralidade, da razoabilidade, da utilidade e da eficiência (discricionariedade técnica). Não se trata, portanto, de um cheque em branco.

A opção pelo novo regime deverá constar expressamente no instrumento convocatório sob pena de nulidade do procedimento. Outro importante efeito dessa opção é que dela resulta o afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/1993, exceto àquelas disposições expressamente indicadas (ZOCKUN, 2011).

Neste ponto, indaga-se: seria necessário a autoridade pública motivar a decisão pelo RDC, posto que lhe é facultada a opção? Tradicionalmente o “termo” discricionariedade no âmbito da atividade Administrativa, vem associado à noção de abertura normativa no qual a autoridade pública poderá fazer suas escolhas, fundamentadas no binômio oportunidade e conveniência (MEDAUAR, 1992). Para a autora, a ideia de espaço livre não se coaduna com o clássico entendimento de Administração Pública submetida à lei (princípio da legalidade). Dir-se-ia, pois, tratar-se de presente de grego, pois não há como compatibilizar Estado democrático de Direito com a atividade do Estado que escapa a reserva jurídica.

Parte da doutrina justifica a existência de discricionariedade do ato administrativo em face da impossibilidade do Parlamento oferecer solução, mediante lei, a todas as questões que se apresentem à Administração Pública. Ante a inviabilidade de se disciplinar toda e qualquer situação que surge, e em decorrência disso acarretar um engessamento do Executivo, emerge a necessidade de conferir margem de flexibilidade para que a Administração Pública possa atuar atendendo o interesse público da forma mais adequada (MEDAUAR, 1992).

Assim, sem embargo dos motivos relacionados à potencialização da eficiência ou celeridade dos eventos desportivos destinatários, das obras do PAC e dos demais objetos que ensejaram a instituição de um regime privilegiado e mais flexível, não devem remanescer dúvidas quanto ao dever do agente público de motivar seus atos e decisões. Há, portanto, que proceder a um exame em concreto de compatibilidade entre a escolha realizada e a finalidade pública, e isto não ilide o espaço decisório da autoridade pública, ao reverso, o fundamenta.

A primeira vista tem-se a nítida impressão que ao optar pelo RDC se “abandona” peremptoriamente às regras da Lei Geral de Licitação, cuja hipertrofia, na visão de Sergio Resende de Barros (2005), é a responsável pela crise na licitação e descrédito da contratação pública no Brasil. Entretanto, conforme bem adverte Motta e Bicalho (2012), esta percepção de renúncia em face do RDC não se sustenta perante uma análise mais acurada do novo texto

legal. Apesar de ser considerado um regime diferenciado, muitos dos seus dispositivos se apresentam como uma reprodução melhorada das normas contidas na Lei nº 8.666/1993.

5.1 O RDC e sua contratualização, aspectos fundamentais para eficiência contratual

O recente estágio da democracia alberga maior envolvimento dos cidadãos na definição de políticas públicas e, especificamente no âmbito da Administração Pública, na tomada de decisões administrativas. Com a redemocratização que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, é observada nova ordem de cidadania que preconiza a participação, emergindo a consensualidade como consequência natural deste processo de reorganização constitucional da Administração.

Em relação à contratualização, aponta a autora que corresponde ao crescente recurso a módulos contratuais pela Administração Pública, satisfazendo suas competências e favorecendo o contrato administrativo em detrimento da intervenção direta estatal e mesmo das ingerências de autoridade do Poder Público. Aponta que, nessa senda, a contratualização corresponde a um termo amplo que abrange os contratos administrativos ao lado da concertação administrativa. Um exemplo de contratualização da Administração Pública cujo conteúdo revela aproximação entre o particular e o Poder Público e, assim, evidencia, em alguma medida, a consensualidade, são as Parcerias Público-Privadas (PPP), instituídas pela Lei nº 11.079/2004, que regulamenta o relacionamento entre o Poder Público e o seu parceiro privado, a fim de promover eficiência da prestação do serviço público.

Todos os contratos firmados entre a Administração Pública e o particular devem ser regidos pelos princípios da Administração Pública. A Constituição Federal de 1988 inovou ao dispor, no caput do artigo 37, que a Administração Pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo este último sido acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Antes de tudo, os princípios conferem certa segurança aos cidadãos em relação aos direitos e deveres dos quais são detentores.

Não há dúvida de que a inserção do princípio da eficiência no sistema constitucional da Administração Pública traz incompreensões, especialmente a de que a imposição da eficiência visaria uma aproximação entre a gestão pública e os modelos de gestão privada e, com isso, a subversão da ideia de Administração Pública e sua vinculação ao princípio da legalidade. Poder-se-ia falar, então, em acentuada oposição entre o princípio da eficiência, surgido da Ciência da Administração, e o princípio da legalidade, previsto pela Constituição Federal como intrínseco ao Estado de Direito (MIRAGEM, 2013).

A identificação dos elementos dogmáticos constitutivos do contrato administrativo enquanto mecanismo de negócio jurídico da AP pode ser considerada como um pilar fundamental do sistema jurídico. Bevilaqua (1938, p. 245) define o contrato administrativo como “um ato jurídico bilateral, pois depende de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações”. Para Justen Filho (2016, p. 11), o “contrato é um acordo de vontades com efeitos vinculantes, de que participa a AP e cujo objeto consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer algo economicamente avaliável”.

Os diferentes conceitos enfatizam que o contrato administrativo deve ser considerado como uma instrumentalização de um acordo de vontades, tendo a determinação de um objetivo e o comprometimento das obrigações assumidas pelas partes. O contrato administrativo é o objetivo maior da AP quando procede a uma licitação. A licitação e o futuro contrato não se dissociam e aquela apenas existe em razão deste. Desta feita, a perda ou a modificação substancial do interesse no objeto da licitação leva à revogação do certame, tal como preceitua o art. 49 da Lei 8.666/1993¹⁴ (artigo não alterado pela Lei nº 14.133/2021). Assim, não se pode dizer que a licitação é um procedimento autônomo, ou que possui um fim em si mesma, mas, sim que é um meio para se obter um contrato administrativo que irá satisfazer o interesse público (FERREIRA, 2012).

Por esta razão, é possível afirmar que sua importância se atrela ao sucesso do contrato que dela se originou. Uma licitação da qual resulta um vencedor apto a contratar representa apenas parte do êxito. Da mesma forma, falhas na licitação podem resultar na impossibilidade, durante a execução do contrato, de obter os resultados esperados. O contrato, a seu turno, é o instrumento pelo qual o interesse público se realiza. É por meio dele que os efeitos da licitação se concretizam e a ação administrativa em busca de um bom contratante e da melhor proposta se justifica. A falta de zelo sobre a execução do contrato pode ocasionar a frustração dos motivos que autorizaram a movimentação do aparato administrativo. Nessa hipótese, os resultados não são alcançados ainda que a licitação tenha sido perfeita.

Sob a égide da eficiência e eficácia, a análise da licitação e do contrato pode acontecer de forma separada. A adequação dos procedimentos empregados levando-se em conta a relação tempo-custo-benefício e o alcance de resultados podem ser aferidos isoladamente. Na prática, é possível encontrar, por exemplo, uma licitação eficiente e eficaz, porque realizada de forma lícita, com decisões acertadas, em tempo apropriado, ultimando na eleição de uma

¹⁴ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

proposta realmente vantajosa, e deparar-se, posteriormente, com a ineficiência e/ou ineficácia do contrato que a sucedeu, porque mal executado, mal fiscalizado e com inúmeras alterações decorrentes de imprevidências, atrasos e negligências. Contudo, essa análise segregada não se mostra interessante, mas, sim, a análise da eficiência e da eficácia da contratação pública, posto que, como já foi visto, licitação e contrato não se dissociam. No plano da efetividade, ou seja, no momento da avaliação crítica dos efeitos produzidos pela ação, o objeto da análise será a contratação pública (PÉRCIO, 2020).

Assim, é fundamental tomar a licitação e o contrato sob a ótica da ação estatal que se desenrola por meio deles, denominada contratação pública, uma ação complexa, com o objetivo de atender ao interesse público, primário ou secundário, formada por diversos atos, procedimentos e processos interligados, cada qual destinado a cumprir uma etapa, produzir resultados específicos e atingir objetivos próprios (MELLO, 2019). A contratação pública, como se percebe, é o conjunto formado pela licitação, em sua fase preparatória e fase externa, e pelo contrato administrativo.

A Lei 8.666/1993 disciplina a contratação pública. Os 25 artigos do Capítulo III (arts. 54 a 80, nenhum deles modificado pela Lei nº 14.133/2021) disciplinam o contrato administrativo, tratando de regime jurídico, conteúdo, formalização, garantias, execução, duração, modificação, reequilíbrio econômico-financeiro, acompanhamento e fiscalização, cumprimento e descumprimento, rescisão, aplicação de sanções, responsabilidades e indenizações. Tais normas são aplicadas independentemente da modalidade da licitação¹⁵, de decorrerem de contratação direta ou, ainda, de serem celebrados via sistema de registro de preços, com as ressalvas feitas ao longo deste trabalho.

Segundo dispõe o art. 54 da Lei n. 8.666/1993 (artigo não modificado pela Lei nº 14.133/2021), o contrato administrativo é gerido por normas e mandamentos de direito público, empregando-se supletivamente os princípios afetos à Teoria Geral dos Contratos além das disposições de direito privado. As normas e preceitos de direito público compõem o regime jurídico administrativo, cujos pilares são a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público aos agentes que o manejam. Segundo ensina Bandeira de Mello (2019, p.63), a supremacia do interesse público sobre o privado “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.

¹⁵ A Lei 10.520/2002 instituiu a modalidade licitatória denominada pregão. Com exceção da sanção administrativa do impedimento de licitar e contratar, criada pelo art. 7º e cuja aplicação contempla ações de descumprimento contratual, não estabelece regras especiais incidentes sobre os contratos, os quais se submetem aos ditames da Lei 8.666/1993, nos termos do seu art.9º.

Assim, a AP ocupa posição privilegiada nas avenças que celebra, calcada na busca da satisfação do interesse coletivo.

Contudo, sua atuação está limitada pela noção de função administrativa. Os poderes de que dispõe são meramente instrumentais e apenas exercitáveis se necessário ao atendimento do interesse público. Configuram, em verdade, deveres-poderes, expressão que ressalta a subordinação do poder ao dever de atender às finalidades de interesse geral. A indisponibilidade do interesse público é conceituada por Lima (apud MELLO, 2019, p. 68), para quem administrar “é a atividade de quem não é senhor absoluto”. O titular do interesse público é o Estado, que o exerce por meio de seus órgãos, personificados por seus agentes. Os bens e interesses do Estado não se encontram entregues à livre disposição do administrador, que possui a obrigação e o dever de tutelá-los conforme a finalidade a que estão adstritos.

O art. 37, caput da CRFB/1988 estabelece como princípios constitucionais da AP a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência¹⁶, em cujo rol são agregados os princípios implícitos da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, devido processo legal, moralidade administrativa, controle judicial dos atos administrativos, responsabilidade do Estado por atos administrativos e segurança jurídica¹⁷. O inc. XXI impõe o dever de garantir as condições efetivas da proposta no decorrer da execução do contrato.

O art. 3º¹⁸ da Lei 8.666/1993 (artigo não modificado pela Lei nº 14.133/2021) elenca os princípios regentes das licitações e dos contratos administrativos, a saber: igualdade, impessoalidade, julgamento objetivo, legalidade, moralidade, probidade administrativa, publicidade e vinculação ao instrumento convocatório. O dispositivo também informa a aplicabilidade dos que lhes forem correlatos, autorizando o intérprete a lançar mão de outros princípios e subprincípios para a solução de dúvidas concretas, tais como os princípios da adjudicação compulsória e da boa-fé. Por derradeiro, o art. 37 da CRFB/1988 e o art. 3º da

¹⁶ Quanto ao princípio da eficiência, cumpre destacar que ele exerce papel central na Administração Pública, notadamente após sua positivação expressa no art. 37, caput da Constituição de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, o que, conforme as ponderações feitas por Lorena Miranda Santos Barreiros (2017, p. 36), exige da Administração “uma postura mais flexível e paritária no seu relacionamento com o administrado”, o que necessita de um redimensionamento das prerrogativas administrativas em busca de uma maior horizontalização das relações com o cidadão e incremento da utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos, o que abrange, por óbvio, a negociação processual.

¹⁷ *Ibidem*, p.89.

¹⁸ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

Lei 8.666/1993 norteiam a interpretação e a aplicação das demais normas que disciplinam as contratações administrativas. Na oportuna lição de Marçal Justen Filho,

[...] nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deve recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretiza de modo mais intenso e amplo (JUSTEN FILHO, 2016, p. 42).

Os princípios arrolados pela Teoria Geral dos Contratos bem como as disposições de direito privado são aplicados supletivamente aos contratos administrativos, o que significa que esta via supre eventuais lacunas e omissões que porventura sejam encontradas nesses ajustes. Entre os princípios, podem ser apontados: a autonomia privada, a supremacia da ordem pública, a relatividade dos efeitos do contrato, a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Do princípio da autonomia privada decorre a liberdade de dispor sobre o conteúdo e de celebrar um contrato. Em relação à supremacia da ordem pública, diz-se que nenhuma cláusula contratual pode prevalecer se contrariar as normas de ordem pública. O princípio da relatividade cinge os efeitos do contrato às suas partes, não atingindo terceiros. Pelo princípio da função social, o contrato não pode servir de instrumento para a ocorrência de atividades abusivas, nem para causar dano a terceiros ou mesmo à parte contrária. O princípio da boa-fé objetiva relaciona-se às expectativas das partes, que celebram o ajuste acreditando que ocorrerá o seu fiel cumprimento e, com isso, a satisfação de seus interesses. Por fim, o princípio da força obrigatória, representado pelo brocardo *pacta sunt servanda*, eleva as cláusulas contratuais à categoria de lei para quem o pactua (*lex inter partes*). Este princípio, embora se apresente como de aplicação supletiva na interpretação de contratos e na colmatação de lacunas, é onipresente nas avenças administrativas, sendo de grande relevância e aplicabilidade na prática. *Pacta sunt servanda* significa a submissão das partes aquilo que foi pactuado, tornando o ajuste praticamente intangível.

O contrato, desde que válido, existe para ser cumprido (GOMES, 1998). Uma vez em vigor, seu conteúdo deve ser rigorosamente respeitado, pena de consequências à parte inadimplente. Em outras palavras, o pressuposto é a liberdade de contratar. Se as partes pactuaram livres e conscientes, apenas se desvencilharão de suas obrigações após o respectivo cumprimento. Daí a assertiva de que o contrato faz lei entre as partes. Sobressaindo-se da generalidade, os contratos administrativos permitem alterações unilaterais e consensuais.

É importante destacar, também, a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), cuja previsão está consagrada no Código Civil Brasileiro, cujo art. 476 estabelece que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” (BRASIL, 2002, s.p.). Representa, em linhas gerais, a possibilidade de, na inadimplência de uma das partes, a outra deixar, igualmente, de cumprir com sua obrigação sem sofrer qualquer consequência. Trata-se de um instrumento de defesa da equidade e da boa-fé, impedindo o contratante faltoso de reclamar do outro a respectiva obrigação.

No âmbito dos contratos administrativos, a exceção do contrato não cumprido não encontra aplicação de forma idêntica aos contratos privados. Segundo se extrai do art. 78, inc. XV, da Lei 8.666/1993 (artigo não modificado pela Lei nº 14.133/2021), o contratado deverá manter-se no cumprimento das obrigações mesmo diante do atraso nos pagamentos devidos, havendo a possibilidade de rescisão do ajuste ou de suspensão de sua execução apenas após completos 90 dias do referido atraso.

A regra encontra respaldo na supremacia do interesse público sobre o privado e no princípio da continuidade do serviço público. Porém, referido atraso apenas será visto como lícito se estiver devidamente motivado e se for antecipadamente informado ao contratado, em respeito aos princípios da legalidade, da boa-fé e da segurança jurídica. Ainda, a aplicabilidade mitigada da exceção do contrato não cumprido não pode servir como uma “carta branca” para atrasos imotivados por parte da AP, os quais poderão acarretar o pagamento de correção monetária.

Neste trilhar, pode o contratante privado proceder à arguição da exceção do contrato não cumprido após o atraso de 90 dias no pagamento de valor devido, cabendo-lhe comunicar a suspensão da execução formalmente à AP e tomar as providências cabíveis para recebimento e, se for o caso, indenização de prejuízos decorrentes.

Os contratos privados se caracterizam pela igualdade jurídica observada entre as partes e pela existência de obrigações equitativas, exceto quando há expressa previsão contrária. Nos contratos administrativos, diferentemente, a AP goza, a priori e independentemente de previsão em cláusula contratual, de uma posição de superioridade decorrente da supremacia do interesse público sobre o privado (SOUTO, 2004). Essa posição jurídica permite-lhe um atuar impositivo, que subjugua o contratado, sempre acatando as condições pactuadas a princípio e os direitos que são assegurados pela CRFB/1988.

Segundo o art. 58 da Lei 8.666/1993 (artigo não modificado pela Lei nº 14.133/2021), que dispõe sobre o regime jurídico dos contratos administrativos, a AP contratante detém as

prerrogativas de alterar e rescindir os contratos de forma unilateral, além de fiscalizar sua execução, imputar sanções aos contratados inadimplentes e, em se tratando de serviços essenciais, provisoriamente dispor de bens, pessoal e serviços que guardam vínculos com o objeto do contrato para assegurar a continuidade. São as denominadas “cláusulas exorbitantes”, as quais, nos dizeres de Di Pietro (2017, p. 239), “podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra”.

Tais poderes especiais podem ser justificados em razão de o contrato administrativo ser um meio para que o interesse público seja atendido, não ficando, porém, o contratado irrestritamente vinculado aos ditames da Administração. Mas, embora sejam, a primeira vista, compreendidas como poderes, as prerrogativas públicas configuram, antes, deveres da AP, já que na medida em que seu exercício se mostra necessário não cabe renunciá-lo. Por esta razão, convencionou-se vislumbrá-las como “deveres-poderes”.

Enquanto poder excepcional, o exercício de prerrogativas está emparelhado à noção de função pública, encontrando limites claros no ordenamento jurídico. A relação contratual é uma relação equilibrada por um sistema de “freios e contrapesos” que confere ao ajuste seriedade e segurança jurídica. O interesse público que fundamenta o exercício da prerrogativa também opera como seu limite. Melhor dizendo, o exercício da prerrogativa se justifica desde que necessário para o alcance do interesse público, não sendo admitidos desvios ou excessos.

Assim, a superioridade administrativa não obriga a que o particular ingresse na relação contratual sem conhecer por completo suas cláusulas e condições, ficando, pois, sujeito a desmandos. Nenhuma surpresa irá aguardá-lo na próxima ordem de serviço. Igualmente, nenhuma solicitação irá surpreendê-lo, nada irá obrigá-lo a executar aquilo que não estiver previsto no contrato ou na legislação ou que lhe acarrete prejuízos financeiros. E, principalmente, as cláusulas econômico-financeiras, sobre as quais recai o interesse fundamental do contratante privado, encontram-se protegidas pelas disposições dos §§ 1º e 2º do art. 58 e do próprio art. 37, inc. XXI da CRFB/1988. Somente podem ser alteradas mediante concordância do contratado e devem ser revistas em caso de alterações no objeto feitas pela AP, de forma que seja preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, está claro que o exercício de prerrogativas se encontra limitado pelo dever de preservar o equilíbrio econômico-financeiro evidenciado no início do contrato.

Explicado o contrato administrativo como ferramenta dogmática de gestão dos interesses públicos, passa-se na próxima seção a expor os elementos estruturantes do Regime Diferenciado de Contratação.

Todas as observações referentes à lei de contratos administrativos apresentam incidência sob a contratação pública normatizada pelo RDC, tal qual apontado na sequência.

5.2 Autocomposição aplicada ao RDC

No cenário jurídico surgido com a promulgação da Constituição de 1988, carta que procura enfatizar o caráter democrático do Estado, o Direito Administrativo precisou passar por um processo de revisão de seus institutos, a fim de que fosse substancialmente reduzido o seu caráter autoritário. Se antes havia o Direito da Administração Pública, com foco nos poderes estatais e deveres dos administrados, agora o Direito Administrativo volta suas preocupações maiores para os direitos das pessoas, tornando-se o Direito da Cidadania.

Neste contexto, enquanto a concepção clássica do Direito Administrativo perpassava pela posição de centralidade do ato administrativo, pois este era considerado como a manifestação típica da autoridade estatal, que precisaria impor unilateral e verticalmente sua vontade aos administrados (vocábulo que também passa ser criticado), com a constitucionalização do Direito Administrativo, os ajustes, que são manifestações consensuais, tornam-se a opção preferencial para atuação da Administração Pública, em relação com a sociedade civil.

Sobre esta mudança do Direito Administrativo, a doutrina especializada ressalta o “surgimento da Administração dialógica, em que as ações do Estado decorrem do desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade” (MORETTI, 2012, p.457). Nesta perspectiva, logo após a edição da Lei Federal nº 8666/93, o professor Arnold Wald já destacava que:

[...] a viabilidade da realização de grandes obras, especialmente quando pioneiras e de tecnologia complexa, pressupõe um diálogo constante entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações, não imputáveis a qualquer das partes (GARCIA, 2016, p. 54).

Este novo momento do Direito Administrativo vem recebendo denominações distintas, mas que procuram enfatizar a mesma realidade: Administração Pública concertada,

Administração Pública dialógica, Administração Pública consensual, Administração Pública contratual, Administração Pública democrática, Administração Pública participativa etc.

De fato, o Direito Administrativo (e as contratações administrativas, por consequência) deve sempre evoluir, sem esquecer as conquistas do passado. O professor Luciano Ferraz (2020, s.p.) alerta “que não há qualquer incompatibilidade no uso desses instrumentos consensuais simultaneamente com o uso de institutos tradicionais do Direito Administrativo, tais como o Poder de Polícia e as requisições administrativas”.

A Lei 14.133/2021 busca atualizar a legislação precedente em relação a mudanças jurídicas e técnicas ocorridas no decorrer de quase três décadas após a promulgação da Lei 8.666/93, fundamentando a norma nos mesmos pressupostos jurídicos nos quais se baseiam a Lei do Pregão (Lei 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei 12.462/2011) e a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016). A atualização traz mudanças importantes para o processo licitatório no que se refere a atribuição de transparência, reponsabilidade ambiental e desburocratização de alguns processos.

A nova lei de licitações busca reduzir o número de judicializações relacionadas ao processo licitatório. No Brasil, a judicialização é uma temática recorrente no âmbito da administração pública e tem sido responsável pela sobrecarga do sistema judiciário. No país, para atribuir celeridade aos processos, existe a Lei 9.307/2016 (Lei de Arbitragem), que permite a resolução de problemas por meio da constituição de uma junta arbitral, formada por número ímpar de árbitros. A lei da Arbitragem pode ser aplicada na Administração Pública Direta e Indireta. De acordo com a Nova Lei de Licitações, a arbitragem poderá ser aplicada somente a direitos patrimoniais disponíveis, os quais representam o patrimônio necessário para que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja reestabelecido, bem como o descumprimento de obrigações contratuais e imbróglis associados ao cálculo indenizatório.

No entanto, entendimentos anteriores do Tribunal de Contas da União (TCU) indicam que a arbitragem só é aceita em casos nos quais os direitos lesados estão associados ao interesse público, bem como a sua soberania. Em decisões passadas, o TCU¹⁹ se opôs ao uso da arbitragem na solução de controvérsias cujo tema fosse o desequilíbrio econômico-financeiro em contratos públicos. No entanto, verifica-se uma mudança paulatina do posicionamento da instituição, que tem passado a aceitar a inclusão de cláusulas contratuais que admitem a resolução de conflitos por meio da arbitragem.

¹⁹ TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2145/2013 – Plenário.

Entre as decisões que fundamentaram essa orientação, está a decisão a respeito da compra da refinaria de Pasadena pela Petrobrás, realizada no ano de 2017. Embora o TCU não tenha demonstrado posicionamento contrário a decisão a respeito do ajuste do preço de compra, houve discordância em relação ao laudo produzido pela arbitragem.

O STJ, por sua vez, aceitou a aplicação da arbitragem em decisões administrativas, na existência de direitos relacionados ao patrimônio na gestão pública. O entendimento do referido Tribunal diz respeito a ideia subjacente de que as decisões devem se basear no interesse público e não somente no interesse da administração. Ora, é de interesse público que os contratos públicos sejam cumpridos e que os prazos sejam executados, de modo a atender as demandas sociais para as quais são celebrados. No artigo 153, da nova Lei de Licitações, está prevista a possibilidade de uso de aditivos contratuais no uso de meios alternativos de solução de controvérsias, sem que sejam devidamente descritos.

Para que a arbitragem seja estabelecida, é necessário que o Poder Executivo defina quais serão os procedimentos realizados, por meio de Regulamento ou Decreto, de modo a atribuir transparência e assegurar os gestores públicos do devido cumprimento do contrato. Esta possibilidade já estava prevista na Lei 9.307/96, que já permite a regulamentação de procedimentos que assegurem as suas decisões, por meio da escolha de árbitros e comitês de resolução de disputas, os chamados *disputes boards*. De acordo com o artigo 154 da novel lex, a constituição dos colegiados será realizada com base em critérios transparentes sob o ponto de vista técnico e ético.

Entretanto, a legislação parece não ser definitiva em relação aos critérios, permitindo que as composições, caso sejam realizadas por meio de interesses políticos, não sejam transgressoras a qualquer norma. Observa-se que a constituição é realizada por escolha do gestor, de modo que mesmo que não seja explícito o vínculo entre ele e o tribunal arbitral, as escolhas certamente serão favoráveis aos seus interesses. A simples forma de constituição da arbitragem impede que ela seja isonômica.

5.3 A (in)viabilidade da autocomposição via mediação nas contratações públicas via RDC

Integra a ideia de administração democrática a participação ampla, irrestrita e efetiva da sociedade, em múltiplos segmentos, como decorrência direta da democracia participativa. Nesse cenário, o consenso eclode como legítima ação estatal em razão de propiciar a efetividade do interesse público, sob a roupagem conferida pelo denominado

“constitucionalismo de resultado”. Assim, a ação administrativa passa a ser cobrada, e mesmo exigida, como veículo de efetivação do comando constitucional, no sentido de realizar os direitos fundamentais, com resultados efetivos.

Torna-se evidente que tal necessidade exsurge a partir da pluralidade de pretensões geradas por esses direitos, reconhecendo-se que sua realização constitui-se árdua e complexa tarefa incumbida aos Entes públicos. Conforme adverte Clarissa Sampaio Silva (2009, p.58), em uma “sociedade pluralista e de massas os conflitos de direitos tendem a se potencializar e a se diversificar, como consequência, também do desenvolvimento tecnológico, científico e cultural”.

Importantes desafios são impostos aos Poderes Públicos pelos direitos fundamentais ocasionados por alguns fatores identificados como: (i) a intensificação dos embates individuais e o surgimento de novos conflitos resultantes das atuais formas de exercício desses direitos; (ii) a coletivização das controvérsias e o reconhecimento de proteção a terceiros que venham a ser alcançados indiretamente por decisões estaduais; (iii) aparecimento de novos perigos nas sociedades de massas marcadas pela “insegurança, incerteza e imprevisibilidade”; (iv) as deficiências na prestação de serviços públicos essenciais à dignidade da pessoa assumida pela iniciativa privada; e (v) a tendência de crescimento da proteção de direitos como fundamentais de outros setores, outrora não protegidos (SILVA, 2009, p. 58).

Nessa constante busca de satisfazer os interesses da sociedade previstos no Texto Fundamental, caminhos podem ser trilhados em substituição à pura e simples judicialização. Os meios extrajudiciais de resolução ou “transformação” de conflitos, nos moldes preconizados na legislação brasileira, conectam-se com esse sentido de metamorfose do conflito, por meio do que as pessoas buscam resolver suas controvérsias construindo um processo de paz e de busca da verdadeira justiça social, em uma conjuntura de valorização da cidadania, a priorizar a voz dos interessados em dirimir a contenda e diminuir a tensão gerada pela contraposição dos interesses em jogo.

Após essas observações que se mostram oportunas sobre como o conflito pode ser transformado, importa minudenciar a previsão legislativa, utilizando-se o critério cronológico, acerca dos instrumentos extrajudiciais para solução de controvérsias, na esfera da Administração Pública, como forma de conferir efetividade à atuação do Estado sob dois aspectos: (i) atender ao cidadão que deseja extinguir seus conflitos e (ii) aplacar as dificuldades e os problemas advindos da concentração de demandas pelo Poder Judiciário.

Convém registrar, portanto, a partir do normativo que deu início ao uso de tais instrumentos extrajudiciais, como o instituto da arbitragem, previsto no direito positivo desde o Decreto-Lei n. 1.312, de 15 de fevereiro de 1974, que no art. 11 autoriza o Poder Executivo a “dar a garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos obtidos no exterior, bem como a contratar créditos em moeda estrangeira nos limites que especifica, consolida inteiramente a legislação em vigor sobre a matéria e dá outras providências” (BRASIL, 1974, s.p.).

A regente Lei 14.133/2021 trouxe especificamente permissivo legal (art. 138) para utilização de arbitragem ou outro método alternativo. No que concerne à Lei n. 8.666/93, no entanto, pode-se entender que a citada lei não se afastou por completo de admitir o uso desses instrumentos, pois o art. 42, no § 5º²⁰ (artigo não modificado pela Lei nº 14.133/2021), permite que as normas internacionais aprovadas pelo Congresso Nacional possam nortear as contratações financiadas com recursos de organismos internacionais, no que faz referência aos regramentos dessas instituições. Como cediço, tais regulamentos possuem entre seus critérios de resolução de controvérsias os meios extrajudiciais, não apenas os judiciais, a exemplo dos dispositivos previstos nos normativos do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)²¹.

Nesse âmbito, conjugando-se a permissão legal dos referidos dispositivos, quais sejam, o art. 11 do Decreto-Lei 1.312/1974 e o art. 42, § 5º, da Lei n. 8.666/93, há de se admitir a previsão implícita de arbitragem e outras soluções amigáveis nos contratos administrativos. Corrobora esse entender a previsão das cláusulas das avenças celebradas entre os organismos internacionais e os entes federativos que contemplam essa possibilidade.

²⁰ § 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

²¹ O Estado do Amazonas, para exemplificar, possui vários contratos firmados com organismos internacionais para financiamento de obras, como as do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus – PROSAMIM, cujas cláusulas contemplam a negociação amigável e, passados trinta dias sem solução, podem utilizar de mediação administrativa, após o que, sem sucesso, poderá ser usado o meio judicial. (Contrato n. 002/2019-UGPE referente ao Contrato de Empréstimo n. 2676/OC-BR- objeto: execução de obras para eliminação de passivos correspondentes a Parques Urbanos na área de Intervenção do PROSAMIM I no MUNICÍPIO DE MANAUS. Cláusula 26. Solução de Litígio, subcláusulas 26.1 e 26.2. Também o Contrato n. 039/2016, objeto: “Serviços de consultoria para supervisão das obras e serviços complementares e restantes do PROSAMIM. Nesse instrumento a Cláusula 8. Solução de controvérsias prevê, inicialmente, solução amigável por meio de uma Notificação de Controvérsia à outra parte. Em não se resolvendo a contenda no prazo de 14 dias, passa-se a adotar a solução de controvérsias prevista nas Condições Especiais de Contrato, que dispõem sobre a solução judicial e a arbitragem)”.

Ainda na seara do Direito Administrativo, cabe referir à Lei n. 8.987/1995, que traz previsão expressa no inc. XV do art. 23 (artigo não modificado pela Lei nº 14.133/2021) de “modo amigável de solução de divergências contratuais” (BRASIL, 1995, s.p.). Esse dispositivo foi modificado, posteriormente, para tornar mais claro o uso da arbitragem, de acordo com a redação do art. 23-A²², introduzida com a Lei n. 11.196/2005, que autorizou expressamente todos os mecanismos consensuais e a arbitragem.

Cite-se, ademais, a Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – conhecida como Lei da ANATEL), que, no inc. XV do art. 93, preconiza solução extrajudicial das divergências contratuais. Observa-se que, enquanto a Lei n. 8.987/1995 autorizou somente a arbitragem, a redação da precitada lei é mais abrangente ao se referir a “modo de solução extrajudicial”, entendido que abarca os meios consensuais e a arbitragem.

Em idêntica esteira segue o inc. X do art. 43, da Lei n. 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional e outras. O referido preceptivo prevê que o contrato de concessão contemplará as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional. Não obstante a previsão legal, a interpretação desse artigo gerou dúvidas quanto à possibilidade de se utilizar arbitragem para qualquer situação, haja vista a natureza do contrato de concessão. Nesse tipo de avença, estar-se-ia diante de interesses patrimoniais disponíveis e indisponíveis, mas a legislação geral só permite a arbitragem para os casos referentes a direitos patrimoniais disponíveis, consoante se extrai da Lei n. 9.307/1996, no § 1º, do art. 1º. A dificuldade consiste em enfrentar com segurança esse limite para se saber quando se trata de um ou de outro.

A Lei dos Transportes Aquaviário e Terrestre, Lei n. 10.233/2001, no art. 35, inc. XVI, e no art. 39, inc. XI trouxe a previsão das “regras para solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem”, como cláusulas essenciais nos contratos de concessão ou de permissão, respectivamente, que venham a ser firmados na área dos transportes.

Em mais duas leis, há referência ao mecanismo da arbitragem. No art. 4º, §§ 5º e 6º da Lei n. 10.848/2004²³, e o art. 11, inc. III, da Lei n. 11.079/2004²⁴ – respectivamente, a Lei

²² Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

²³ Lei n. 10.848/2004. Art. 4º. Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307,

de comercialização de energia elétrica e a Lei de parcerias público-privadas, também dispõem sobre arbitragem, que deve constar do edital e do instrumento contratual. São consideradas legislações modernas e capazes de atrair investidores para realização de obras no país, especialmente as de grande envergadura financeira.

Importa mencionar que na Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - Lei 12.462/2011 -, o art. 44-A²⁵ preconiza a utilização de instrumentos extrajudiciais na resolução de conflitos. O RDC foi instituído para licitações e contratos cuja finalidade fosse uma das previstas nos incs. do art. 1º da mencionada lei²⁶.

Portanto, é correto afirmar que antes da edição da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do CPC/2015, a legislação brasileira já contemplava a possibilidade de utilização de métodos extrajudiciais de controvérsias em que Administração Pública fosse parte, ainda que de modo pontual. Importa referir-se também à Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário²⁷.

A importância das soluções consensuais ressaí, ainda, da constatação de que a lei não pode prever todas as situações fáticas e jurídicas e estipular determinada consequência, ou

de 23 de setembro de 1996. § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

²⁴ Lei n. 11.079/2004. Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os art. 18, 19 e 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

²⁵ Lei n. 12.462/2011. Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. (Incluído pela Lei n. 13.190, de 2015).

²⁶ Para os Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016; da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação; das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; nas ações no âmbito da Segurança Pública; nas obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; das ações no âmbito da segurança pública; nas obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; nos contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração; e das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

²⁷ Resolução n. 125/2010. Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13). Parágrafo único. Aos órgãos judiciários, incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil, combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

seja, nem sempre haverá resposta na legislação para as demandas do cidadão. A apontada insuficiência conduz à busca inexorável de alternativas, onde o consenso se entremostra um dos meios capazes de prevenir e solucionar os confrontos com a Administração.

Nesse caminhar, a relevância do uso de mecanismos consensuais deve ser constante pela Administração Pública, uma vez que as soluções acordadas têm o condão de mitigar as dificuldades, elevar ao máximo os ganhos, de modo a diminuir os incômodos para os envolvidos, e as ideias discutidas e ponderadas livremente entre as partes constituem-se meios mais adequados e proveitosos para o cumprimento das decisões. Trata-se do denominado “Estado Consensual”, modelo segundo o qual o Estado, gradativamente, troca a posição imperialista pela negocial, o que possibilita eficiência em suas ações e, conseqüentemente, influencia a atividade privada (MOREIRA NETO, 2018).

Pode-se entender, assim, que se está diante da Administração Pública denominada de “boa administração”, que se revela, também, dentre outros meios, pela busca constante da consensualização e da aceitação, por meio de instrumentos institucionalizados de participação dos interessados nas decisões administrativas, mesmo aquelas unilaterais, pois são comuns negociações prévias entre Administração Pública e particulares para daí surgirem atos administrativos unilaterais (BATISTA FILHO, 2008).

Portanto, faz-se necessário entender a judicialização de conflitos como última via a ser buscada pelos cidadãos, posto que, conforme o quadro legislativo vigente, as possibilidades de utilização das técnicas adequadas e “alternativas” são reais e tendem a se desenvolver para a forma mais apropriada, quando bem estruturadas, mesmo nos casos mais complexos (NUNES, 2017). Isso não obstante, reconhece-se que tais técnicas não podem ser consideradas a “salvação da lavoura”, ou seja, não são o remédio para todos os males, eis que também possuem alguns pontos que precisam e devem ser aprimorados ou mesmo fiscalizados para um melhor funcionamento.

A mediação na esfera da Administração Pública tem autorização expressa no art. 1º da Lei de Mediação, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Com a criação por lei, a mediação passou a ter mais visibilidade, e o mais interessante nesse cenário é que duas legislações passaram a prever a mediação, o CPC e a Lei n. 13.140/2015. Em assim sendo, na forma anteriormente consignada, atualmente o marco regulatório é composto por esses três normativos: pelo novo CPC, pela Lei de Mediação e pela Resolução n. 125/2010, do CNJ. Em havendo conflito, prevalecerão os dispositivos da Lei de Mediação,

por ser posterior e especial (*lex specialis derogat generali e lex posterior derogat lege priori*) (GRINOVER, 2015).

Sobre a autocomposição de conflitos na esfera pública, o art. 3º da Lei n. 13.140/2015 subscreve que podem ser objeto de mediação os conflitos “que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”, permitida para solucionar em parte ou na totalidade o conflito (§ 1º). Na hipótese de a solução consensual tratar de direitos indisponíveis, “mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público” (§2º, do art. 3º). Entende-se que os direitos indisponíveis e transacionáveis são os que, embora sejam irrenunciáveis, admite-se transacionar para acertar valores, definir responsabilidades e outras questões, conforme prevê o ordenamento jurídico.

Essa sistemática, inspirada no sucesso que tem representado, deve ser incentivada também no âmbito do Poder Executivo, como já se verifica nos acordos celebrados para parcelamento de dívidas fiscais na União e nos Estados, como meio de se negociar e apresentar uma solução ao contribuinte, sem que este necessite recorrer ao Poder Judiciário. Também na esfera dos contratos, podem-se obter bons resultados em relação a questões de equilíbrio econômico-financeiro, reajustes, revisão, para citar alguns. Compartilha desse entendimento Didier Junior (2016), ao sublinhar a instalação de câmaras administrativas de conciliação que, a seu pensar, revelam a boa tendência de utilização desses métodos pela Administração Pública.

O modo como a Administração pode mediar consta na referida legislação. O art. 32 traz a previsão para que os entes federativos possam criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, cuja competência abrange (i) solucionar conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; (ii) aferir a possibilidade de aceitar os pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e (iii) incentivar, nas hipóteses cabíveis, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Do mesmo modo, o art. 174 do CPC traz a previsão para criação de câmaras de mediação com atribuições nos moldes previstos na precitada lei.

De acordo com a previsão do art. 32 da Lei de Mediação, a implantação das câmaras deve ser feita nas instalações dos órgãos de representação judicial e extrajudicial do Ente federativo, ou seja, na sede da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e Distrito Federal e das Procuradorias-gerais dos Municípios, o que facilita sobremaneira as negociações, pois os integrantes desses órgãos detêm conhecimento e experiência nas matérias com que se deparam rotineiramente, inclusive muitos dos assuntos podem já ter sido

objeto de prévia análise em parecer ou orientação administrativa, o que eleva as chances de se evitar a judicialização das demandas.

Incumbe aos entes federativos editar o respectivo regulamento para estipular o modo de composição e funcionamento das câmaras. No § 2º, do sobredito art. 32²⁸, a Lei de Mediação deixa ao alvedrio da Administração submeter os casos às câmaras, conforme previsão em regulamento próprio. Infere-se que o regulamento é o instrumento que disporá acerca dos casos passíveis de apreciação e decisão das câmaras, prevendo-se que o acordo obtido por consenso entre as partes será reduzido a termo e constituirá título executivo (§ 3º). No entanto, enquanto não criada a câmara estatal de mediação, poderão ser realizados os procedimentos previstos nos arts. 14 a 20²⁹, aplicáveis à mediação comum.

Importante mencionar que no § 4º do art. 32, do susomencionado preceptivo legal, as câmaras têm competência adstrita às controvérsias que não exijam atos ou concessão de direitos previstos em lei específica, eis que nesses casos não se permitem acordos sem autorização legal. O § 5º do enunciado art. 32 preconiza que as câmaras públicas possuem competência para a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

São recorrentes as questões controversas em matéria de equilíbrio econômico-financeiro, razão por que aludido dispositivo é muito importante para dar celeridade à resolução e transmitir confiança aos que contratam com a Administração. Entende-se que as

²⁸ Lei n. 13.140/2015. Art. 32. [...] § 1º. O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado. § 2º. A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

²⁹ Lei n. 13.140/2015. Art. 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

Art. 15. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. § 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes. § 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação. Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

Art. 18. Iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

Art. 19. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

controvérsias que versem sobre outras matérias contratuais também podem ser submetidas aos meios extrajudiciais, como a mediação.

A partir do art. 35 até o art. 40, a Lei de Mediação cuida dos conflitos que envolvem a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações, por meio de transação por adesão, desde que observadas as condições enumeradas nos incs. I e II e demais parágrafos do referido art. 35. Assim, torna-se relevante pontuar que se exige a autorização do Advogado-Geral da União embasada em jurisprudência pacífica do STF ou de demais tribunais superiores, ou por meio de parecer do Advogado-Geral da União, com aprovação do Presidente da República. Destaque-se que os procedimentos legais contidos nos §§ 2º a 6º, do próprio art. 35, são importantes para atribuir segurança jurídica aos administradores e aos administrados, evitando-se mudança aleatória de comportamento.

Por fim, o art. 40 do normativo em comento sublinha que servidores e empregados públicos que participem do processo de composição extrajudicial de conflito somente podem ser responsabilizados civil, administrativa e criminalmente se constatado dolo ou fraude, se “receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem” (BRASIL, 2015, s.p.). Essa previsão demonstra o reconhecimento do valor dos métodos consensuais e a mudança de mentalidade em prol de uma atuação democrática que permita a participação do cidadão. Incentiva a prática da mediação, haja vista que os gestores têm receio de penalizações decorrentes de algum tipo de providência consensual que venham a tomar.

Tem-se, pois, respondendo positivamente ao problema de pesquisa proposto, que é possível prevenir e desjudicializar conflitos com origem na modalidade de RDC, inclusive esse regime vem se solidificando como ferramenta em matéria de licitação.

5.4 Guia prático direcionado da utilização da mediação em contratações via RDC

Nesta dissertação, com base na revisão de literatura, como produto final, entendeu-se da necessidade de produzir um Guia com o propósito de esclarecer sobre o Regime Diferenciado de Contratações consoante a Nova Lei de Licitações, sendo esse devidamente elaborado.

Inicialmente é importante destacar que a Nova Lei de Licitações Comparada objetiva garantir uma consulta rápida e precisa sobre o redesenho do sistema de licitações e contratos, a partir da criação da Nova Lei de Licitações que procura modernizar e consolidar em uma única lei três diplomas normativos: a Lei nº 8.666/1993, que é a antiga Lei Geral de Licitações

e Contratos, a Lei nº 10.520/2002, que disciplina o pregão enquanto modalidade de licitação, e a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o RDC.

Este guia foi projetado pensando na busca fácil, ágil e sistemática dos temas, permitindo ao leitor uma visão global e comparada dos dispositivos anteriores e posteriores à Nova Lei de Licitações e Contratos, de modo a otimizar o entendimento e dar mais segurança aos aplicadores e pesquisadores de licitações e contratos.

As mudanças operadas no RDC serão listadas a seguir.

A nova lei absorve os meios alternativos de resolução de controvérsias. Assim, estabelece, no art. 151, que nas contratações regidas por esta lei, poderão ser utilizados conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (CRD) e a arbitragem.

Os meios incidirão sobre controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia. O art. 154, por sua vez, determina que a escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de disputas seja feita com a observância de critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Figura 2 - Meios alternativos de resolução de controvérsias



Fonte: O autor (2021)

Por conta do estudo ora apresentado, sabemos que a mediação e a arbitragem, além de outros métodos adequados de solução de conflitos, são plenamente compatíveis com a Administração Pública.

Com a alteração promovida pela Lei nº 13.129/2015, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) passou a dispor expressamente que a Administração Pública poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, afastando qualquer dúvida a esse respeito.

Por sua vez, a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), destacou diversas disposições voltadas para a Administração Pública, com todo um capítulo destinado para a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

O Código de Processo Civil estabelece também que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e que a utilização dos métodos adequados deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, §§ 2º e 3º).

O Direito Administrativo Consensual apregoa uma postura não-adversarial e mais cooperativa na relação do Estado com o cidadão. Essa visão encontra-se totalmente alinhada com os princípios da confiança, da economicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública Gerencial.

Nesse sentido, privar a Administração Pública de mecanismos que têm se demonstrado cada vez mais céleres, menos onerosos e mais eficientes para a solução de conflitos, perpetuando uma realidade em que o Poder Público se revela como uma das partes mais demandadas dentro do Poder Judiciário – o que certamente contraria a ideia de acesso à Justiça, em seu sentido material.

Assim, de forma prática e seguindo as premissas permitidas quanto a resolução de controvérsias perante a AP, é de se observar as matérias que podem ser objeto de mediação e arbitragem. No caso em questão e apenas como demonstrativo, temos que podem ser objeto de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º, § 1º da Lei nº 9.307/96.

Direitos patrimoniais disponíveis são todos aqueles que comportem expressão financeira, e sobre a matéria não exista disposição legal que vede a possibilidade de negociação ou transação, salientando que ao se optar pela arbitragem a Administração Pública não está renunciando a qualquer direito, mas apenas optando por uma via mais adequada para a solução de determinadas disputas.

No mesmo sentido, e como objeto de estudo, a mediação, pode ser utilizada tanto em conflitos que versem sobre direitos disponíveis, quanto sobre direitos indisponíveis que admitam transação, nos termos do artigo 3º, caput, da Lei nº 13.140/2015. Neste último caso, porém, exige-se que haja a homologação posterior do acordo pelo Poder Judiciário.

Tal previsão, alargou bastante as possibilidades de utilização da mediação pela Administração Pública, permitindo sua utilização como mecanismo de resolução em qualquer tipo de conflito, não se restringindo a conflitos que tenham expressão patrimonial.

Em verdade, a análise certa e adequada dos riscos de uma contratação certamente deve contemplar os riscos jurídicos decorrentes de eventual judicialização. De uma forma geral, quanto mais essencial a entrega tempestiva de uma obra ou produto, bem como a prestação adequada de um serviço, mais justificável se torna a escolha pela arbitragem, que permite uma decisão rápida e especializada sobre a matéria controversa.

Vale repisar que em todas as áreas em que for possível a utilização da arbitragem, será possível também a utilização da mediação.

Certo é que a mediação permite que a solução seja construída pelos próprios envolvidos, com o auxílio de um terceiro capacitado e imparcial, geralmente em prazo e custos mais reduzidos do que a solução arbitral.

A inserção prévia de cláusula med-arb nos contratos administrativos é a melhor forma de mitigar riscos jurídicos decorrentes da demora na prestação jurisdicional e eventual falta de conhecimento especializado dos julgadores.

A mediação pode ter escopo ainda mais amplo. É possível a sua utilização para tratar de forma mais adequada conflitos envolvendo a prestação de serviços de saúde, conflitos no ambiente escolar, na área de segurança pública, conflitos referentes à ocupação do espaço urbano, entre outros.

Para tanto, é possível o treinamento de servidores e profissionais para utilização das técnicas de mediação em suas atividades e a criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, nos moldes da Lei de Mediação, ou mesmo a utilização de Câmaras Privadas, conforme o caso.

É de se recomendar também a utilização da mediação e da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo contratos e convênios com entidades do terceiro setor (OS, OSCIP, etc.) e em consórcios públicos envolvendo Estados e Municípios, situações em que eventual impasse jurídico pode trazer sérios problemas para o gestor público

e para a sociedade de uma forma geral. Sempre necessário ponderar que sempre será necessário adotar o princípio da confidencialidade expressamente em seus regulamentos.

É plenamente vedado aos árbitros, às partes e aos demais participantes do processo divulgar qualquer informação a que tenham tido acesso em decorrência de sua participação no procedimento, salvo se expressamente autorizado por todas as partes ou em caso de ordem judicial.

Por outro lado, com a edição da Lei nº 13.129/2015, o art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem passou a dispor que a arbitragem que envolva a Administração Pública respeitará o princípio da publicidade.

Neste contexto, e a fim de dar cumprimento ao dispositivo legal, os Regulamentos de Mediação estabelecem que a Câmara fica autorizada a divulgar a existência do procedimento, o nome das partes envolvidas, o valor do litígio e o inteiro teor da sentença arbitral ou do termo final de mediação, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário. Inverte-se, desse modo, a presunção de confidencialidade do procedimento, quando envolver ente da Administração Pública.

A **Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011)** define uma série de informações que podem ser classificadas como pessoais ou sigilosas, cabendo à própria Administração a sua identificação.

Entende-se que o princípio da publicidade aplica-se primordialmente à Administração Pública, que está vinculada à previsão do artigo 37, caput, da Constituição Federal, de forma que a solicitação de informações adicionais, por terceiros alheios ao procedimento, deverá ser dirigida ao próprio ente público, obrigado por lei a fornecê-la.

Porém, nada impede que, havendo interesse das partes, seja viabilizado um nível maior de publicidade ao procedimento, por meio da disponibilização do conteúdo integral do procedimento ou mesmo com a transmissão on-line das audiências e sessões eventualmente realizadas.

Por fim, e no sentido de demonstrar a forma e prática do uso da mediação pela Administração Pública, torna-se possível plenamente serem criadas e regulamentadas as Câmaras (ou Centrais de Conciliação), diga-se, vinculada diretamente à Procuradoria Geral do Município (PGM) mais especificamente e se assim for da necessidade, sempre seguindo as diretrizes elencadas na Lei 13.140/15 (Lei da Mediação) uma vez que esta destaca expressamente a forma e procedimentos a serem adotados pela Administração Pública.

É de se destacar que a criação de referidas câmaras sempre serão realizadas por leis ou decretos específicos, sobre a adoção de métodos adequados de resolução de controvérsias para a solução de conflitos que envolvam a Administração Pública ou suas entidades.

6 RESULTADOS

6.1 Guia orientador das novas regras dos procedimentos licitatórios

Como indicado anteriormente, tem-se nesta seção o primeiro resultado prático desta dissertação, a elaboração de um guia indicativo dos principais pontos da atual legislação. Foi concebido para a realidade dos administradores públicos.

O que mudou?

Os primeiros artigos do capítulo tratam do âmbito de aplicação da nova Lei Geral de Licitações e Contratos. A nova redação ficou mais sistematizada e tornou mais claro o que já era interpretado quanto à abrangência da Lei Geral de Licitações, sem que houvesse mudança, isto é, que ela se aplica:

- À Administração Direta, Autárquica e Fundacional, de todos os entes federativos;
- Aos fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Absorção do regime: do pregão e do RDC na nova Lei.

Determinação respeitando a disciplina da Lei das Estatais, sendo reconhecido que as estatais serão regidas por lei própria (Lei nº 13.303/2016), não havendo sequer aplicação subsidiária (às estatais, no entanto, aplicam-se os crimes próprios, os quais foram deslocados para o Código Penal).

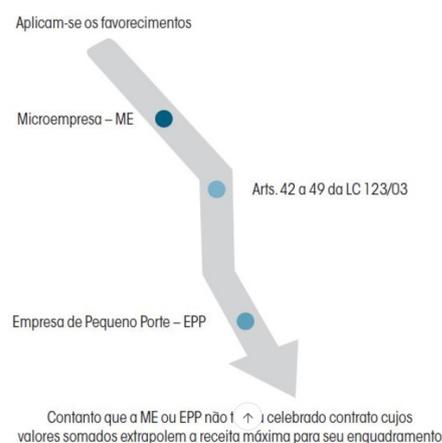
Para **contratações de repartições sediadas no exterior** – regulamentação do ministro de Estado.

Doações ou empréstimos estrangeiros: pode haver adequação de seleção e procedimento, se houver tal exigência, desde que observados os princípios constitucionais. Aplicação dos favorecimentos contidos nos arts. 42 a 49 do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (MEs e EPPs).

NOVIDADE DA LEI: reforço de hipótese de afastamento de favorecimento para ME e EPP, caso haja:

- Item cujo valor ultrapasse a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como EPP, no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral; e
- No caso de Engenharia (obras e serviços), valor estimado superior à receita bruta máxima do enquadramento como EPP.

Figura 3 - Favorecimento ME/EPP



Fonte: O autor (2021)

Matriz de Risco

Ampliação das definições, com as novidades do antigo RDC, da Lei do Pregão, que foram incorporadas, além de pormenorização e aprimoramento em termos de planejamento. Há a previsão de estudo técnico preliminar – ETP.

A nova Lei prevê matriz de riscos: caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. Ressalte-se que, na matriz de riscos, existe a possibilidade de estabelecimento de fração do objeto passível de inovação em obrigação de resultado, mas não em termos de obrigação de meio, que deve estipular a fração de objeto sem liberdade de inovar (NOHARA, 2021).

Figura 4 - Matriz de riscos

Fonte: O autor (2021)

No tocante às obras de engenharia, houve também inspiração tanto na sistemática da Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011), que primeiro previu a contratação integrada, quanto na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), a qual ainda contemplou a previsão de contratação semi-integrada.

O regime de contratação integrada é definido, no inciso XXXII do art. 6º da Nova Lei de Licitações e Contratos como o regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e demais operações necessárias e suficientes para entrega final do objeto.

Figura 5 - Obras de Engenharia (Inspirada na RDC)

Fonte: O autor (2021)

A Lei definiu como obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200 milhões.

Grande novidade: diálogo competitivo.

Critérios de julgamento: (a) menor preço; (b) melhor técnica ou conteúdo artístico; (c) técnica e preço; (d) maior retorno econômico; e (e) maior desconto.

Fim da tomada de preços e do convite.

Procedimentos auxiliares inspirados no RDC: a pré-qualificação, o sistema do registro de preços e registro cadastral. Também houve previsão do credenciamento e o procedimento de manifestação de interesse, sendo o credenciamento um procedimento auxiliar que gera uma hipótese de inexigibilidade, conforme o art. 73, IV, da lei.

Figura 6 - Projetos Auxiliares



Fonte: O autor (2021)

CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA: catálogo eletrônico e sítio eletrônico oficial.

Figura 7 -- Modernização



Fonte: O autor (2021)

Incorporação do contrato de eficiência, que era tratado na disciplina antiga do RDC: com objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução das despesas correntes, sendo a remuneração do contratado baseada no percentual da economia gerada.

Definições de sobrepreço e de superfaturamento, com inspiração nas definições da Lei nº 13.303/2016.

Sobrepreço: preço superior aos referenciais de mercado; seja em um item; e seja no valor global do objeto.

Superfaturamento: medição de quantidade superior; diminuição de qualidade, vida útil ou segurança; alteração no orçamento que cause desequilíbrio em favor do contratado; distorção do cronograma, com custos adicionais ou reajuste irregular de preços.

Distinção entre reajustamento em sentido estrito e repactuação.

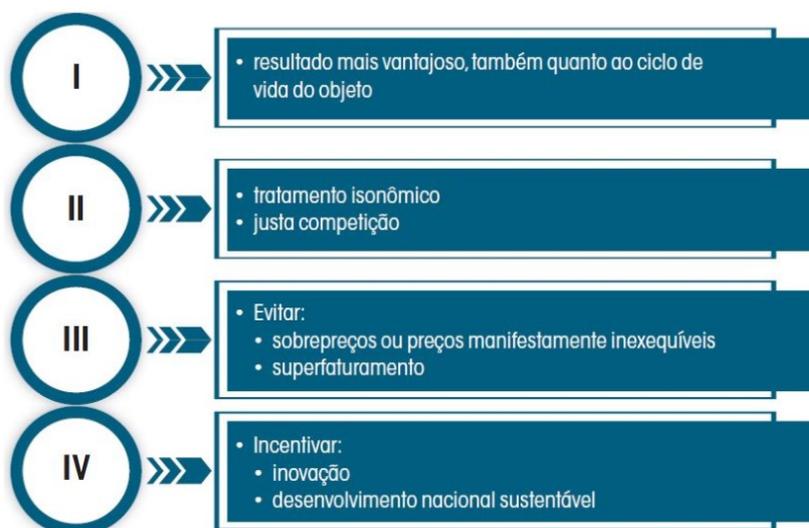
A lei define **reajustamento** em sentido estrito como a forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. Trata-se de conceito distinto de revisão, pois o reajuste não provoca alteração em cláusula contratual.

Previsão da repactuação – em virtude dos custos com a mão de obra.

Há o empoderamento do agente de contratação para tomar decisões.

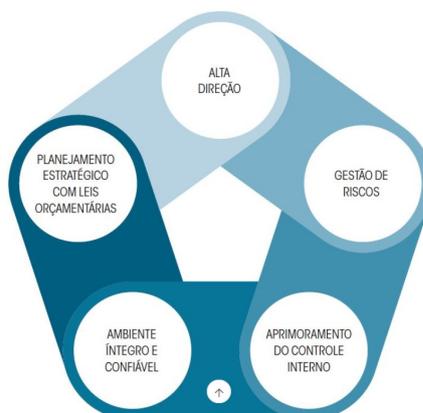
Objetivos (art. 11 da Nova Lei de Licitações): Assegurar a seleção da proposta mais apta a gerar o resultado mais vantajoso, inclusive no ciclo de vida do objeto; assegurar tratamento isonômico e justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestadamente inexequíveis e superfaturamento; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Figura 8 - Objetivos



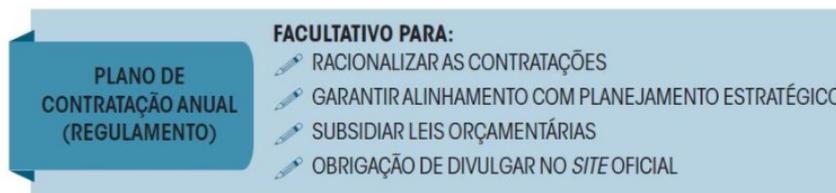
Fonte: O autor (2021)

Governança da contratação (art. 11, parágrafo único da Nova Lei de Licitações): implementação de processos e estruturas, com gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar, promovendo um ambiente íntegro e confiável, com planejamento estratégico, conformidade com as leis orçamentárias, eficiência, efetividade e eficácia nas contratações.

Figura 9 - Governança das contratações

Fonte: O autor (2021)

Reforço no planejamento: pode-se adotar um **plano de contratação anual**, para racionalizar com planejamento estratégico e aderência às leis orçamentárias. O plano será divulgado em sítio eletrônico oficial.

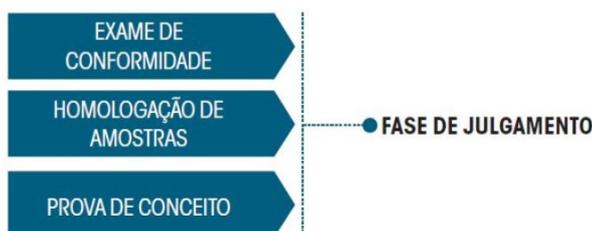
Figura 10 - Plano de Contratação Anual

Fonte: O autor (2021)

Inversão de fases como regra e, excepcionalmente, com explicação dos benefícios, pode ser que a habilitação venha antes da apresentação das propostas, dos lances e do julgamento, desde que haja revisão no edital.

Fases da Nova Lei: (1) Preparatória; (2) Divulgação do edital; (3) Apresentação de propostas e lances, quando for o caso; (4) Julgamento; (5) Habilitação; (6) Recursal; (7) Homologação.

Na fase de julgamento, pode haver **avaliação da conformidade**, por meio de: homologação de amostras; exame de conformidade ou prova de conceito.

Figura 11 - Análise e Avaliação de Conformidade

Fonte: O autor (2021)

Também houve a previsão, em caráter facultativo, de **certificação** para: (1) Estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos; (2) Conclusão de fases ou de objetos de contratos; e (3) Material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação.

Figura 12 — Certificação Facultativa

CERTIFICAÇÃO: em caráter facultativo
ORGANIZAÇÃO INDEPENDENTE ACREDITADA PELO INMETRO para:

1. estudos, anteprojetos e projetos;
2. conclusão de fases ou objetos;
3. material e corpo técnico.

Fonte: O autor (2021)

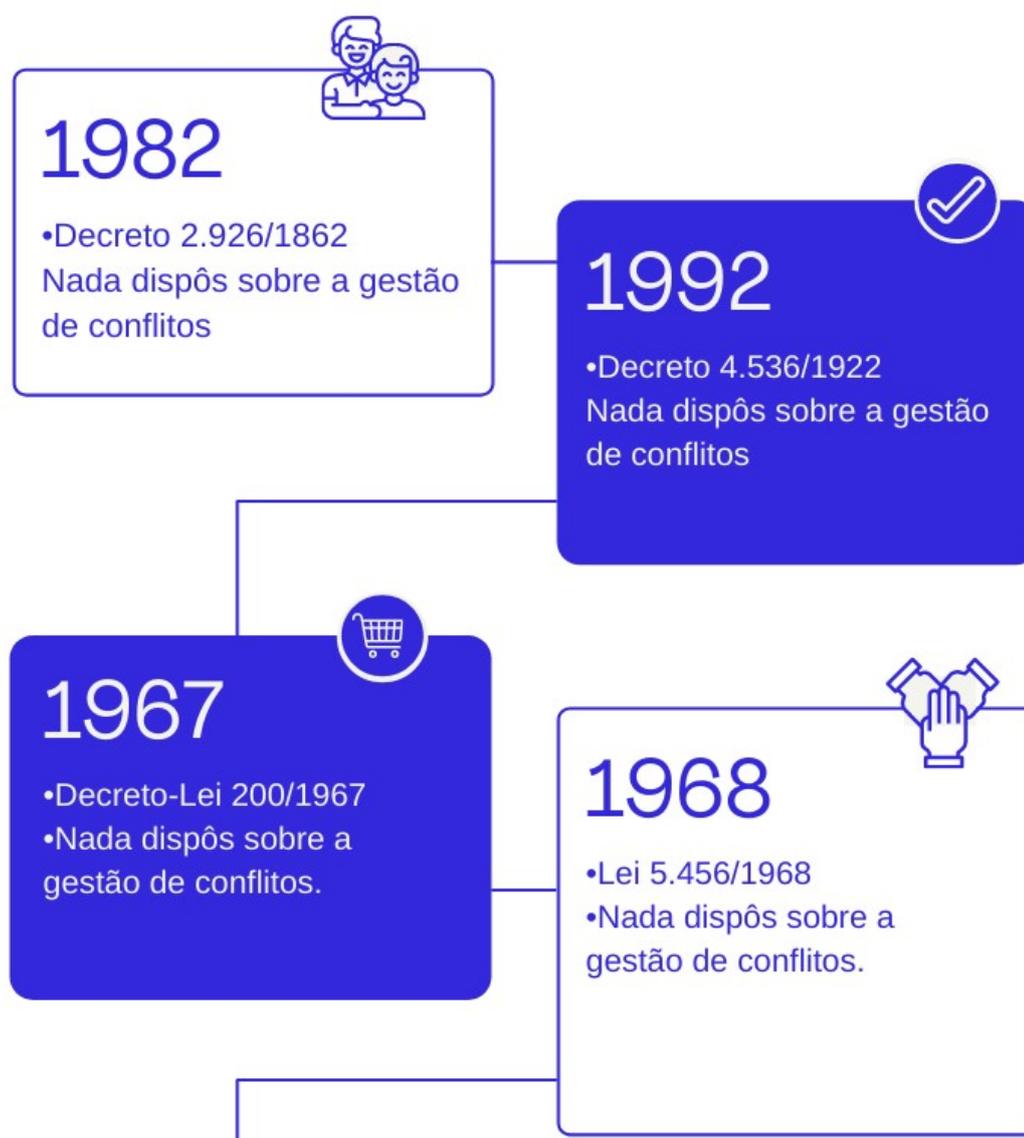
A nova lei de licitações tem um viés de **consensualidade**.

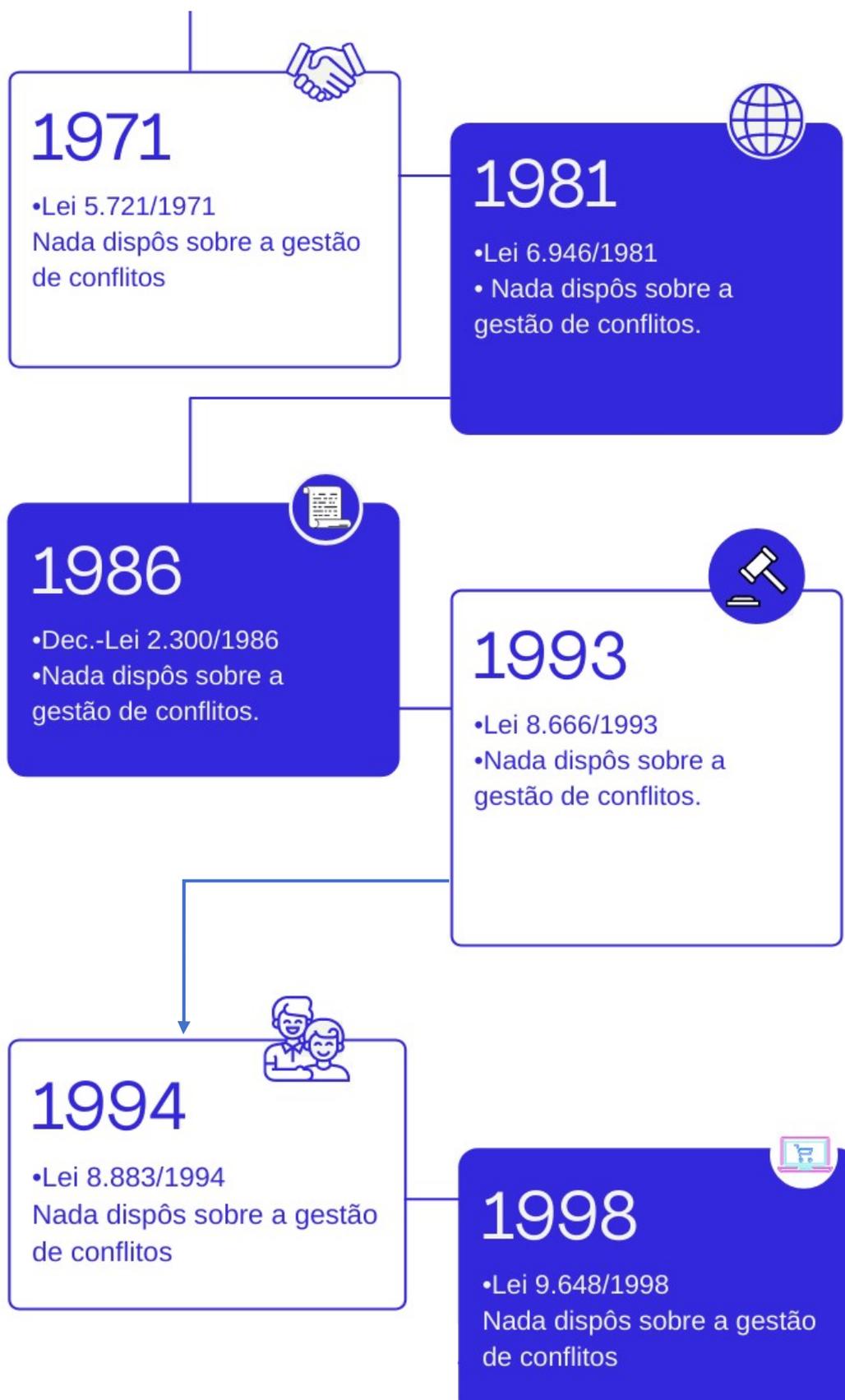
6.2 A institucionalização histórica da gestão de conflitos nas legislações sobre compras públicas

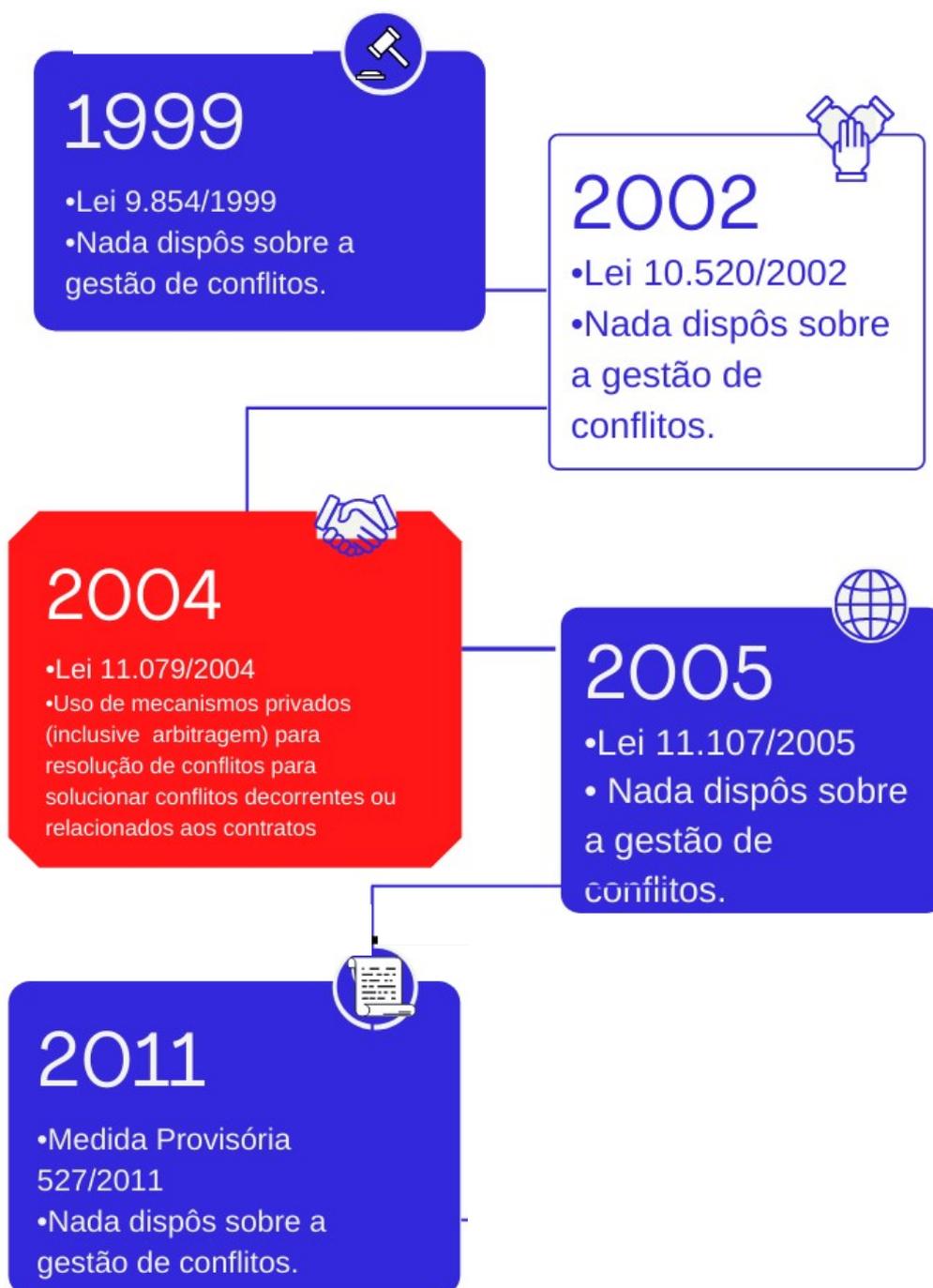
Como evidenciado na seção anterior, a nova lei tem o viés da consensualidade. Entre as inúmeras novidades da legislação vigente, destaca-se a proeminência do capítulo sobre soluções de conflito, denominado como Meios Alternativos de Resoluções de Controvérsias, que não constava na Lei 8.666. Embora não seja comum usar mecanismos, em especial a mediação, para a solução de conflitos envolvendo relações contratuais da administração pública, este é um marco para condução dos processos. É uma questão que demonstra que o legislador não só autoriza a utilização desses mecanismos, mas, que também, fomenta e cria incentivos expressos. Pondera-se que tal fato tem precedente histórico, tal qual observado na linha cronológica que segue.

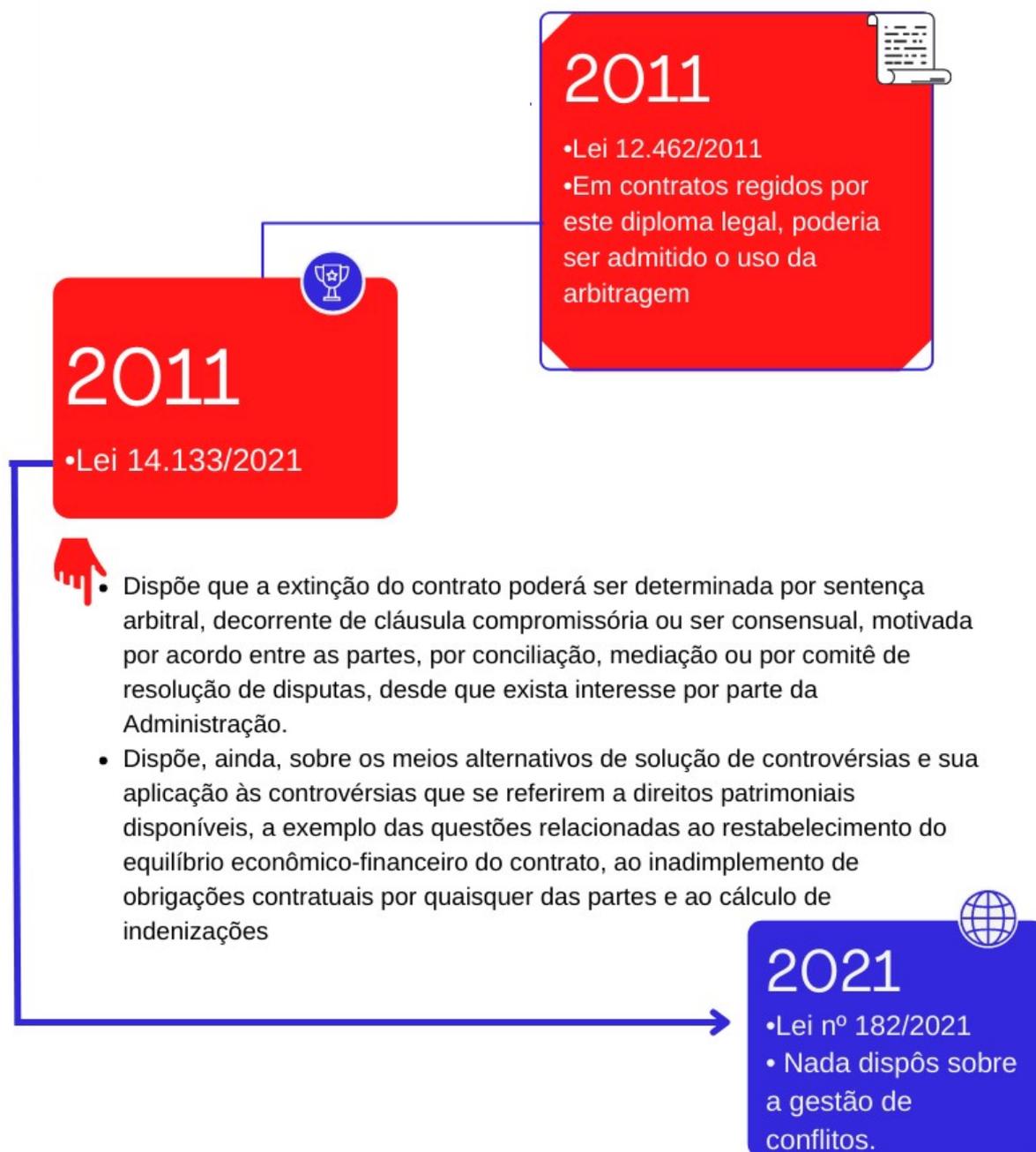
Figura 13 – Linha histórica de institucionalização da gestão de conflitos nos Institutos normatizador das compras públicas

A institucionalização histórica da gestão de conflitos nas legislações sobre compras públicas









Fonte: Resultados da pesquisa (2022).

Desta quarta seção ficou claro que as compras públicas, historicamente, caminharam para a institucionalização da mediação como meio de resolução de conflitos oriundos das contratações e licitações públicas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como relatado ao início, o presente estudo foi elaborado com vistas a responder a seguinte questão-problema: em que medida a autocomposição de conflitos é aplicada em contratos sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo?

Os dissensos acerca da existência do contrato na esfera do Direito Público, no direito brasileiro, em que pese a excelência de vozes em sentido oposto, foram dissipados a partir da previsão da figura do contrato administrativo no Texto Fundamental ou, para citar a expressão ali referida, do “contrato de Direito Público”. Conquanto complexa a identificação das diferenças entre as espécies de contrato – público e privado – adotou-se na dissertação o entendimento de que a presença do Ente público na relação contratual, ainda que nascida de um consenso, faz surgir a sujeição da parte privada aos princípios e normas que compõem o regime especial jurídico-administrativo.

Nesse cenário, destacou-se a presença de prerrogativas inerentes a esse tipo de ajuste, sempre com expressa previsão em lei, cuja finalidade precípua é perseguir a realização do interesse público. Relevante notar que, no Direito Civil, tais condições especiais são impensáveis, haja vista permitirem posição de supremacia de uma das partes, o que não encontra amparo nas relações privadas. Imprescindível pontuar, todavia, que essa característica não desobriga a Administração Pública do dever de respeitar os direitos do contratado, v.g. o de preservar o equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Assim é, por conseguinte, que aos princípios da boa fé e da função social se subsume o contrato administrativo, posto que têm sua origem na categoria genérica dos pactos, pertencentes à Teoria Geral do Direito. Avulta importância referir que o princípio da boa-fé resguarda as partes de comportamentos inidôneos, desleais, de uma ou outra, que podem prejudicar a confiança na relação contratual.

Por sua vez, o princípio da função social conecta-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto, vale repisar, no art. 1º da Constituição Federal. Dessa feita, é possível concluir que a finalidade do contrato, seja público ou privado, passa a ser regulada também pelos interesses sociais, não apenas pelos dos contratantes. Identifica-se, na esfera privada, portanto, a liberdade de contratar com o dever de obediência à função social dos pactos, a qual impõe que, embora interessante para as partes, se o ajuste se afigurar prejudicial aos interesses merecedores de tutela jurídica, não estará preenchida sua função

social, conforme previsão legal. No que concerne aos contratos administrativos, a função social é inerente, haja vista o Ente público não poder se afastar da finalidade pública.

Nessa moldura, restou consignado que o fim social do contrato deve estar associado ao princípio da boa-fé, de sorte que, na seara do contrato administrativo, os conflitos que surgirem devem ser resolvidos da forma mais adequada, hábil a atender ao interesse da parte, mas, principalmente, ao interesse público. Entretanto, ao longo do estudo, restou demonstrado que, na prática, o comportamento da Administração Pública nem sempre se coaduna com o plexo de princípios que rege o contrato. Isto porque, não raro, o direito do contratado não é reconhecido ou, se reconhecido, o pleito formulado pelo particular não é atendido, na esfera administrativa, ainda quando se trata de matéria respaldada em jurisprudência remansosa dos Tribunais Superiores, a exemplo das questões relacionadas a equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a indenizações por contrato nulo.

Tal proceder tem como consectário natural a busca pela resolução do conflitos perante o Poder Judiciário, cuja solução, como cediço, é morosa e apresenta custos elevados para o interessado. De outra mão, o crescimento exponencial da quantidade dos processos judiciais muito se tem atribuído à mudança de comportamento da sociedade que, com supedâneo na Constituição, adotou postura mais controladora e exigente de seus direitos e de suas garantias constitucionais. Nesse contexto, é de se realçar o significativo avanço no número de ações manejadas contra o Estado, ao que se constata que a cultura da litigiosidade está fortemente presente na sociedade brasileira, quadro que precisa ser mudado e substituído pela cultura da pacificação.

Este se constituiu o ponto crucial da investigação, em outros dizeres, prospectar formas alternativas que ampliem as possibilidades de se realizar a justiça social, sem a necessidade da presença do Poder Judiciário, com o fim precípua de solucionar as contendas no âmbito dos contratos administrativos. Isto em razão de, não obstante os avanços percebidos, ainda se fazer imprescindível mudar o pensamento predominante de que a justiça só se concretiza pela mão estatal. Não que seja desimportante, apenas verificou-se que é insuficiente, razão por que defender o uso de caminhos alternativos ao Poder Judiciário se tornou irrefutável. Emerge, assim, a participação do cidadão nesse processo, como meio de concretização do Estado Constitucional da Democracia participativa, que valoriza a “cidadania/povo” e a “cidadania/Nação”, parodiando Paulo Bonavides.

Com tal desiderato, a pesquisa demonstrou a relevância do papel inclusivo da Administração Pública, para, assim, inaugurar/aprimorar procedimentos que reconheçam o cidadão como o principal personagem na solução das controvérsias, indo além de sua

participação nas políticas públicas, como por exemplo, na resolução das contendas contratuais. A atuação da Administração Pública deve se direcionar para atender ao interesse público e, conseqüentemente, concretizar a justiça social.

Por esse prisma, reconheceu-se à Constituição Federal papel prioritário, é dizer, o de desempenhar a função de leme a conduzir o interesse público e impor sua realização sempre da melhor forma possível. Vê-se a primazia da vontade constitucional, dos valores fundamentais, aos quais se subsume o agente público a quem é imposto o dever de promovê-lo.

No tocante aos contratos administrativos, concluiu-se que muitas ações judiciais manejadas pelos particulares poderiam ser solucionadas amigavelmente, uma vez que tratam de matérias fartamente discutidas na esfera administrativa. Porém, para isso acontecer, a Administração Pública teria que dispor de meios extrajudiciais de solução de conflitos na área contratual. Esses mecanismos vão desde procedimentos como a negociação, a mediação e a conciliação, considerados mais simplificados, até os mais complexos, a exemplo da estipulação de cláusula arbitral nos contratos, de cláusula *dispute boards*, além do uso dos modernos instrumentos de *smart contracts*, alimentados com a tecnologia *blockchain*, cuja sistemática pode contribuir para diminuir conflitos durante a execução do contrato, além de prevenir fraudes.

Em contratos que apresentem maior grau de complexidade e, em consequência, demandam conhecimentos técnicos de outras áreas, comumente verificado na realização de obras de grande vulto ou na prestação de serviços técnicos especializados, notou-se que soluções outras podem ser utilizadas, de modo a conferir celeridade e ganhos para as partes. Assim ressaltou-se que a arbitragem tem sido considerada eficaz instrumento na resolução de questões dessa natureza com resultados proveitosos para o Ente Público e para o interessado, além de refletir positivamente na sociedade.

Sobreleva mencionar que foram avaliadas as conseqüências danosas que advêm do excesso de ações ajuizadas no Poder Judiciário, haja vista que os cidadãos compartilham os ônus da atuação do Estado, representado pelos Poderes Executivo e Judiciário.

Outro fator a sopesar é o de que a tramitação demorada dos litígios causa mais custos aos cofres públicos, em virtude da imposição de multas, juros e correção incidentes sobre as quantias que se sabem devidas.

Lado outro, detida análise mereceram outros dois aspectos em relação às demandas na esfera do Poder Judiciário, conforme o estudo empreendido mostrou. O primeiro retratado no fato de que a decisão estatal nem sempre proporciona o resultado que, na visão dos

envolvidos, seja considerado “justo” e, o segundo, justificado pela constatação de que as partes, via de regra, nos processos submetidos ao sistema tradicional, após a prolação da sentença, permanecem com o mesmo sentimento beligerante que as motivou no início da contenda, o que não conduz à efetiva pacificação social.

Ao revés, os estudos desenvolvidos por pesquisadores revelaram que os resultados obtidos por meio do uso de métodos adequados de solução de controvérsias são capazes de promover relações duradouras, haja vista que são fruto da participação de cada um dos envolvidos. A importância das soluções consensuais ressaí, ainda, da comprovação de que a lei não pode prever todas as situações fáticas e jurídicas e estipular determinada consequência, ou seja, nem sempre haverá resposta na legislação para os pleitos do cidadão. A apontada insuficiência conduz à busca de alternativas, situação em que o consenso se entremostra forma capaz de prevenir e solucionar os confrontos com a Administração Pública.

Posto isso, foi possível concluir que o uso de mecanismos consensuais deve estar mais presente nas relações contratuais travadas entre Administração Pública e os parceiros privados, porquanto as soluções acordadas têm o condão de mitigar as dificuldades, de elevar ao máximo os ganhos, de sorte a diminuir os incômodos para os envolvidos, e as ideias discutidas e ponderadas livremente entre as partes constituem-se maneiras mais adequadas e proveitosas para o cumprimento das decisões.

Neste ponto, considerando-se a possibilidade de se resolver determinada controvérsia detectada na execução de um contrato administrativo, tem-se que a sociedade empresária, ao ter solucionada a controvérsia, poderá voltar a ser parceira em novos empreendimentos que visem ao atendimento das necessidades da coletividade, justamente porque a decisão refletirá a vontade das partes, ou seja, elas mesmas encontrarão o ponto de equilíbrio para pôr fim à controvérsia instaurada.

A partir do paradigma da prioritária solução dos conflitos administrativos pela via consensual, do chamado direito administrativo não adversarial e do dever estatal de colaboração com o administrado, pode-se dizer que a Nova Lei de Licitações possui um forte viés de consensualidade administrativa, podendo-se afirmar ainda que ela efetivamente prioriza a solução consensual dos conflitos envolvendo a temática das licitações e contratos administrativos.

Ao longo de todo o texto normativo, diversos dispositivos revelam a importância conferida pela lei à noção de consensualidade administrativa, culminando com a previsão de um capítulo específico tratando dos meios alternativos de resolução de controvérsias. De fato, já no art. 5º da Lei, que dispõe acerca dos princípios das licitações e contratos administrativos,

verifica-se que há uma incorporação das normas estabelecidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Nessa linha, não se pode perder de vistas que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi recentemente alterada, por meio da Lei 13.655/2018, introduzindo, entre outros importantes dispositivos que orientam a interpretação e aplicação do direito público no país, o art. 26, da LINDB. O referido comando normativo vem sendo denominado pela doutrina de “permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública” (GUERRA; PALMA, 2018, p. 146) de maneira que qualquer órgão ou ente administrativo fica autorizado a celebrar compromisso, nos termos do mencionado dispositivo legal, não se fazendo mais necessária a edição de legislação específica, decreto ou regulamentação interna.

Ora, a partir do momento em que a novel legislação de licitações e contratos administrativos, de maneira expressa (isso nem seria necessário, a rigor), incorpora em seu texto, como verdadeiro vetor interpretativo e aplicativo, as normas jurídicas insertas na LINDB, notadamente o art. 26, evidentemente que as licitações e, sobretudo, os contratos administrativos passam a ser uma seara fértil para a consensualidade administrativa, especialmente no que diz respeito à atividade de prevenção e resolução de litígios administrativos.

Mas não para por aí. Diversos outros comandos normativos ainda impõem esse viés de consensualidade, a exemplo do art. 61, da nova lei, que prevê uma espécie de negociação pré-adjudicatória do objeto da licitação, ao preconizar que “definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado” (BRASIL, 2021, s.p.).

Também o art. 90, § 4º, inc. I autoriza negociação com licitantes remanescentes para “obtenção de preço melhor”, caso o licitante vencedor não compareça para assinar o termo de contrato, tampouco os demais licitantes concordem com as condições da proposta do licitante vencedor.

Pode ser citado, ainda, o art. 107, que prevê a possibilidade de prorrogações sucessivas dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos, sendo permitida a negociação com o contratado visando assegurar que as condições e os preços permaneçam vantajosos para a Administração Pública. Diante deste cenário, e exatamente em compasso com o chamado “Direito Administrativo não adversarial”, é que a novel legislação traz um capítulo específico sobre “meios alternativos de resolução de controvérsias” (arts. 151 a 154).

Portanto, constata-se que a nova lei de licitações e contratos administrativos possui um forte viés de consensualidade, caminhando no exato compasso da moderna dogmática

administrativista, que dá especial enfoque à noção de consensualidade administrativa e à utilização prioritária de métodos alternativos e mais adequados de resolução de controvérsias no âmbito da Administração Pública – o chamado direito administrativo não adversarial.

Não é por outro motivo que a novel legislação possui um capítulo específico que autoriza o uso de meios alternativos de resolução de controvérsias, contribuindo para a instauração de uma cultura de consensualidade no âmbito da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, F. L. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Rev. Sociologia e Política*, Curitiba, 24, p. 41-67, jun. 2005.
- ABU-EL-HAJ, Jawdat. Da “Era Vargas” à FHC: transições políticas e reformas administrativas. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 36, n. 1/2, 2005, p. 33-51.
- ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da Mediação de Conflitos – ADRs. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha;
- AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. O direito de acesso à justiça e a mediação. Dissertação de Mestrado Brasília, Uniceub, 2008
- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, BA, n. 4. p. 1-25, out./nov./dez. 2005
- AZEREDO SANTOS, Theophilo de; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. A mediação como método (alternativo) de resolução de conflitos. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al. Arbitragem e Mediação: Temas controvertidos. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014. p. 416.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2d4dbfec54.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- BAHAMONDE, Ruben. The structuring principles of Mediation in Portugal. GALILEU - Revista de Economia e Direito, v. XIX, nº2, 2018.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. Salvador: JusPodivm, 2017.
- BARROS, Sérgio Resende. Liberdade e contrato: a crise da licitação. 2 ed. Piracicaba: UNIMEP, 2005.
- BARROS, Wellington Pacheco. Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BATISTA FILHO, Onofre Alves. O Estado democrático de direito pós-providência brasileiro em busca da eficiência pública e de uma administração pública mais democrática. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v.8, 2008.

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

BATISTA JÚNIOR, Onofre Salves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BERTÃO, Naiara. Câmaras de arbitragem: sua briga é o nosso negócio. Revista Exame, 28.02.2019. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/sua-briga-e-o-nosso-negocio/>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BEVILAQUA, Clóvis. Código civil comentado. 5.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.4, 1938.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.312, de 15 de fevereiro de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 25 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 25 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 25 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 25 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 8666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666_cons.htm. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da

administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 20 Jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1380/2008. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 16 julho 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1428/2003. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 24 setembro 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2554/2017. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro André de Carvalho. Brasília, 14 novembro 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2604/2020. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 20 setembro 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2681/2013. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 02 outubro 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2699/2019. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 06 novembro 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 50/2019. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Brasília, 23 janeiro 2019.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público* 47, 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (org). Reforma do Estado e administração pública. 6 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMBI, Eduardo. Conciliação e mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 194, p. 281, abr. 2011.

CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no Novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência na administração. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p.129-153, jun. 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Traduzido por A. Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 1988.

CARDOSO JR., J. C (Coord). *Brasil em desenvolvimento: estado, planejamento e políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 6. ed. Salvador: JusPodvm, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Principiologia do concurso público. Maceió: Edufal, 2015.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; GOMES, Filipe Lôbo; FREITAS, Janaina Helena de. et al. Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos. Curitiba: Juruá Editora, 2021.

CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: La crisis del Estado. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

CHASE, Oscar G. Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da resolução comparada. Tradução de Sérgio Arenhadt e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Justiça em números 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 17 Jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Justiça em Números: 3,9 milhões de acordos homologados em 2019. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-39-milhoes-de-acordos-homologa-dos-em-2019/>. Acesso em: 17 Jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 20 Jan. 2021.

COOLEY, John W. A advocacia na mediação. Trad. René Locan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

COSTA, F. L. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista da Administração Pública - RAP*, Rio de Janeiro, v. 42, n.5, p.829-874, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5.pdf>>.

DAGNINO, E. Construção Democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. *Política e Sociedade*, n. 5, 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1983/1732>>.

DAHRENDORF, Ralf. *Homo Sociologicus*. Tradução de Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coord). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

DONIZETTI, Elídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético por assunto*. São Paulo: Atlas, 2010.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004.

EL DEBS, Martha; EL DEBS, Renata; SILVEIRA, Thiago. *Sistema multiportas: o universalismo do acesso à justiça*. Salvador: JusPODIVM, 2020.

EL DEBS, Martha; SARDINHA, Cristiano de Lima Vaz. *Cartórios e acesso à justiça*. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2019.

FACCI, Lúcio Picanço. *A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRAZ, Luciano. *Contratos administrativos e flexibilidade em tempos de Covid-19*. *Revista Consultor Jurídico*, 1 de abril de 2020, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/luciano-ferraz-contratos-administrativos-flexibilidade>. Acesso em: 15 junho 2021.

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade social: A promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Fórum: Belo Horizonte, 2012.

FICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, Andre Luis. *Questões concernentes à anulação de sentenças arbitrais domésticas*. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva, et. al. *Arbitragem e Mediação: Temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRANCE, Guilherme de Jesus; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. *Regulação Consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta*. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 89-122, jul. 2017.

FREITAS, Juarez. *As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração*. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 35.1, p. 195-217, jan.- jun. 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 4. ed. Malheiros, São Paulo, 2016.

- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*, vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 25ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.
- JONATHAN, Eva. *Mediação de Conflitos*. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2020. p.90-91.
- JUNQUEIRA, Kátia Valverde. *Mediação – Instrumento Eficaz para a Eficiência Regulatória*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 108-118, out.-dez. 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18. ed. São Paulo: Dialética, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Limites às alterações de Contratos Administrativos*. Informativo de Licitação e Contratos n.º 42, agosto, 1997.
- KETTLE, Donald F. *The global public management revolution*. 2. ed. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2005.
- LAMARÃO, Ronaldo Coelho. *Contratos Administrativos*. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais como elementos operativos-constitutivos do Estado Democrático de Direito no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina–UFSC. Florianópolis, 2000.
- LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador judicializado: improbidade administrativa e devido processo – aproximações e distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014.
- MACHADO, Fernando. *Indisponibilidade do Interesse Público*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. Comunicação: teoria, axiomas e aspectos. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (orgs). Estudos avançados de mediação e arbitragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. v.1, p.87.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. Novos estud. - CEBRAP [online]. 2006, n.76, pp. 139-156. ISSN 0101-3300.

MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Minas Gerais: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: RT, 1992.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 1, n. 3, São Paulo, RT, set.-dez., 2004.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo. As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise do direito administrativo. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo no século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, Egon Brockmann. *Processo administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORETTI, Natália Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In MARRARA, Thiago (organizador). *Princípios do Direito Administrativo*, Editora Atlas, São Paulo, 2012.

MORGADO, Cíntia. Direito à boa administração: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 68-94, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NUNES, E. Tipos de capitalismo, instituições e ação social. In: *Gramática Política do Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: ENAP, 1997. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Cursos/09.Nunes,Edson-Tipos.pdf>>

NUNES, Juliana Raquel. *A importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça – Uma análise à luz do novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, p. 27, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Administração Pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de direito e Relações Internacionais da Unibrasil*, Curitiba, jan./dez. 2007. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/722/678>. Acesso em: 20 Jan. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Método, 2012.

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

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

PELUSO, Cesar. Mediação e conciliação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 8, v. 30, p. 15-18, jul.-set., 2011.

PÉRCIO, Gabriela Verona. *Contratos Administrativos*. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Uma leitura processual dos Direitos Humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). *Temas sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 71.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A ressignificação do princípio do acesso à Justiça à luz do art. 3.º do CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 254, p. 17-44, abr. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação – A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo (Org.). *Acesso à Justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios democráticos de solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras – ARCE: um estudo de caso. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Fortaleza, 2008.

REISDORFER, Guilherme Fredherico. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 149 – 167.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda pública no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos: lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 965-986, set.-dez. 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALLUM, B. Metamorfoses do Estado brasileiro no final do século XX. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: ANPOCS, v.18, n. 52, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n52/18065.pdf>>.

SANTOS, Theophilo de Azeredo; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. A mediação como método (alternativo) de resolução de conflitos. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et. al. *Arbitragem e Mediação: Temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014. p.91.

SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Brasília, a. XXIX, v. 80, n.3, p. 70-71, 2011.

SECCHI, L. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. *RAP*, Rio de Janeiro, n. 43, v. 2, p. 347-69, mar./abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a04.pdf>>.

SILVA, C. E. R. F. *Administração gerencial e a reforma administrativa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição - O caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMMEL, Georg. *El conflicto. Sociología del antagonismo*. Tradução: Javier Erasmo Ceballos. Madrid: Ediciones Sequitur, 2013.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. *Mediação de Conflitos Ambientais*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

Sônia Naves David Amorim. Ética na esfera pública: a busca de novas relações Estado/sociedade. *Revista do Serviço Público*. Ano 51, Número 2, Abr-Jun 2000, p.94-104. Disponível em: <http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/327/333>.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: modificações na lei dos juizados especiais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

SOUZA, Luciane Moessa de. É possível a resolução consensual de conflitos com o poder público. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-jul30/luciane-moessa-resolucao-consensual-poder-publico. Acesso em: 22 Jan. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 87-109, mar.-abr. 2008.

VIANA, Priscila. *A Nova Lei de Licitações e o Sistema de Controle Interno*. 2020. Disponível em: <http://www.priscilaviana.com.br/visualizacao-de-noticias/ler/49/a-nova-lei-de-licitacoes-e-o-sistema-de-controle-interno>. Acesso em: 25 Julho 2021.

ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do regime diferenciado de contratação à luz da constituição da república. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime diferenciado de contratações - RDC: aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13-25.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

**ORIENTAÇÕES PRÁTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EM
CONTRATAÇÕES VIA RDC E AS NOVAS REGRAS DOS PROCEDIMENTOS
LICITATÓRIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Para início do projeto de pesquisa demonstrou-se que entre os anos de 2013 e 2016, o Brasil foi palco de importantes eventos internacionais, tais quais a Copa das Confederações FIFA de 2013, a Copa do Mundo FIFA de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Tais eventos, além de movimentarem a economia, propiciaram o fortalecimento da cultura e da prática esportiva nacional, bem como a ampliação da quantidade e da qualidade dos equipamentos públicos, permitindo atualizar sistemas públicos de educação e promover a inclusão social. Além disso, proporcionaram alterações relevantes na regulação das contratações e aquisições públicas. Diante do curto tempo para a construção das obras necessárias à realização destes eventos, precisou-se editar um diploma normativo capaz de regular as contratações públicas de forma célere e com eficiência. Para tanto, foi instituído o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) por meio da Lei nº 12.462/2011. O RDC surgiu com a proposta de reduzir o formalismo e impor eficiência às contratações públicas, a partir, por exemplo, da possibilidade de indicação de marcas e modelos, da remuneração variável conforme o desempenho, do sigilo no orçamento estimado, da instituição da fase recursal única, da inversão de fases de habilitação e julgamento, além de instituir o contrato de eficiência e o regime de contratação integrada. Novos avanços recentemente foram incorporados à regulação do RDC. A partir da promulgação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/2021, foram revogadas a Lei de Licitações anterior (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e parte da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. O novo texto legal estabelece normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública Direta, bem como para as autarquias e fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. Dentre as principais alterações observadas pelos referidos institutos legais destacam-se a utilização da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas (dispute board) e arbitragem como meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias decorrentes de contratos administrativos firmados pelo poder público. Embora se trate de uma novidade na legislação de licitações e contratos administrativos, a utilização

dos métodos adequados de resolução de conflitos nas contratações públicas já se encontrava positivada em diversas leis especiais, a exemplo do artigo 23-A da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995); do artigo 11, inciso III, da Lei de Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/2004); da Lei de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública (Lei nº 13.140/2015); do artigo 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996 alterada pela Lei nº 13.129/2015); entre outras. Apesar da existência de tais instrumentos, na prática, observa-se que, historicamente, o sistema jurídico nacional priorizou a jurisdição estatal em detrimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Existe certo apreço, com uma cultura que ainda se volta para a judicialização dos conflitos. Sabe-se, contudo, que este cenário vem sendo alterado paulatinamente. Atualmente, muitos contratos administrativos e inúmeros processos licitatórios já incluem os métodos alternativos para a gestão das controvérsias. Como se sabe, a Administração Pública brasileira é fonte inesgotável de conflitos de interesses. Isso se dá no âmbito interorgânico, bem como nas relações com servidores públicos e contratos administrativos. Nas compras públicas, como envolve direitos patrimoniais disponíveis, os maiores conflitos existentes são os que dizem respeito a aspectos financeiros contratuais, como, por exemplo, a solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro. Especialmente após a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, que antecedeu os textos do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tem-se estudado com mais rigor a mediação no âmbito da Administração Pública. Os meios não litigiosos de resolução de conflitos apresentam-se como técnica preciosa para diminuir custos (públicos e privados), ao mesmo tempo em que conferem eficiência à tutela do interesse público. É precisamente este o contexto do presente estudo. Diante disto, o problema norteador desta pesquisa foi: em que medida a autocomposição de conflitos é aplicada em contratos sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo? Pontua-se que a literatura indica que a mediação é capaz de permitir à Administração Pública transacionar diretamente com a parte interessada a solução da controvérsia. Tal acordo ocorrerá em espaço chancelado por instituições imparciais – câmaras de mediação – e por mediadores profissionais (terceiros). A mediação é técnica procedimental criada legislativamente com vistas a permitir a autocomposição de interesses e direitos disponíveis e de indisponíveis que admitam transação. Ela é expressamente incentivada pelo ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo-se à luz da autocomposição dos conflitos de interesse como condição, prévia e necessária, à instalação de quaisquer litígios processuais – arbitrais ou jurisdicionais. Os processos de mediação que têm a Administração Pública em (pelo menos) um de seus polos trazem consigo as particularidades dos regimes jurídicos relativos ao exercício da função administrativa. Com base na revisão de literatura, como produto final, entendeu-se da necessidade de produzir um Guia com o propósito de esclarecer sobre o Regime Diferenciado de Contratações consoante a Nova Lei de Licitações, sendo esse devidamente elaborado. Inicialmente é importante destacar que a Nova Lei de Licitações Comparada objetiva garantir uma consulta rápida e precisa sobre o redesenho do sistema de licitações e contratos, a partir da criação da Nova Lei de Licitações que procura modernizar e consolidar em uma única lei três diplomas normativos: a Lei nº 8.666/1993, que é a antiga Lei Geral de Licitações e Contratos, a Lei nº 10.520/2002, que disciplina o pregão enquanto modalidade de licitação, e a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o RDC. Este guia foi projetado pensando na busca fácil, ágil e sistemática dos temas, permitindo ao leitor uma visão global e comparada dos dispositivos anteriores e posteriores à Nova Lei de Licitações e Contratos, de modo a

otimizar o entendimento e dar mais segurança aos aplicadores e pesquisadores de licitações e contratos. As mudanças operadas no RDC serão listadas a seguir. A nova lei absorve os meios alternativos de resolução de controvérsias. Assim, estabelece, no art. 151, que nas contratações regidas por esta lei, poderão ser utilizados conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (CRD) e a arbitragem. Os meios incidirão sobre controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia. O art. 154, por sua vez, determina que a escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de disputas seja feita com a observância de critérios isonômicos, técnicos e transparentes. Por conta do estudo ora apresentado, sabemos que a mediação e a arbitragem, além de outros métodos adequados de solução de conflitos, são plenamente compatíveis com a Administração Pública. Com a alteração promovida pela Lei nº 13.129/2015, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) passou a dispor expressamente que a Administração Pública poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, afastando qualquer dúvida a esse respeito. Por sua vez, a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), destacou diversas disposições voltadas para a Administração Pública, com todo um capítulo destinado para a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. O Código de Processo Civil estabelece também que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e que a utilização dos métodos adequados deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, §§ 2º e 3º). O Direito Administrativo Consensual apregoa uma postura não-adversarial e mais cooperativa na relação do Estado com o cidadão. Essa visão encontra-se totalmente alinhada com os princípios da confiança, da economicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública Gerencial. Nesse sentido, privar a Administração Pública de mecanismos que têm se demonstrado cada vez mais céleres, menos onerosos e mais eficientes para a solução de conflitos, perpetuando uma realidade em que o Poder Público se revela como uma das partes mais demandadas dentro do Poder Judiciário – o que certamente contraria a ideia de acesso à Justiça, em seu sentido material. Assim, de forma prática e seguindo as premissas permitidas quanto a resolução de controvérsias perante a AP, é de se observar as matérias que podem ser objeto de mediação e arbitragem. No caso em questão e apenas como demonstrativo, temos que podem ser objeto de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º, § 1º da Lei nº 9.307/96. Direitos patrimoniais disponíveis são todos aqueles que comportem expressão financeira, e sobre a matéria não exista disposição legal que vede a possibilidade de negociação ou transação, salientando que ao se optar pela arbitragem a Administração Pública não está renunciando a qualquer direito, mas apenas optando por uma via mais adequada para a solução de determinadas disputas. No mesmo sentido, e como objeto de estudo, a mediação, pode ser utilizada tanto em conflitos que versem sobre direitos disponíveis, quanto sobre direitos indisponíveis que admitam transação, nos termos do artigo 3º, caput, da Lei nº 13.140/2015. Neste último caso, porém, exige-se que haja a homologação posterior do acordo pelo Poder Judiciário. Tal previsão, alargou bastante as possibilidades de utilização da mediação pela Administração Pública, permitindo sua utilização como mecanismo de resolução em qualquer tipo de conflito, não se restringindo a conflitos que tenham expressão patrimonial. Em verdade, a análise certa e adequada dos riscos de uma contratação

certamente deve contemplar os riscos jurídicos decorrentes de eventual judicialização. De uma forma geral, quanto mais essencial a entrega tempestiva de uma obra ou produto, bem como a prestação adequada de um serviço, mais justificável se torna a escolha pela arbitragem, que permite uma decisão rápida e especializada sobre a matéria controversa. Vale repisar que em todas as áreas em que for possível a utilização da arbitragem, será possível também a utilização da mediação. Certo é que a mediação permite que a solução seja construída pelos próprios envolvidos, com o auxílio de um terceiro capacitado e imparcial, geralmente em prazo e custos mais reduzidos do que a solução arbitral. A inserção prévia de cláusula med-arb nos contratos administrativos é a melhor forma de mitigar riscos jurídicos decorrentes da demora na prestação jurisdicional e eventual falta de conhecimento especializado dos julgadores. A mediação pode ter escopo ainda mais amplo. É possível a sua utilização para tratar de forma mais adequada conflitos envolvendo a prestação de serviços de saúde, conflitos no ambiente escolar, na área de segurança pública, conflitos referentes à ocupação do espaço urbano, entre outros. Para tanto, é possível o treinamento de servidores e profissionais para utilização das técnicas de mediação em suas atividades e a criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, nos moldes da Lei de Mediação, ou mesmo a utilização de Câmaras Privadas, conforme o caso. É de se recomendar também a utilização da mediação e da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo contratos e convênios com entidades do terceiro setor (OS, OSCIP, etc.) e em consórcios públicos envolvendo Estados e Municípios, situações em que eventual impasse jurídico pode trazer sérios problemas para o gestor público e para a sociedade de uma forma geral. Sempre necessário ponderar que sempre será necessário adotar o princípio da confidencialidade expressamente em seus regulamentos. É plenamente vedado aos árbitros, às partes e aos demais participantes do processo divulgar qualquer informação a que tenham tido acesso em decorrência de sua participação no procedimento, salvo se expressamente autorizado por todas as partes ou em caso de ordem judicial. Por outro lado, com a edição da Lei nº 13.129/2015, o art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem passou a dispor que a arbitragem que envolva a Administração Pública respeitará o princípio da publicidade. Neste contexto, e a fim de dar cumprimento ao dispositivo legal, os Regulamentos de Mediação estabelecem que a Câmara fica autorizada a divulgar a existência do procedimento, o nome das partes envolvidas, o valor do litígio e o inteiro teor da sentença arbitral ou do termo final de mediação, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário. Inverte-se, desse modo, a presunção de confidencialidade do procedimento, quando envolver ente da Administração Pública. A Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011) define uma série de informações que podem ser classificadas como pessoais ou sigilosas, cabendo à própria Administração a sua identificação. Entende-se que o princípio da publicidade aplica-se primordialmente à Administração Pública, que está vinculada à previsão do artigo 37, caput, da Constituição Federal, de forma que a solicitação de informações adicionais, por terceiros alheios ao procedimento, deverá ser dirigida ao próprio ente público, obrigado por lei a fornecê-la. Porém, nada impede que, havendo interesse das partes, seja viabilizado um nível maior de publicidade ao procedimento, por meio da disponibilização do conteúdo integral do procedimento ou mesmo com a transmissão on-line das audiências e sessões eventualmente realizadas. Por fim, e no sentido de demonstrar a forma e prática do uso da mediação pela Administração Pública, torna-se possível plenamente serem criadas e regulamentadas as Câmaras (ou Centrais de Conciliação), diga-se, vinculada diretamente à Procuradoria Geral do Município

(PGM) mais especificamente e se assim for da necessidade, sempre seguindo as diretrizes elencadas na Lei 13.140/15 (Lei da Mediação) uma vez que esta destaca expressamente a forma e procedimentos a serem adotados pela Administração Pública. É de se destacar que a criação de referidas câmaras sempre serão realizadas por leis ou decretos específicos, sobre a adoção de métodos adequados de resolução de controvérsias para a solução de conflitos que envolvam a Administração Pública ou suas entidades. No tocante as novas regras dos procedimentos licitatórios temos que os primeiros artigos do capítulo tratam do âmbito de aplicação da nova Lei Geral de Licitações e Contratos. A nova redação ficou mais sistematizada e tornou mais claro o que já era interpretado quanto à abrangência da Lei Geral de Licitações, sem que houvesse mudança, isto é, que ela se aplica: • À Administração Direta, Autárquica e Fundacional, de todos os entes federativos; • Aos fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. Absorção do regime: do pregão e do RDC na nova Lei. Determinação respeitando a disciplina da Lei das Estatais, sendo reconhecido que as estatais serão regidas por lei própria (Lei nº 13.303/2016), não havendo sequer aplicação subsidiária (às estatais, no entanto, aplicam-se os crimes próprios, os quais foram deslocados para o Código Penal). Para contratações de repartições sediadas no exterior – regulamentação do ministro de Estado. Doações ou empréstimos estrangeiros: pode haver adequação de seleção e procedimento, se houver tal exigência, desde que observados os princípios constitucionais. Aplicação dos favorecimentos contidos nos arts. 42 a 49 do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (MEs e EPPs). NOVIDADE DA LEI: reforço de hipótese de afastamento de favorecimento para ME e EPP, caso haja: • Item cujo valor ultrapasse a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como EPP, no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral; e • No caso de Engenharia (obras e serviços), valor estimado superior à receita bruta máxima do enquadramento como EPP. Matriz de Risco Ampliação das definições, com as novidades do antigo RDC, da Lei do Pregão, que foram incorporadas, além de pormenorização e aprimoramento em termos de planejamento. Há a previsão de estudo técnico preliminar – ETP. A nova Lei prevê matriz de riscos: caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. Ressalte-se que, na matriz de riscos, existe a possibilidade de estabelecimento de fração do objeto passível de inovação em obrigação de resultado, mas não em termos de obrigação de meio, que deve estipular a fração de objeto sem liberdade de inovar (NOHARA, 2021). No tocante às obras de engenharia, houve também inspiração tanto na sistemática da Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011), que primeiro previu a contratação integrada, quanto na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), a qual ainda contemplou a previsão de contratação semi-integrada. O regime de contratação integrada é definido, no inciso XXXII do art. 6º da Nova Lei de Licitações e Contratos como o regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e demais operações necessárias e suficientes para entrega final do objeto. A Lei definiu como obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200 milhões. Grande novidade: diálogo competitivo. Critérios de julgamento: (a) menor preço; (b) melhor técnica ou conteúdo artístico; (c) técnica e preço; (d) maior retorno econômico; e (e) maior desconto. Fim da tomada de preços e do convite. Procedimentos auxiliares inspirados no RDC: a pré-qualificação, o sistema

do registro de preços e registro cadastral. Também houve previsão do credenciamento e o procedimento de manifestação de interesse, sendo o credenciamento um procedimento auxiliar que gera uma hipótese de inexigibilidade, conforme o art. 73, IV, da lei. Incorporação do contrato de eficiência, que era tratado na disciplina antiga do RDC: com objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução das despesas correntes, sendo a remuneração do contratado baseada no percentual da economia gerada. Definições de sobrepreço e de superfaturamento, com inspiração nas definições da Lei nº 13.303/2016. Sobrepreço: preço superior aos referenciais de mercado; seja em um item; e seja no valor global do objeto. Superfaturamento: medição de quantidade superior; diminuição de qualidade, vida útil ou segurança; alteração no orçamento que cause desequilíbrio em favor do contratado; distorção do cronograma, com custos adicionais ou reajuste irregular de preços. Distinção entre reajustamento em sentido estrito e repactuação. A lei define reajustamento em sentido estrito como a forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. Trata-se de conceito distinto de revisão, pois o reajuste não provoca alteração em cláusula contratual. Previsão da repactuação – em virtude dos custos com a mão de obra. Há o empoderamento do agente de contratação para tomar decisões. Objetivos (art. 11 da Nova Lei de Licitações): Assegurar a seleção da proposta mais apta a gerar o resultado mais vantajoso, inclusive no ciclo de vida do objeto; assegurar tratamento isonômico e justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestadamente inexequíveis e superfaturamento; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Governança da contratação (art. 11, parágrafo único da Nova Lei de Licitações): implementação de processos e estruturas, com gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar, promovendo um ambiente íntegro e confiável, com planejamento estratégico, conformidade com as leis orçamentárias, eficiência, efetividade e eficácia nas contratações. Reforço no planejamento: pode-se adotar um plano de contratação anual, para racionalizar com planejamento estratégico e aderência às leis orçamentárias. O plano será divulgado em sítio eletrônico oficial. Inversão de fases como regra e, excepcionalmente, com explicação dos benefícios, pode ser que a habilitação venha antes da apresentação das propostas, dos lances e do julgamento, desde que haja revisão no edital. Fases da Nova Lei: (1) Preparatória; (2) Divulgação do edital; (3) Apresentação de propostas e lances, quando for o caso; (4) Julgamento; (5) Habilitação; (6) Recursal; (7) Homologação. Na fase de julgamento, pode haver avaliação da conformidade, por meio de: homologação de amostras; exame de conformidade ou prova de conceito. Também houve a previsão, em caráter facultativo, de certificação para: (1) Estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos; (2) Conclusão de fases ou de objetos de contratos; e (3) Material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação. A nova lei de licitações tem um viés de consensualidade.

Parceria UNIARA.

Autores VENÂNCIO, M.S.JR.; OLIVEIRA, E. A.; FONSECA, S.A.; CALISSI, J.G.; JUMPIRE, D. S

Título: **ORIENTAÇÕES PRÁTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EM CONTRATAÇÕES VIA RDC E AS NOVAS REGRAS DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Resumo Para início do projeto de pesquisa demonstrou-se que entre os anos de 2013 e 2016, o Brasil foi palco de importantes eventos internacionais, tais quais a Copa das Confederações FIFA de 2013, a Copa do Mundo FIFA de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Tais eventos, além de movimentarem a economia, propiciaram o fortalecimento da cultura e da prática esportiva nacional, bem como a ampliação da quantidade e da qualidade dos equipamentos públicos, permitindo atualizar sistemas públicos de educação e promover a inclusão social. Além disso, proporcionaram alterações relevantes na regulação das contratações e aquisições públicas. Diante do curto tempo para a construção das obras necessárias à realização destes eventos, precisou-se editar um diploma normativo capaz de regular as contratações públicas de forma célere e com eficiência. Para tanto, foi instituído o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) por meio da Lei nº 12.462/2011. O RDC surgiu com a proposta de reduzir o formalismo e impor eficiência às contratações públicas, a partir, por exemplo, da possibilidade de indicação de marcas e modelos, da remuneração variável conforme o desempenho, do sigilo no orçamento estimado, da instituição da fase recursal única, da inversão de fases de habilitação e julgamento, além de instituir o contrato de eficiência e o regime de contratação integrada. Novos avanços recentemente foram incorporados à regulação do RDC. A partir da promulgação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/2021, foram revogadas a Lei de Licitações anterior (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e parte da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. O novo texto legal estabelece normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública Direta, bem como para as autarquias e fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. Dentre as principais alterações observadas pelos referidos institutos legais destacam-se a utilização da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas (dispute board) e arbitragem como meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias decorrentes de contratos administrativos firmados pelo poder público. Embora se trate de uma novidade na legislação de licitações e contratos administrativos, a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos nas contratações públicas já se encontrava positivada em diversas leis especiais, a exemplo do artigo 23-A da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995); do artigo 11, inciso III, da Lei de Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/2004); da Lei de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública (Lei nº 13.140/2015);

do artigo 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996 alterada pela Lei nº 13.129/2015); entre outras. Apesar da existência de tais instrumentos, na prática, observa-se que, historicamente, o sistema jurídico nacional priorizou a jurisdição estatal em detrimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Existe certo apreço, com uma cultura que ainda se volta para a judicialização dos conflitos. Sabe-se, contudo, que este cenário vem sendo alterado paulatinamente. Atualmente, muitos contratos administrativos e inúmeros processos licitatórios já incluem os métodos alternativos para a gestão das controvérsias. Como se sabe, a Administração Pública brasileira é fonte inesgotável de conflitos de interesses. Isso se dá no âmbito interorgânico, bem como nas relações com servidores públicos e contratos administrativos. Nas compras públicas, como envolve direitos patrimoniais disponíveis, os maiores conflitos existentes são os que dizem respeito a aspectos financeiros contratuais, como, por exemplo, a solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro. Especialmente após a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, que antecedeu os textos do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tem-se estudado com mais rigor a mediação no âmbito da Administração Pública. Os meios não litigiosos de resolução de conflitos apresentam-se como técnica preciosa para diminuir custos (públicos e privados), ao mesmo tempo em que conferem eficiência à tutela do interesse público. É precisamente este o contexto do presente estudo. Diante disto, o problema norteador desta pesquisa foi: em que medida a autocomposição de conflitos é aplicada em contratos sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo? Pontua-se que a literatura indica que a mediação é capaz de permitir à Administração Pública transacionar diretamente com a parte interessada a solução da controvérsia. Tal acordo ocorrerá em espaço chancelado por instituições imparciais – câmaras de mediação – e por mediadores profissionais (terceiros). A mediação é técnica procedimental criada legislativamente com vistas a permitir a autocomposição de interesses e direitos disponíveis e de indisponíveis que admitam transação. Ela é expressamente incentivada pelo ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo-se à luz da autocomposição dos conflitos de interesse como condição, prévia e necessária, à instalação de quaisquer litígios processuais – arbitrais ou jurisdicionais. Os processos de mediação que têm a Administração Pública em (pelo menos) um de seus polos trazem consigo as particularidades dos regimes jurídicos relativos ao exercício da função administrativa. Com base na revisão de literatura, como produto final, entendeu-se da necessidade de produzir um Guia com o propósito de esclarecer sobre o Regime Diferenciado de Contratações consoante a Nova Lei de Licitações, sendo esse devidamente elaborado. Inicialmente é importante destacar que a Nova Lei de Licitações Comparada objetiva garantir uma consulta rápida e precisa sobre o redesenho do sistema de licitações e contratos, a partir da criação da Nova Lei de Licitações que procura modernizar e consolidar em uma única lei três diplomas normativos: a Lei nº 8.666/1993, que é a antiga Lei Geral de Licitações e Contratos, a Lei nº 10.520/2002, que disciplina o pregão enquanto modalidade de licitação, e a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o RDC. Este guia foi projetado pensando na busca fácil, ágil e

sistemática dos temas, permitindo ao leitor uma visão global e comparada dos dispositivos anteriores e posteriores à Nova Lei de Licitações e Contratos, de modo a otimizar o entendimento e dar mais segurança aos aplicadores e pesquisadores de licitações e contratos. As mudanças operadas no RDC serão listadas a seguir. A nova lei absorve os meios alternativos de resolução de controvérsias. Assim, estabelece, no art. 151, que nas contratações regidas por esta lei, poderão ser utilizados conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (CRD) e a arbitragem. Os meios incidirão sobre controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia. O art. 154, por sua vez, determina que a escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de disputas seja feita com a observância de critérios isonômicos, técnicos e transparentes. Por conta do estudo ora apresentado, sabemos que a mediação e a arbitragem, além de outros métodos adequados de solução de conflitos, são plenamente compatíveis com a Administração Pública. Com a alteração promovida pela Lei nº 13.129/2015, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) passou a dispor expressamente que a Administração Pública poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, afastando qualquer dúvida a esse respeito. Por sua vez, a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), destacou diversas disposições voltadas para a Administração Pública, com todo um capítulo destinado para a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. O Código de Processo Civil estabelece também que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e que a utilização dos métodos adequados deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, §§ 2º e 3º). O Direito Administrativo Consensual apregoa uma postura não-adversarial e mais cooperativa na relação do Estado com o cidadão. Essa visão encontra-se totalmente alinhada com os princípios da confiança, da economicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública Gerencial. Nesse sentido, privar a Administração Pública de mecanismos que têm se demonstrado cada vez mais céleres, menos onerosos e mais eficientes para a solução de conflitos, perpetuando uma realidade em que o Poder Público se revela como uma das partes mais demandadas dentro do Poder Judiciário – o que certamente contraria a ideia de acesso à Justiça, em seu sentido material. Assim, de forma prática e seguindo as premissas permitidas quanto a resolução de controvérsias perante a AP, é de se observar as matérias que podem ser objeto de mediação e arbitragem. No caso em questão e apenas como demonstrativo, temos que podem ser objeto de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º, § 1º da Lei nº 9.307/96. Direitos patrimoniais disponíveis são todos aqueles que comportem expressão financeira, e sobre a matéria não exista disposição legal que vede a possibilidade de negociação ou transação, salientando que ao se optar pela arbitragem a Administração Pública não está renunciando a qualquer direito, mas apenas optando por uma via mais adequada para a

solução de determinadas disputas. No mesmo sentido, e como objeto de estudo, a mediação, pode ser utilizada tanto em conflitos que versem sobre direitos disponíveis, quanto sobre direitos indisponíveis que admitam transação, nos termos do artigo 3º, caput, da Lei nº 13.140/2015. Neste último caso, porém, exige-se que haja a homologação posterior do acordo pelo Poder Judiciário. Tal previsão, alargou bastante as possibilidades de utilização da mediação pela Administração Pública, permitindo sua utilização como mecanismo de resolução em qualquer tipo de conflito, não se restringindo a conflitos que tenham expressão patrimonial. Em verdade, a análise certa e adequada dos riscos de uma contratação certamente deve contemplar os riscos jurídicos decorrentes de eventual judicialização. De uma forma geral, quanto mais essencial a entrega tempestiva de uma obra ou produto, bem como a prestação adequada de um serviço, mais justificável se torna a escolha pela arbitragem, que permite uma decisão rápida e especializada sobre a matéria controversa. Vale repisar que em todas as áreas em que for possível a utilização da arbitragem, será possível também a utilização da mediação. Certo é que a mediação permite que a solução seja construída pelos próprios envolvidos, com o auxílio de um terceiro capacitado e imparcial, geralmente em prazo e custos mais reduzidos do que a solução arbitral. A inserção prévia de cláusula med-arb nos contratos administrativos é a melhor forma de mitigar riscos jurídicos decorrentes da demora na prestação jurisdicional e eventual falta de conhecimento especializado dos julgadores. A mediação pode ter escopo ainda mais amplo. É possível a sua utilização para tratar de forma mais adequada conflitos envolvendo a prestação de serviços de saúde, conflitos no ambiente escolar, na área de segurança pública, conflitos referentes à ocupação do espaço urbano, entre outros. Para tanto, é possível o treinamento de servidores e profissionais para utilização das técnicas de mediação em suas atividades e a criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, nos moldes da Lei de Mediação, ou mesmo a utilização de Câmaras Privadas, conforme o caso. É de se recomendar também a utilização da mediação e da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo contratos e convênios com entidades do terceiro setor (OS, OSCIP, etc.) e em consórcios públicos envolvendo Estados e Municípios, situações em que eventual impasse jurídico pode trazer sérios problemas para o gestor público e para a sociedade de uma forma geral. Sempre necessário ponderar que sempre será necessário adotar o princípio da confidencialidade expressamente em seus regulamentos. É plenamente vedado aos árbitros, às partes e aos demais participantes do processo divulgar qualquer informação a que tenham tido acesso em decorrência de sua participação no procedimento, salvo se expressamente autorizado por todas as partes ou em caso de ordem judicial. Por outro lado, com a edição da Lei nº 13.129/2015, o art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem passou a dispor que a arbitragem que envolva a Administração Pública respeitará o princípio da publicidade. Neste contexto, e a fim de dar cumprimento ao dispositivo legal, os Regulamentos de Mediação estabelecem que a Câmara fica autorizada a divulgar a existência do procedimento, o nome das partes envolvidas, o valor do litígio e o inteiro teor da sentença arbitral ou do termo final de mediação, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário.

Inverte-se, desse modo, a presunção de confidencialidade do procedimento, quando envolver ente da Administração Pública. A Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011) define uma série de informações que podem ser classificadas como pessoais ou sigilosas, cabendo à própria Administração a sua identificação. Entende-se que o princípio da publicidade aplica-se primordialmente à Administração Pública, que está vinculada à previsão do artigo 37, caput, da Constituição Federal, de forma que a solicitação de informações adicionais, por terceiros alheios ao procedimento, deverá ser dirigida ao próprio ente público, obrigado por lei a fornecê-la. Porém, nada impede que, havendo interesse das partes, seja viabilizado um nível maior de publicidade ao procedimento, por meio da disponibilização do conteúdo integral do procedimento ou mesmo com a transmissão on-line das audiências e sessões eventualmente realizadas. Por fim, e no sentido de demonstrar a forma e prática do uso da mediação pela Administração Pública, torna-se possível plenamente serem criadas e regulamentadas as Câmaras (ou Centrais de Conciliação), diga-se, vinculada diretamente à Procuradoria Geral do Município (PGM) mais especificamente e se assim for da necessidade, sempre seguindo as diretrizes elencadas na Lei 13.140/15 (Lei da Mediação) uma vez que esta destaca expressamente a forma e procedimentos a serem adotados pela Administração Pública. É de se destacar que a criação de referidas câmaras sempre serão realizadas por leis ou decretos específicos, sobre a adoção de métodos adequados de resolução de controvérsias para a solução de conflitos que envolvam a Administração Pública ou suas entidades. No tocante as novas regras dos procedimentos licitatórios temos que os primeiros artigos do capítulo tratam do âmbito de aplicação da nova Lei Geral de Licitações e Contratos. A nova redação ficou mais sistematizada e tornou mais claro o que já era interpretado quanto à abrangência da Lei Geral de Licitações, sem que houvesse mudança, isto é, que ela se aplica: • À Administração Direta, Autárquica e Fundacional, de todos os entes federativos; • Aos fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. Absorção do regime: do pregão e do RDC na nova Lei. Determinação respeitando a disciplina da Lei das Estatais, sendo reconhecido que as estatais serão regidas por lei própria (Lei nº 13.303/2016), não havendo sequer aplicação subsidiária (às estatais, no entanto, aplicam-se os crimes próprios, os quais foram deslocados para o Código Penal). Para contratações de repartições sediadas no exterior – regulamentação do ministro de Estado. Doações ou empréstimos estrangeiros: pode haver adequação de seleção e procedimento, se houver tal exigência, desde que observados os princípios constitucionais. Aplicação dos favorecimentos contidos nos arts. 42 a 49 do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (MEs e EPPs). NOVIDADE DA LEI: reforço de hipótese de afastamento de favorecimento para ME e EPP, caso haja:• Item cujo valor ultrapasse a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como EPP, no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral; e• No caso de Engenharia (obras e serviços), valor estimado superior à receita bruta máxima do enquadramento como EPP. Matriz de Risco Ampliação das definições, com as novidades do antigo RDC, da Lei do Pregão, que foram incorporadas, além de pormenorização e

aprimoramento em termos de planejamento. Há a previsão de estudo técnico preliminar – ETP. A nova Lei prevê matriz de riscos: caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. Ressalte-se que, na matriz de riscos, existe a possibilidade de estabelecimento de fração do objeto passível de inovação em obrigação de resultado, mas não em termos de obrigação de meio, que deve estipular a fração de objeto sem liberdade de inovar (NOHARA, 2021). No tocante às obras de engenharia, houve também inspiração tanto na sistemática da Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011), que primeiro previu a contratação integrada, quanto na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), a qual ainda contemplou a previsão de contratação semi-integrada. O regime de contratação integrada é definido, no inciso XXXII do art. 6º da Nova Lei de Licitações e Contratos como o regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e demais operações necessárias e suficientes para entrega final do objeto. A Lei definiu como obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200 milhões. Grande novidade: diálogo competitivo. Critérios de julgamento: (a) menor preço; (b) melhor técnica ou conteúdo artístico; (c) técnica e preço; (d) maior retorno econômico; e (e) maior desconto. Fim da tomada de preços e do convite. Procedimentos auxiliares inspirados no RDC: a pré-qualificação, o sistema do registro de preços e registro cadastral. Também houve previsão do credenciamento e o procedimento de manifestação de interesse, sendo o credenciamento um procedimento auxiliar que gera uma hipótese de inexigibilidade, conforme o art. 73, IV, da lei. Incorporação do contrato de eficiência, que era tratado na disciplina antiga do RDC: com objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução das despesas correntes, sendo a remuneração do contratado baseada no percentual da economia gerada. Definições de sobrepreço e de superfaturamento, com inspiração nas definições da Lei nº 13.303/2016. Sobrepreço: preço superior aos referenciais de mercado; seja em um item; e seja no valor global do objeto. Superfaturamento: medição de quantidade superior; diminuição de qualidade, vida útil ou segurança; alteração no orçamento que cause desequilíbrio em favor do contratado; distorção do cronograma, com custos adicionais ou reajuste irregular de preços. Distinção entre reajustamento em sentido estrito e repactuação. A lei define reajustamento em sentido estrito como a forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. Trata-se de conceito distinto de revisão, pois o reajuste não provoca alteração em cláusula contratual. Previsão da repactuação – em virtude dos custos com a mão de obra. Há o empoderamento do agente de contratação para tomar decisões. Objetivos (art. 11 da Nova Lei de Licitações): Assegurar a seleção da proposta mais apta a gerar o resultado mais vantajoso, inclusive no ciclo de vida do objeto; assegurar tratamento isonômico e justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou

com preços manifestadamente inexequíveis e superfaturamento; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Governança da contratação (art. 11, parágrafo único da Nova Lei de Licitações): implementação de processos e estruturas, com gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar, promovendo um ambiente íntegro e confiável, com planejamento estratégico, conformidade com as leis orçamentárias, eficiência, efetividade e eficácia nas contratações. Reforço no planejamento: pode-se adotar um plano de contratação anual, para racionalizar com planejamento estratégico e aderência às leis orçamentárias. O plano será divulgado em sítio eletrônico oficial. Inversão de fases como regra e, excepcionalmente, com explicação dos benefícios, pode ser que a habilitação venha antes da apresentação das propostas, dos lances e do julgamento, desde que haja revisão no edital. Fases da Nova Lei: (1) Preparatória; (2) Divulgação do edital; (3) Apresentação de propostas e lances, quando for o caso; (4) Julgamento; (5) Habilitação; (6) Recursal; (7) Homologação. Na fase de julgamento, pode haver avaliação da conformidade, por meio de: homologação de amostras; exame de conformidade ou prova de conceito. Também houve a previsão, em caráter facultativo, de certificação para: (1) Estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos; (2) Conclusão de fases ou de objetos de contratos; e (3) Material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação. A nova lei de licitações tem um viés de consensualidade.

Data: 26/6/2022

Demanda **ORIENTAÇÕES PRÁTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EM CONTRATAÇÕES VIA RDC E AS NOVAS REGRAS DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Assunto Pesquisa e desenvolvimento de orientações direcionadas para as novas regras dos procedimentos licitatórios bem como para a utilização da mediação em contratações via RDC

Palavras-chave Mediação; Gestão de contratos; Gestão de Conflitos; Gestão Pública; Compras públicas.

1. ANÁLISE INICIAL: DIAGNÓSTICO, DEMANDA, SITUAÇÃO PROBLEMA

Para início do projeto de pesquisa demonstrou-se que entre os anos de 2013 e 2016, o Brasil foi palco de importantes eventos internacionais, tais quais a Copa das Confederações FIFA de 2013, a Copa do Mundo FIFA de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Tais eventos, além de movimentarem a economia, propiciaram o fortalecimento da cultura e da prática esportiva nacional, bem como a ampliação da quantidade e da qualidade dos equipamentos públicos, permitindo atualizar sistemas públicos de educação e promover a inclusão social. Além disso, proporcionaram alterações relevantes na regulação das contratações e aquisições públicas. Diante do curto tempo para a construção das obras necessárias à realização destes eventos, precisou-se editar um diploma normativo capaz de regular as contratações públicas de forma célere e com eficiência. Para tanto, foi instituído o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) por meio da Lei nº 12.462/2011. O RDC surgiu com a proposta de reduzir o formalismo e impor eficiência às contratações públicas, a partir, por exemplo, da possibilidade de indicação de marcas e modelos, da remuneração variável conforme o desempenho, do sigilo no orçamento estimado, da instituição da fase recursal única, da inversão de fases de habilitação e julgamento, além de instituir o contrato de eficiência e o regime de contratação integrada. Novos avanços recentemente foram incorporados à regulação do RDC. A partir da promulgação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/2021, foram revogadas a Lei de Licitações anterior (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e parte da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. O novo texto legal estabelece normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública Direta, bem como para as autarquias e fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. Dentre as principais alterações observadas pelos referidos institutos legais destacam-se a utilização da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas (dispute board) e arbitragem como meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias decorrentes de contratos administrativos firmados pelo poder público. Embora se trate de uma novidade na legislação de licitações e contratos administrativos, a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos nas contratações públicas já se encontrava positivada em diversas leis especiais, a exemplo do artigo 23-A da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995); do artigo 11, inciso III, da Lei de Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/2004); da Lei de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública (Lei nº 13.140/2015); do artigo 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996 alterada pela Lei nº 13.129/2015);

entre outras. Apesar da existência de tais instrumentos, na prática, observa-se que, historicamente, o sistema jurídico nacional priorizou a jurisdição estatal em detrimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Existe certo apreço, com uma cultura que ainda se volta para a judicialização dos conflitos. Sabe-se, contudo, que este cenário vem sendo alterado paulatinamente. Atualmente, muitos contratos administrativos e inúmeros processos licitatórios já incluem os métodos alternativos para a gestão das controvérsias. Como se sabe, a Administração Pública brasileira é fonte inesgotável de conflitos de interesses. Isso se dá no âmbito interorgânico, bem como nas relações com servidores públicos e contratos administrativos. Nas compras públicas, como envolve direitos patrimoniais disponíveis, os maiores conflitos existentes são os que dizem respeito a aspectos financeiros contratuais, como, por exemplo, a solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro. Especialmente após a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, que antecedeu os textos do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tem-se estudado com mais rigor a mediação no âmbito da Administração Pública. Os meios não litigiosos de resolução de conflitos apresentam-se como técnica preciosa para diminuir custos (públicos e privados), ao mesmo tempo em que conferem eficiência à tutela do interesse público. É precisamente este o contexto do presente estudo. Diante disto, o problema norteador desta pesquisa foi: em que medida a autocomposição de conflitos é aplicada em contratos sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo? Pontua-se que a literatura indica que a mediação é capaz de permitir à Administração Pública transacionar diretamente com a parte interessada a solução da controvérsia. Tal acordo ocorrerá em espaço chancelado por instituições imparciais – câmaras de mediação – e por mediadores profissionais (terceiros). A mediação é técnica procedimental criada legislativamente com vistas a permitir a autocomposição de interesses e direitos disponíveis e de indisponíveis que admitam transação. Ela é expressamente incentivada pelo ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo-se à luz da autocomposição dos conflitos de interesse como condição, prévia e necessária, à instalação de quaisquer litígios processuais – arbitrais ou jurisdicionais. Os processos de mediação que têm a Administração Pública em (pelo menos) um de seus polos trazem consigo as particularidades dos regimes jurídicos relativos ao exercício da função administrativa. Com base na revisão de literatura, como produto final, entendeu-se da necessidade de produzir um Guia com o propósito de esclarecer sobre o Regime Diferenciado de Contratações consoante a Nova Lei de Licitações, sendo esse devidamente elaborado. Inicialmente é importante destacar que a Nova Lei de Licitações Comparada objetiva

garantir uma consulta rápida e precisa sobre o redesenho do sistema de licitações e contratos, a partir da criação da Nova Lei de Licitações que procura modernizar e consolidar em uma única lei três diplomas normativos: a Lei nº 8.666/1993, que é a antiga Lei Geral de Licitações e Contratos, a Lei nº 10.520/2002, que disciplina o pregão enquanto modalidade de licitação, e a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o RDC. Este guia foi projetado pensando na busca fácil, ágil e sistemática dos temas, permitindo ao leitor uma visão global e comparada dos dispositivos anteriores e posteriores à Nova Lei de Licitações e Contratos, de modo a otimizar o entendimento e dar mais segurança aos aplicadores e pesquisadores de licitações e contratos. As mudanças operadas no RDC serão listadas a seguir. A nova lei absorve os meios alternativos de resolução de controvérsias. Assim, estabelece, no art. 151, que nas contratações regidas por esta lei, poderão ser utilizados conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (CRD) e a arbitragem. Os meios incidirão sobre controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia. O art. 154, por sua vez, determina que a escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de disputas seja feita com a observância de critérios isonômicos, técnicos e transparentes. Por conta do estudo ora apresentado, sabemos que a mediação e a arbitragem, além de outros métodos adequados de solução de conflitos, são plenamente compatíveis com a Administração Pública. Com a alteração promovida pela Lei nº 13.129/2015, a Lei de Arbitragem (Lei nº9.307/1996) passou a dispor expressamente que a Administração Pública poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, afastando qualquer dúvida a esse respeito. Por sua vez, a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), destacou diversas disposições voltadas para a Administração Pública, com todo um capítulo destinado para a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. O Código de Processo Civil estabelece também que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e que a utilização dos métodos adequados deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, §§ 2º e 3º). O Direito Administrativo Consensual apregoa uma postura não-adversarial e mais cooperativa na relação do Estado com o cidadão. Essa visão encontra-se totalmente alinhada com os princípios da confiança, da economicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública Gerencial. Nesse sentido, privar a Administração Pública de

mecanismos que têm se demonstrado cada vez mais céleres, menos onerosos e mais eficientes para a solução de conflitos, perpetuando uma realidade em que o Poder Público se revela como uma das partes mais demandadas dentro do Poder Judiciário – o que certamente contraria a ideia de acesso à Justiça, em seu sentido material. Assim, de forma prática e seguindo as premissas permitidas quanto a resolução de controvérsias perante a AP, é de se observar as matérias que podem ser objeto de mediação e arbitragem. No caso em questão e apenas como demonstrativo, temos que podem ser objeto de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º, § 1º da Lei nº 9.307/96. Direitos patrimoniais disponíveis são todos aqueles que comportem expressão financeira, e sobre a matéria não exista disposição legal que vede a possibilidade de negociação ou transação, salientando que ao se optar pela arbitragem a Administração Pública não está renunciando a qualquer direito, mas apenas optando por uma via mais adequada para a solução de determinadas disputas. No mesmo sentido, e como objeto de estudo, a mediação, pode ser utilizada tanto em conflitos que versem sobre direitos disponíveis, quanto sobre direitos indisponíveis que admitam transação, nos termos do artigo 3º, caput, da Lei nº 13.140/2015. Neste último caso, porém, exige-se que haja a homologação posterior do acordo pelo Poder Judiciário. Tal previsão, alargou bastante as possibilidades de utilização da mediação pela Administração Pública, permitindo sua utilização como mecanismo de resolução em qualquer tipo de conflito, não se restringindo a conflitos que tenham expressão patrimonial. Em verdade, a análise certa e adequada dos riscos de uma contratação certamente deve contemplar os riscos jurídicos decorrentes de eventual judicialização. De uma forma geral, quanto mais essencial a entrega tempestiva de uma obra ou produto, bem como a prestação adequada de um serviço, mais justificável se torna a escolha pela arbitragem, que permite uma decisão rápida e especializada sobre a matéria controversa. Vale repisar que em todas as áreas em que for possível a utilização da arbitragem, será possível também a utilização da mediação. Certo é que a mediação permite que a solução seja construída pelos próprios envolvidos, com o auxílio de um terceiro capacitado e imparcial, geralmente em prazo e custos mais reduzidos do que a solução arbitral. A inserção prévia de cláusula med-arb nos contratos administrativos é a melhor forma de mitigar riscos jurídicos decorrentes da demora na prestação jurisdicional e eventual falta de conhecimento especializado dos julgadores. A mediação pode ter escopo ainda mais amplo. É possível a sua utilização para tratar de forma mais adequada conflitos envolvendo a prestação de serviços de saúde, conflitos no ambiente escolar, na área de segurança pública, conflitos referentes à ocupação do espaço urbano, entre outros. Para tanto, é possível o treinamento de servidores e profissionais para utilização das

técnicas de mediação em suas atividades e a criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, nos moldes da Lei de Mediação, ou mesmo a utilização de Câmaras Privadas, conforme o caso. É de se recomendar também a utilização da mediação e da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo contratos e convênios com entidades do terceiro setor (OS, OSCIP, etc.) e em consórcios públicos envolvendo Estados e Municípios, situações em que eventual impasse jurídico pode trazer sérios problemas para o gestor público e para a sociedade de uma forma geral. Sempre necessário ponderar que sempre será necessário adotar o princípio da confidencialidade expressamente em seus regulamentos. É plenamente vedado aos árbitros, às partes e aos demais participantes do processo divulgar qualquer informação a que tenham tido acesso em decorrência de sua participação no procedimento, salvo se expressamente autorizado por todas as partes ou em caso de ordem judicial. Por outro lado, com a edição da Lei nº 13.129/2015, o art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem passou a dispor que a arbitragem que envolva a Administração Pública respeitará o princípio da publicidade. Neste contexto, e a fim de dar cumprimento ao dispositivo legal, os Regulamentos de Mediação estabelecem que a Câmara fica autorizada a divulgar a existência do procedimento, o nome das partes envolvidas, o valor do litígio e o inteiro teor da sentença arbitral ou do termo final de mediação, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário. Inverte-se, desse modo, a presunção de confidencialidade do procedimento, quando envolver ente da Administração Pública. A Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011) define uma série de informações que podem ser classificadas como pessoais ou sigilosas, cabendo à própria Administração a sua identificação. Entende-se que o princípio da publicidade aplica-se primordialmente à Administração Pública, que está vinculada à previsão do artigo 37, caput, da Constituição Federal, de forma que a solicitação de informações adicionais, por terceiros alheios ao procedimento, deverá ser dirigida ao próprio ente público, obrigado por lei a fornecê-la. Porém, nada impede que, havendo interesse das partes, seja viabilizado um nível maior de publicidade ao procedimento, por meio da disponibilização do conteúdo integral do procedimento ou mesmo com a transmissão on-line das audiências e sessões eventualmente realizadas. Por fim, e no sentido de demonstrar a forma e prática do uso da mediação pela Administração Pública, torna-se possível plenamente serem criadas e regulamentadas as Câmaras (ou Centrais de Conciliação), diga-se, vinculada diretamente à Procuradoria Geral do Município (PGM) mais especificamente e se assim for da necessidade, sempre seguindo as diretrizes elencadas na Lei 13.140/15 (Lei da Mediação) uma vez que esta destaca expressamente a forma e procedimentos a serem adotados pela Administração Pública. É

de se destacar que a criação de referidas câmaras sempre serão realizadas por leis ou decretos específicos, sobre a adoção de métodos adequados de resolução de controvérsias para a solução de conflitos que envolvam a Administração Pública ou suas entidades. No tocante as novas regras dos procedimentos licitatórios temos que os primeiros artigos do capítulo tratam do âmbito de aplicação da nova Lei Geral de Licitações e Contratos. A nova redação ficou mais sistematizada e tornou mais claro o que já era interpretado quanto à abrangência da Lei Geral de Licitações, sem que houvesse mudança, isto é, que ela se aplica:

- À Administração Direta, Autárquica e Fundacional, de todos os entes federativos;
- Aos fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Absorção do regime: do pregão e do RDC na nova Lei. Determinação respeitando a disciplina da Lei das Estatais, sendo reconhecido que as estatais serão regidas por lei própria (Lei nº 13.303/2016), não havendo sequer aplicação subsidiária (às estatais, no entanto, aplicam-se os crimes próprios, os quais foram deslocados para o Código Penal). Para contratações de repartições sediadas no exterior – regulamentação do ministro de Estado. Doações ou empréstimos estrangeiros: pode haver adequação de seleção e procedimento, se houver tal exigência, desde que observados os princípios constitucionais. Aplicação dos favorecimentos contidos nos arts. 42 a 49 do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (MEs e EPPs).

NOVIDADE DA LEI: reforço de hipótese de afastamento de favorecimento para ME e EPP, caso haja:

- Item cujo valor ultrapasse a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como EPP, no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral;
- No caso de Engenharia (obras e serviços), valor estimado superior à receita bruta máxima do enquadramento como EPP.

Matriz de Risco Ampliação das definições, com as novidades do antigo RDC, da Lei do Pregão, que foram incorporadas, além de pormenorização e aprimoramento em termos de planejamento. Há a previsão de estudo técnico preliminar – ETP. A nova Lei prevê matriz de riscos: caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. Ressalte-se que, na matriz de riscos, existe a possibilidade de estabelecimento de fração do objeto passível de inovação em obrigação de resultado, mas não em termos de obrigação de meio, que deve estipular a fração de objeto sem liberdade de inovar (NOHARA, 2021). No tocante às obras de engenharia, houve também inspiração tanto na sistemática da Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011), que primeiro previu a contratação integrada, quanto na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), a qual ainda contemplou a previsão de contratação semi-integrada. O regime de contratação integrada é definido, no inciso XXXII do art. 6º da Nova Lei de

Licitações e Contratos como o regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e demais operações necessárias e suficientes para entrega final do objeto. A Lei definiu como obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200 milhões. Grande novidade: diálogo competitivo. Critérios de julgamento: (a) menor preço; (b) melhor técnica ou conteúdo artístico; (c) técnica e preço; (d) maior retorno econômico; e (e) maior desconto. Fim da tomada de preços e do convite. Procedimentos auxiliares inspirados no RDC: a pré-qualificação, o sistema do registro de preços e registro cadastral. Também houve previsão do credenciamento e o procedimento de manifestação de interesse, sendo o credenciamento um procedimento auxiliar que gera uma hipótese de inexigibilidade, conforme o art. 73, IV, da lei. Incorporação do contrato de eficiência, que era tratado na disciplina antiga do RDC: com objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução das despesas correntes, sendo a remuneração do contratado baseada no percentual da economia gerada. Definições de sobrepreço e de superfaturamento, com inspiração nas definições da Lei nº 13.303/2016. Sobrepreço: preço superior aos referenciais de mercado; seja em um item; e seja no valor global do objeto. Superfaturamento: medição de quantidade superior; diminuição de qualidade, vida útil ou segurança; alteração no orçamento que cause desequilíbrio em favor do contratado; distorção do cronograma, com custos adicionais ou reajuste irregular de preços. Distinção entre reajustamento em sentido estrito e repactuação. A lei define reajustamento em sentido estrito como a forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. Trata-se de conceito distinto de revisão, pois o reajuste não provoca alteração em cláusula contratual. Previsão da repactuação – em virtude dos custos com a mão de obra. Há o empoderamento do agente de contratação para tomar decisões. Objetivos (art. 11 da Nova Lei de Licitações): Assegurar a seleção da proposta mais apta a gerar o resultado mais vantajoso, inclusive no ciclo de vida do objeto; assegurar tratamento isonômico e justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestadamente inexecutáveis e superfaturamento; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Governança da contratação (art. 11, parágrafo único da Nova Lei de Licitações): implementação de processos e estruturas, com gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar,

promovendo um ambiente íntegro e confiável, com planejamento estratégico, conformidade com as leis orçamentárias, eficiência, efetividade e eficácia nas contratações. Reforço no planejamento: pode-se adotar um plano de contratação anual, para racionalizar com planejamento estratégico e aderência às leis orçamentárias. O plano será divulgado em sítio eletrônico oficial. Inversão de fases como regra e, excepcionalmente, com explicação dos benefícios, pode ser que a habilitação venha antes da apresentação das propostas, dos lances e do julgamento, desde que haja revisão no edital. Fases da Nova Lei: (1) Preparatória; (2) Divulgação do edital; (3) Apresentação de propostas e lances, quando for o caso; (4) Julgamento; (5) Habilitação; (6) Recursal; (7) Homologação. Na fase de julgamento, pode haver avaliação da conformidade, por meio de: homologação de amostras; exame de conformidade ou prova de conceito. Também houve a previsão, em caráter facultativo, de certificação para: (1) Estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos; (2) Conclusão de fases ou de objetos de contratos; e (3) Material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação. A nova lei de licitações tem um viés de consensualidade.

VENÂNCIO, M.S.JR.
JUMPIRE, D.S.

2. RESULTADO DA CONSULTORIA

Pondera-se que a pesquisa fundamentou-se na interdisciplinaridade e promoveu a intersecção dos estudos sobre compras públicas e licitações. Foi desenvolvido no escopo de um mestrado profissional, incorporando uma abordagem humanística para a gestão de conflitos.

Tratou-se de "pesquisa aplicada", que gerou conhecimento prático para resolução de problemas específicos, tal qual indicado por Mezzaroba e Monteiro (2014). Neste caso, uma clara sistematização das políticas de resolução de conflitos e de compras públicas, bem como a interpretação e somatização prática de suas respectivas aplicações. Além disso, propõe a criação de um instrumento técnico para inspirar políticas de mediação no âmbito das contratações públicas, seria um guia para boas práticas de procedimentos licitatórios do tipo RDC.

A pesquisa abordou portanto o direito administrativo da esfera pública através das lentes dos métodos jurídicos consolidados. Em suma, as análises foram extraídas do cruzamento de três estratégias metodológicas, portanto, tratou-se de uma pesquisa multimétodos, tal qual conceituado Ramalho, Klein e Azevedo (2021). Envolveu (i) revisão integrativa da literatura; (ii) pesquisa documental e Análise jurídica crítica,

principalmente, das normatizações e legislações concernente às compras públicas; e (iii) mapeamento legal dos dados obtidos para proposição do guia prático.

Percebe-se que a pesquisa adotou três instrumentos técnicos de pesquisa: revisão da literatura, pesquisa documental e análise crítica de dados. A revisão da literatura se concentrou na produção doutrinária nacional, publicada em português na última década, e especialmente aquelas publicadas após aprovação do novo marco legal das compras públicas. O objetivo foi identificar consensos e dissensos envolvendo a questão da viabilidade ou inviabilidade da mediação em contratos licitatórios desenvolvidos no âmbito do RDC. Com base na análise preliminar que a literatura fez sobre a questão levantada. Nesse sentido, nota-se que a revisão integrativa proporcionou uma compreensão profunda de um determinado fenômeno com base em estudos anteriores.

Segundo Mendes e Fracolli (2008), a revisão integrativa é um processo construído a partir de diferentes etapas, considerando:

1. Identificação do tema e seleção da hipótese ou questão de pesquisa para elaboração da revisão integrativa. Aqui, o tema central foi a mediação em contratos públicos;

2. Estabelecimento de critérios de inclusão e exclusão de pesquisas literárias, obtidos pela busca do título e no resumo das seguintes expressões: RDC, mediação e gestão de conflitos;

3. Definição das informações a serem extraídas dos estudos selecionados/categorização dos estudos: precisamente a viabilidade ou não do instituto.

4. Avaliação dos estudos incluídos na revisão integrativa;

5. Interpretação dos resultados;

6. Apresentação da revisão/síntese de conhecimento

Nota-se que esta foi uma atividade intensa e necessária. Foi preciso sistematizar e analisar o estado da arte, principalmente os avanços da literatura especializada. Registra-se aqui o desafio de tal empreitada, pois tal literatura foi vastamente atualizada no decorrer da pesquisa, dado a aprovação do referido marco legal.

Quanto à pesquisa documental, deve-se notar que o conteúdo dos documentos produzidos pelo legislativo nacional foi consultado e analisado em perspectiva histórica. Em dição os documentos vinculativos e não vinculativos também exigiram análise.

Indica-se que a pesquisa documental é um método que busca identificar, verificar e apreciar os documentos com uma finalidade específica, nesse caso, os autos dos processos jurídicos. Ela extraiu um reflexo objetivo da fonte original, no caso as diversas leis que orientaram/orientam as compras públicas; permitiu a localização,

identificação, organização e avaliação das informações contidas no documento; precisamente aspectos inovadores dos ritos processuais e a sistematização histórica da mediação como ferramenta de resolução de controvérsias; além permitiu a contextualizar os fatos em determinados momentos, precisamente, o contexto histórico de cada ato legislativo. Tais fatos em estreito alinhamento aos pressupostos metodológicos postulados por Souza, Kantorski e Luis (2012).

Para análise dos documentos, recorreu-se à análise de conteúdo desenvolvido por Bardin (2011) e sistematizada em três fases: a) pré-análise, via leitura inicial e dinâmica do material encontrado; exploração detalhada do material para tratamento dos resultados, com identificação de padrões e unidades semânticas de análises; b) a inferência de dados; e c) a interpretação dos resultados.

Nesta fase, pondera-se que a pesquisa fez uma análise aprofundada da jurisprudência, no pressuposto de que "a lei da letra negra" não é suficiente para entender a lei. O que os antropólogos nomeiam "práticas do direito", incluindo decisões judiciais e mobilização popular em torno da lei, também são relevantes. Isso explica a ênfase do projeto na jurisprudência dos tribunais que tratam de controvérsias na área do direito administrativo público. O escopo geográfico incluiu a jurisprudência do Estado de São Paulo. O desenho da análise da jurisprudência incluiu as seguintes sub-tarefas:

1. Seleção das hipóteses e questão da pesquisa;
2. Estabelecimento de critérios de inclusão e exclusão de estudos/amostragem;
3. Definição das informações a serem extraídas dos estudos selecionados/categorização dos estudos;
4. Avaliação dos estudos incluídos na revisão integrativa;
5. Interpretação dos resultados;
6. apresentação da revisão/síntese do conhecimento.

O terceiro procedimento foi o mapeamento legal dos dados obtidos por meio de pesquisa documental. Este técnico teve como objetivo relatar os resultados da pesquisa, ao mesmo tempo em que identificou as principais disposições do direito sobre uma determinada questão, identificando padrões na natureza da lei e definindo questões importantes para pesquisa de avaliação, análise jurídica e desenvolvimento de políticas. Assim, o mapeamento jurídico, neste projeto, considerou os dados coletados no novo marco legal e toda a interpretação disponível no CONJUR, promovendo uma visão global do status quo da legislação atual e dos impactos na mediação dos conflitos. Foi necessário, posteriormente, viabilizar a proposição de ajustes e melhorias pelo marco legal. Tal fato viabilizado pela análise dos cinco porquês, em cada ponto de fragilidade identificado.

Nota-se que os cinco porquês é uma ferramenta da gestão da qualidade, estritamente adaptada para a realidade desta pesquisa. Os 5 porquês é um método que consiste em, após definido exatamente o problema, questionar o porquê por cinco vezes, até que se encontre sua verdadeira causa. No contexto da pesquisa, foi identificado as limitações e as fragilidades do uso da mediação em contratos do tipo RDC e para cada fato, foi delimitado a investigação da causa-raiz.

Pondera-se que a técnica dos 5 porquês foi criada pela Toyota na busca pela qualidade plena de seus processos e surgiu em meados da década de 70 no Japão. O 5 Porquês é uma ferramenta que consiste em perguntar 5 vezes o porquê de um problema ou defeito ter ocorrido, a fim de descobrir a sua real causa, ou seja, a causa raiz. Um ponto interessante e que vale mencionar é que, na prática, pode ser que não seja necessário perguntar 5 vezes “por quê” ou que seja necessário realizar mais de 5 questionamentos para identificar a causa raiz de um problema. Não há uma regra para isso, e apesar de o criador da ferramenta afirmar que 5 é o número ideal de vezes, depende muito do contexto de cada situação e empresa. No caso em tela, nem sempre foi necessário.

3. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

A pesquisa demonstrou a relevância do papel inclusivo da Administração Pública, para, assim, inaugurar/aprimorar procedimentos que reconheçam o cidadão como o principal personagem na solução das controvérsias, indo além de sua participação nas políticas públicas, como por exemplo, na resolução das contendas contratuais. A atuação da Administração Pública deve se direcionar para atender ao interesse público e, conseqüentemente, concretizar a justiça social. Os estudos desenvolvidos por pesquisadores revelaram que os resultados obtidos por meio do uso de métodos adequados de solução de controvérsias são capazes de promover relações duradouras, haja vista que são fruto da participação de cada um dos envolvidos. A importância das soluções consensuais ressaltou, ainda, a comprovação de que a lei não pode prever todas as situações fáticas e jurídicas e estipular determinada consequência, ou seja, nem sempre haverá resposta na legislação para os pleitos do cidadão. A apontada insuficiência conduz à busca de alternativas, situação em que o consenso se entremostra forma capaz de prevenir e solucionar os confrontos com a Administração Pública. Foi possível concluir que o uso de mecanismos consensuais deve estar mais presente nas relações contratuais travadas entre Administração Pública e os parceiros privados, porquanto as soluções acordadas têm o condão de mitigar as dificuldades, de elevar ao máximo os ganhos, de sorte a diminuir os incômodos para os envolvidos, e as ideias

discutidas e ponderadas livremente entre as partes constituem-se maneiras mais adequadas e proveitosas para o cumprimento das decisões.

Diversos dispositivos revelam a importância conferida pela lei à noção de consensualidade administrativa, culminando com a previsão de um capítulo específico tratando dos meios alternativos de resolução de controvérsias. De fato, já no art. 5º da Lei, que dispõe acerca dos princípios das licitações e contratos administrativos, verifica-se que há uma incorporação das normas estabelecidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Constata-se que a nova lei de licitações e contratos administrativos possui um forte viés de consensualidade, caminhando no exato compasso da moderna dogmática administrativista, que dá especial enfoque à noção de consensualidade administrativa e à utilização prioritária de métodos alternativos e mais adequados de resolução de controvérsias no âmbito da Administração Pública – o chamado direito administrativo não adversarial. Não é por outro motivo que a novel legislação possui um capítulo específico que autoriza o uso de meios alternativos de resolução de controvérsias, contribuindo para a instauração de uma cultura de consensualidade no âmbito da Administração Pública.

4. IDENTIFICAÇÃO DO ESPECIALISTA

- **Edmundo Alves de Oliveira:** Possui Doutorado e Mestrado em Sociologia, Especialização em Administração Pública e Graduação em Ciências sociais - Licenciatura e Bacharelado, além de diversos curso de aperfeiçoamento (1996-2002). Tem experiência docente desde 1998, em diversas instituições de Ensino Superior Particulares, além da UNESP de Araraquara e UFSCAR. Tem Experiência de pesquisas (financiadas pelo Cnpq, Capes e Funadesp) na área de Ciências Sociais Aplicada, com ênfase em Análise de Políticas Públicas e Processo Decisório e Gerencial, bem como, desenvolveu pesquisas sobre a temática da violência infanto- juvenil e identidade ético-racial. Atualmente é Coordenador do Programa de Mestrado em Direito- Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara- UNIARA, Coordenador Geral do NEAD da Universidade de Araraquara, Coordenador do Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros (NEAB/UNIARA). Professor do Programa de Mestrado em Educação da Universidade de Araraquara e Professor titular da Graduação da Universidade de Araraquara. Atuou como membro da CPA e do Comitê de Ética em Pesquisa. Foi membro da Coordenação editorial da revista Cadernos de Campo- UNESP. É

autor de livros e artigos em livros, revistas e jornais. Atua como Membro do Conselho Municipal de Segurança de Araraquara e desenvolve atividades junto a ONGs que tratam de Políticas Públicas e da questão da exclusão social.

- **Sergio Azevedo Fonseca:** Concluiu o doutorado em Administração pela Universidade de São Paulo em 2000, tendo se tornado livre-docente em Administração pela UNESP em junho de 2010. Atualmente é Professor Adjunto da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - Unesp. Atua, também, como docente do Programa de Pós-Graduação em Gestão de Organizações e Sistemas Públicos, da Universidade Federal de São Carlos. Bolsista de Produtividade em Desenvolvimento Tecnológico e Extensão Inovadora do CNPq (PDTEI). Publicou 43 artigos em periódicos especializados e 160 trabalhos publicados em anais de eventos. Possui 13 capítulos de livros publicados. Orientou estudantes de iniciação científica, mestrado e doutorado. É revisor de nove periódicos, nacionais e internacionais. Entre 1998 e 2022 coordenou 21 projetos de pesquisa. Atua na área de Políticas Públicas para o Desenvolvimento Local. Em seu currículo Lattes os termos mais frequentes, na contextualização da produção científica e tecnológica, são: Políticas Públicas Sócio-Ambientais; Incubadoras de Empresas, Desenvolvimento Local Sustentável, Inovação na Micro e Pequena Empresa, Cooperação Universidade-Empresa-Sociedade, Gestão da Inovação, Economia Solidária.
- **Jamile Gonçalves Calissi:** Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP (em andamento). Doutorado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino (2015). Mestrado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino - bolsista integral CAPES (2004). Especialização MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (2008). Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab (2001). Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Uniara - Universidade de Araraquara (2021). Professora das Faculdades Integradas de Jaú. Professora-conteudista em cursinhos preparatórios para concursos. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, com pesquisas que envolvem: Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito

Internacional, Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica, Epistemologias Jurídicas, Inclusão e Emancipação, Relativismo Cultural, Novas Tecnologias, Gestão de Conflitos e modelos de soluções de conflitos. Membro equipe editorial - gestão administrativa (OJS; triagem e revisão de textos) da Revista Jurídica da UEMG - INOVAJUR - Tecnologia, Informação e Inovação.

- **Daniela da Silva Jumpire:** Possui curso técnico profissionalizante de auxiliar e técnico de enfermagem pela Tecmed (2001). Graduação em Direito pela União das Faculdades dos Grandes Lagos (2009). Advogada em escritório próprio em São José do Rio Preto/SP (2013). É mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara (2022). Tem experiência na área do Direito, atuando há mais de 8 anos na esfera administrativa e contenciosa. Tem experiência como docente (graduação) no curso de Direito da União das Faculdades dos Grande Lagos (Unilago - SJRP/SP), nas disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.
- **Moacir Venâncio da Silva Jr.:** Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (2000). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil, titulado pelo Centro Universitário do Norte Paulista - UNORP (2005); Iniciado as atividades na Advocacia (como Advogado) desde novembro de 2002. Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Processual Civil, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Direito da Seguridade Social, Direito Bancário, Direito do Consumidor, Direito Penal e Direito Tributário. Fui Assessor do Tribunal de Ética junto à 22ª Subsecção da Ordem dos Advogados do Brasil (São José do Rio Preto-SP). No tocante a vida acadêmica, iniciei auxiliando a Coordenação do Curso de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos - UNILAGO (02/2007/12/2008); Ministrou aulas de Direito Empresarial junto ao Curso de Administração de Empresas junto à UNILAGO (União das Faculdades dos Grandes Lagos). Exerce Docência junto ao Curso de Direito da UNILAGO (União das Faculdades dos Grandes Lagos) desde o ano de 2010, onde já ministrei as disciplinas de Direito da Seguridade Social, Ética Profissional (junto ao Curso de Direito) e Ética Profissional (junto ao Curso de Turismo); Direito Ambiental, Direito Processual Civil (Processo de Execução), Direito Civil e Processo Civil (Teoria e Prática) e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (Teoria e Prática), Introdução ao Estudo do Direito, Direito Empresarial e Direito Tributário. Também exerci a função de Advogado junto ao Núcleo de Prática Jurídica da

UNILAGO (desde o ano de 2010). Exerceu a função de Coordenador Adjunto do Curso de Direito da União das Faculdades dos Grandes Lagos - UNILAGO (iniciando as atividades junto a Coordenação em janeiro/2018 e encerrando em dezembro/2018). Ministrou (no segundo semestre de 2019) as disciplinas de Direito Civil (Direito das Coisas), Direitos Humanos e Direito do Consumidor. No primeiro semestre de 2020 ministrou as disciplinas de Direito Processual Penal IV e Direitos Humanos. No presente semestre, ministrou a disciplina de Direito Eleitoral. Mestrando em Direito - Gestão de Conflitos - Mestrado Profissional da Universidade de Araraquara (UNIARA) início em 03/2020.

5. REFERÊNCIA

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.312, de 15 de fevereiro de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 25 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 25 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 8666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666_cons.htm. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_. Acesso em: 23 Jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 20 Jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2604/2020. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 20 setembro 2020

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2699/2019. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Brasília, 06 novembro 2019.

PÉRCIO, Gabriela Verona. Contratos Administrativos. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

VIANA, Priscila. A Nova Lei de Licitações e o Sistema de Controle Interno. 2020. Disponível em: <http://www.priscilaviana.com.br/visualizacao-de-noticias/ler/49/a-nova-lei-de-licitacoes-e-o-sistema-de-controle-interno>. Acesso em: 25 Julho 2021.

ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do regime diferenciado de contratação à luz da constituição da república. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime diferenciado de contratações - RDC: aspectos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13-25.

6. FICHA SINTETIZADA

DETALHAMENTO

Título	ORIENTAÇÕES PRÁTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EM CONTRATAÇÕES VIA RDC E AS NOVAS REGRAS DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Finalidade:	Orientar práticas preventivas para a utilização da mediação em contratações via RDC e as novas regras para o procedimento licitatório
Duração (meses):	1
Número de páginas:	37
Disponibilidade:	Irrestrita
Cidade:	Araraquara
Instituição financiadora:	Incubadora de Empresas de Araraquara
Autores:	VENÂNCIO, M.S.JR.; OLIVEIRA, E. A; FONSECA, S.A; CALISSI, J.G; JUMPIRE, D. S
Palavras-chave	Mediação; Gestão de contratos; Gestão de Conflitos; Gestão Pública; Compras públicas.
Área:	Pesquisa e Desenvolvimento
Setor:	Industria
Projeto vinculado	Incubadora de Empresas
Resumo:	Para início do projeto de pesquisa demonstrou-se que entre os anos de 2013 e 2016, o Brasil foi palco de importantes eventos internacionais, tais quais a Copa das Confederações FIFA de 2013, a Copa do Mundo FIFA de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Tais eventos, além de movimentarem a economia, propiciaram o fortalecimento da cultura e da prática esportiva nacional, bem como a ampliação da quantidade e da qualidade dos equipamentos públicos, permitindo atualizar sistemas públicos de educação e promover a inclusão social. Além

disso, proporcionaram alterações relevantes na regulação das contratações e aquisições públicas. Diante do curto tempo para a construção das obras necessárias à realização destes eventos, precisou-se editar um diploma normativo capaz de regular as contratações públicas de forma célere e com eficiência. Para tanto, foi instituído o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) por meio da Lei nº 12.462/2011. O RDC surgiu com a proposta de reduzir o formalismo e impor eficiência às contratações públicas, a partir, por exemplo, da possibilidade de indicação de marcas e modelos, da remuneração variável conforme o desempenho, do sigilo no orçamento estimado, da instituição da fase recursal única, da inversão de fases de habilitação e julgamento, além de instituir o contrato de eficiência e o regime de contratação integrada. Novos avanços recentemente foram incorporados à regulação do RDC. A partir da promulgação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/2021, foram revogadas a Lei de Licitações anterior (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e parte da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. O novo texto legal estabelece normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública Direta, bem como para as autarquias e fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. Dentre as principais alterações observadas pelos referidos institutos legais destacam-se a utilização da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas (dispute board) e arbitragem como meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias decorrentes de contratos administrativos firmados pelo poder público. Embora se trate de uma novidade na legislação de licitações e contratos administrativos, a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos nas contratações públicas já se encontrava positivada em diversas leis especiais, a exemplo do artigo 23-A da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995); do artigo 11, inciso III, da Lei de Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/2004); da Lei de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública (Lei nº 13.140/2015); do artigo 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996 alterada pela Lei nº 13.129/2015); entre outras. Apesar da existência de tais instrumentos, na prática, observa-se que, historicamente, o sistema jurídico nacional priorizou a jurisdição estatal em detrimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Existe certo apreço, com uma cultura que ainda se volta para a judicialização dos conflitos. Sabe-se, contudo, que este cenário vem sendo alterado paulatinamente. Atualmente, muitos contratos administrativos e inúmeros processos licitatórios já

incluem os métodos alternativos para a gestão das controvérsias. Como se sabe, a Administração Pública brasileira é fonte inesgotável de conflitos de interesses. Isso se dá no âmbito interorgânico, bem como nas relações com servidores públicos e contratos administrativos. Nas compras públicas, como envolve direitos patrimoniais disponíveis, os maiores conflitos existentes são os que dizem respeito a aspectos financeiros contratuais, como, por exemplo, a solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro. Especialmente após a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, que antecedeu os textos do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tem-se estudado com mais rigor a mediação no âmbito da Administração Pública. Os meios não litigiosos de resolução de conflitos apresentam-se como técnica preciosa para diminuir custos (públicos e privados), ao mesmo tempo em que conferem eficiência à tutela do interesse público. É precisamente este o contexto do presente estudo. Diante disto, o problema norteador desta pesquisa foi: em que medida a autocomposição de conflitos é aplicada em contratos sob o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) na Administração Pública no Estado de São Paulo? Pontua-se que a literatura indica que a mediação é capaz de permitir à Administração Pública transacionar diretamente com a parte interessada a solução da controvérsia. Tal acordo ocorrerá em espaço chancelado por instituições imparciais – câmaras de mediação – e por mediadores profissionais (terceiros). A mediação é técnica procedimental criada legislativamente com vistas a permitir a autocomposição de interesses e direitos disponíveis e de indisponíveis que admitam transação. Ela é expressamente incentivada pelo ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo-se à luz da autocomposição dos conflitos de interesse como condição, prévia e necessária, à instalação de quaisquer litígios processuais – arbitrais ou jurisdicionais. Os processos de mediação que têm a Administração Pública em (pelo menos) um de seus polos trazem consigo as particularidades dos regimes jurídicos relativos ao exercício da função administrativa. Com base na revisão de literatura, como produto final, entendeu-se da necessidade de produzir um Guia com o propósito de esclarecer sobre o Regime Diferenciado de Contratações consoante a Nova Lei de Licitações, sendo esse devidamente elaborado. Inicialmente é importante destacar que a Nova Lei de Licitações Comparada objetiva garantir uma consulta rápida e precisa sobre o redesenho do sistema de licitações e contratos, a partir da criação da Nova Lei de Licitações que procura modernizar e consolidar em uma única lei três diplomas

normativos: a Lei nº 8.666/1993, que é a antiga Lei Geral de Licitações e Contratos, a Lei nº 10.520/2002, que disciplina o pregão enquanto modalidade de licitação, e a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o RDC. Este guia foi projetado pensando na busca fácil, ágil e sistemática dos temas, permitindo ao leitor uma visão global e comparada dos dispositivos anteriores e posteriores à Nova Lei de Licitações e Contratos, de modo a otimizar o entendimento e dar mais segurança aos aplicadores e pesquisadores de licitações e contratos. As mudanças operadas no RDC serão listadas a seguir. A nova lei absorve os meios alternativos de resolução de controvérsias. Assim, estabelece, no art. 151, que nas contratações regidas por esta lei, poderão ser utilizados conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (CRD) e a arbitragem. Os meios incidirão sobre controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia. O art. 154, por sua vez, determina que a escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de disputas seja feita com a observância de critérios isonômicos, técnicos e transparentes. Por conta do estudo ora apresentado, sabemos que a mediação e a arbitragem, além de outros métodos adequados de solução de conflitos, são plenamente compatíveis com a Administração Pública. Com a alteração promovida pela Lei nº 13.129/2015, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) passou a dispor expressamente que a Administração Pública poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, afastando qualquer dúvida a esse respeito. Por sua vez, a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), destacou diversas disposições voltadas para a Administração Pública, com todo um capítulo destinado para a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. O Código de Processo Civil estabelece também que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e que a utilização dos métodos adequados deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, §§ 2º e 3º). O Direito Administrativo Consensual apregoa uma postura não-adversarial e mais cooperativa na relação do Estado com o cidadão. Essa visão encontra-se totalmente alinhada com os princípios da confiança, da economicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública Gerencial. Nesse sentido, privar a Administração Pública de mecanismos que têm se

demonstrado cada vez mais céleres, menos onerosos e mais eficientes para a solução de conflitos, perpetuando uma realidade em que o Poder Público se revela como uma das partes mais demandadas dentro do Poder Judiciário – o que certamente contraria a ideia de acesso à Justiça, em seu sentido material. Assim, de forma prática e seguindo as premissas permitidas quanto a resolução de controvérsias perante a AP, é de se observar as matérias que podem ser objeto de mediação e arbitragem. No caso em questão e apenas como demonstrativo, temos que podem ser objeto de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º, § 1º da Lei nº 9.307/96. Direitos patrimoniais disponíveis são todos aqueles que comportem expressão financeira, e sobre a matéria não exista disposição legal que vede a possibilidade de negociação ou transação, salientando que ao se optar pela arbitragem a Administração Pública não está renunciando a qualquer direito, mas apenas optando por uma via mais adequada para a solução de determinadas disputas. No mesmo sentido, e como objeto de estudo, a mediação, pode ser utilizada tanto em conflitos que versem sobre direitos disponíveis, quanto sobre direitos indisponíveis que admitam transação, nos termos do artigo 3º, caput, da Lei nº 13.140/2015. Neste último caso, porém, exige-se que haja a homologação posterior do acordo pelo Poder Judiciário. Tal previsão, alargou bastante as possibilidades de utilização da mediação pela Administração Pública, permitindo sua utilização como mecanismo de resolução em qualquer tipo de conflito, não se restringindo a conflitos que tenham expressão patrimonial. Em verdade, a análise certa e adequada dos riscos de uma contratação certamente deve contemplar os riscos jurídicos decorrentes de eventual judicialização. De uma forma geral, quanto mais essencial a entrega tempestiva de uma obra ou produto, bem como a prestação adequada de um serviço, mais justificável se torna a escolha pela arbitragem, que permite uma decisão rápida e especializada sobre a matéria controversa. Vale repisar que em todas as áreas em que for possível a utilização da arbitragem, será possível também a utilização da mediação. Certo é que a mediação permite que a solução seja construída pelos próprios envolvidos, com o auxílio de um terceiro capacitado e imparcial, geralmente em prazo e custos mais reduzidos do que a solução arbitral. A inserção prévia de cláusula med-arb nos contratos administrativos é a melhor forma de mitigar riscos jurídicos decorrentes da demora na prestação jurisdicional e eventual falta de conhecimento especializado dos julgadores. A mediação pode ter escopo ainda mais amplo. É possível a sua utilização para tratar de forma mais adequada conflitos

envolvendo a prestação de serviços de saúde, conflitos no ambiente escolar, na área de segurança pública, conflitos referentes à ocupação do espaço urbano, entre outros. Para tanto, é possível o treinamento de servidores e profissionais para utilização das técnicas de mediação em suas atividades e a criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, nos moldes da Lei de Mediação, ou mesmo a utilização de Câmaras Privadas, conforme o caso. É de se recomendar também a utilização da mediação e da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo contratos e convênios com entidades do terceiro setor (OS, OSCIP, etc.) e em consórcios públicos envolvendo Estados e Municípios, situações em que eventual impasse jurídico pode trazer sérios problemas para o gestor público e para a sociedade de uma forma geral. Sempre necessário ponderar que sempre será necessário adotar o princípio da confidencialidade expressamente em seus regulamentos. É plenamente vedado aos árbitros, às partes e aos demais participantes do processo divulgar qualquer informação a que tenham tido acesso em decorrência de sua participação no procedimento, salvo se expressamente autorizado por todas as partes ou em caso de ordem judicial. Por outro lado, com a edição da Lei nº 13.129/2015, o art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem passou a dispor que a arbitragem que envolva a Administração Pública respeitará o princípio da publicidade. Neste contexto, e a fim de dar cumprimento ao dispositivo legal, os Regulamentos de Mediação estabelecem que a Câmara fica autorizada a divulgar a existência do procedimento, o nome das partes envolvidas, o valor do litígio e o inteiro teor da sentença arbitral ou do termo final de mediação, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário. Inverte-se, desse modo, a presunção de confidencialidade do procedimento, quando envolver ente da Administração Pública. A Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011) define uma série de informações que podem ser classificadas como pessoais ou sigilosas, cabendo à própria Administração a sua identificação. Entende-se que o princípio da publicidade aplica-se primordialmente à Administração Pública, que está vinculada à previsão do artigo 37, caput, da Constituição Federal, de forma que a solicitação de informações adicionais, por terceiros alheios ao procedimento, deverá ser dirigida ao próprio ente público, obrigado por lei a fornecê-la. Porém, nada impede que, havendo interesse das partes, seja viabilizado um nível maior de publicidade ao procedimento, por meio da disponibilização do conteúdo integral do procedimento ou mesmo com a transmissão on-line das audiências e sessões eventualmente realizadas. Por fim, e no sentido

de demonstrar a forma e prática do uso da mediação pela Administração Pública, torna-se possível plenamente serem criadas e regulamentadas as Câmaras (ou Centrais de Conciliação), diga-se, vinculada diretamente à Procuradoria Geral do Município (PGM) mais especificamente e se assim for da necessidade, sempre seguindo as diretrizes elencadas na Lei 13.140/15 (Lei da Mediação) uma vez que esta destaca expressamente a forma e procedimentos a serem adotados pela Administração Pública. É de se destacar que a criação de referidas câmaras sempre serão realizadas por leis ou decretos específicos, sobre a adoção de métodos adequados de resolução de controvérsias para a solução de conflitos que envolvam a Administração Pública ou suas entidades. No tocante as novas regras dos procedimentos licitatórios temos que os primeiros artigos do capítulo tratam do âmbito de aplicação da nova Lei Geral de Licitações e Contratos. A nova redação ficou mais sistematizada e tornou mais claro o que já era interpretado quanto à abrangência da Lei Geral de Licitações, sem que houvesse mudança, isto é, que ela se aplica: • À Administração Direta, Autárquica e Fundacional, de todos os entes federativos; • Aos fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. Absorção do regime: do pregão e do RDC na nova Lei. Determinação respeitando a disciplina da Lei das Estatais, sendo reconhecido que as estatais serão regidas por lei própria (Lei nº 13.303/2016), não havendo sequer aplicação subsidiária (às estatais, no entanto, aplicam-se os crimes próprios, os quais foram deslocados para o Código Penal). Para contratações de repartições sediadas no exterior – regulamentação do ministro de Estado. Doações ou empréstimos estrangeiros: pode haver adequação de seleção e procedimento, se houver tal exigência, desde que observados os princípios constitucionais. Aplicação dos favorecimentos contidos nos arts. 42 a 49 do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (MEs e EPPs). NOVIDADE DA LEI: reforço de hipótese de afastamento de favorecimento para ME e EPP, caso haja: • Item cujo valor ultrapasse a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como EPP, no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral; e • No caso de Engenharia (obras e serviços), valor estimado superior à receita bruta máxima do enquadramento como EPP. Matriz de Risco Ampliação das definições, com as novidades do antigo RDC, da Lei do Pregão, que foram incorporadas, além de pormenorização e aprimoramento em termos de planejamento. Há a previsão de estudo técnico preliminar – ETP. A nova Lei prevê matriz de riscos:

caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. Ressalte-se que, na matriz de riscos, existe a possibilidade de estabelecimento de fração do objeto passível de inovação em obrigação de resultado, mas não em termos de obrigação de meio, que deve estipular a fração de objeto sem liberdade de inovar (NOHARA, 2021). No tocante às obras de engenharia, houve também inspiração tanto na sistemática da Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011), que primeiro previu a contratação integrada, quanto na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), a qual ainda contemplou a previsão de contratação semi-integrada. O regime de contratação integrada é definido, no inciso XXXII do art. 6º da Nova Lei de Licitações e Contratos como o regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e demais operações necessárias e suficientes para entrega final do objeto. A Lei definiu como obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200 milhões. Grande novidade: diálogo competitivo. Critérios de julgamento: (a) menor preço; (b) melhor técnica ou conteúdo artístico; (c) técnica e preço; (d) maior retorno econômico; e (e) maior desconto. Fim da tomada de preços e do convite. Procedimentos auxiliares inspirados no RDC: a pré-qualificação, o sistema do registro de preços e registro cadastral. Também houve previsão do credenciamento e o procedimento de manifestação de interesse, sendo o credenciamento um procedimento auxiliar que gera uma hipótese de inexigibilidade, conforme o art. 73, IV, da lei. Incorporação do contrato de eficiência, que era tratado na disciplina antiga do RDC: com objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução das despesas correntes, sendo a remuneração do contratado baseada no percentual da economia gerada. Definições de sobrepreço e de superfaturamento, com inspiração nas definições da Lei nº 13.303/2016. Sobrepreço: preço superior aos referenciais de mercado; seja em um item; e seja no valor global do objeto. Superfaturamento: medição de quantidade superior; diminuição de qualidade, vida útil ou segurança; alteração no orçamento que cause desequilíbrio em favor do contratado; distorção do cronograma, com custos adicionais ou reajuste irregular de preços. Distinção entre reajustamento em sentido estrito e repactuação. A lei define reajustamento em sentido estrito como a forma de manutenção do

equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. Trata-se de conceito distinto de revisão, pois o reajuste não provoca alteração em cláusula contratual. Previsão da repactuação – em virtude dos custos com a mão de obra. Há o empoderamento do agente de contratação para tomar decisões. Objetivos (art. 11 da Nova Lei de Licitações): Assegurar a seleção da proposta mais apta a gerar o resultado mais vantajoso, inclusive no ciclo de vida do objeto; assegurar tratamento isonômico e justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestadamente inexequíveis e superfaturamento; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Governança da contratação (art. 11, parágrafo único da Nova Lei de Licitações): implementação de processos e estruturas, com gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar, promovendo um ambiente íntegro e confiável, com planejamento estratégico, conformidade com as leis orçamentárias, eficiência, efetividade e eficácia nas contratações. Reforço no planejamento: pode-se adotar um plano de contratação anual, para racionalizar com planejamento estratégico e aderência às leis orçamentárias. O plano será divulgado em sítio eletrônico oficial. Inversão de fases como regra e, excepcionalmente, com explicação dos benefícios, pode ser que a habilitação venha antes da apresentação das propostas, dos lances e do julgamento, desde que haja revisão no edital. Fases da Nova Lei: (1) Preparatória; (2) Divulgação do edital; (3) Apresentação de propostas e lances, quando for o caso; (4) Julgamento; (5) Habilitação; (6) Recursal; (7) Homologação. Na fase de julgamento, pode haver avaliação da conformidade, por meio de: homologação de amostras; exame de conformidade ou prova de conceito. Também houve a previsão, em caráter facultativo, de certificação para: (1) Estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos; (2) Conclusão de fases ou de objetos de contratos; e (3) Material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação. A nova lei de licitações tem um viés de consensualidade.