

ano 21 – n. 85 | julho/setembro – 2021
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i85
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submetete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Políticas públicas consensuais em momento de crise: como arranjos normativos viabilizam soluções criativas?

Consensus public policy in a moment of crisis: How regulatory arrangements enable creative solution?

Marco Antonio Rodrigues*

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)
E-mail: marcoadsrodrigues@gmail.com

Marcílio da Silva Ferreira Filho**

Centro Universitário de Brasília (Brasil)
E-mail: marciliosff@gmail.com

Recebido/Received: 15.05.2020 / May 15th, 2020

Aprovado/Approved: 01.09.2021 / September 01st, 2021

Resumo: O presente artigo analisa como arranjos normativos podem viabilizar soluções consensuais criativas envolvendo o Poder Público em período de crise, tendo por base o possível aumento de conflitos decorrentes de políticas públicas no período durante e pós COVID-19. O objetivo é verificar se o Brasil possui um arranjo normativo de consensualidade que permita uma resposta adequada e ágil a um número alto de conflitos, considerando estruturas normativas de três países que se tornaram epicentro da crise: Itália, Espanha e EUA. Para essa finalidade, foram colhidos dados sobre

Como citar este artigo/*How to cite this article:* RODRIGUES, Marco Antonio; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Políticas públicas consensuais em momento de crise: como arranjos normativos viabilizam soluções criativas?. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 231-255, jul./set. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i85.1377

* Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre em Direito Público e Doutor em Direito Processual pela UERJ. Cursando LLM em *International Dispute Resolution* na *Kings College London*. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail: marcoadsrodrigues@gmail.com

** Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador do Estado de Goiás. E-mail: marciliosff@gmail.com

a regulação da consensualidade no Brasil em comparação com o ordenamento jurídico dos três outros sistemas eleitos, bem como uma análise bibliográfica pertinente aos dogmas impeditivos de um avanço numérico da consensualidade em litígios envolvendo o Poder Público. Por fim, aborda-se como uma disrupção no raciocínio jurídico pode contribuir para soluções adequadas em um período de crise.

Palavras-chave: Consensualidade. Política pública. Direito Administrativo. Crise. Litigância.

Abstract: This article analyzes how normative arrangements can enable creative consensus solutions involving the Government in times of crisis, based on the possible increased conflicts resulting from public policies in the period during and after COVID-19. The aim is to verify if Brazil has a consensual normative arrangement that allows an adequate and agile response to a high number of conflicts, considering normative structures from three countries that have become the epicenter of the crisis: Italy, Spain and the USA. For this purpose, data were collected on the regulation of consensus in Brazil compared with the legal system of the three other elected systems as well as a bibliographic analysis that concerns to the dogmas that prevent consensual numerical advance in disputes involving the Government. Lastly, it aims to address how an interruption in legal reasoning can contribute to solutions used in a period of crisis.

Keywords: Consensuality. Public policy. Administrative law. Crisis. Litigation.

Sumário: Introdução – **1** Políticas públicas e a gestão de litígios envolvendo o Estado – **2** O papel do Direito na construção de políticas públicas consensuais – **3** Arranjos normativos estrangeiros sobre consensualidade administrativa – **4** O que o Brasil tem a ver com isso? – Conclusão – Referências

Introdução

Vivemos um momento único em todo o mundo com a pandemia do COVID-19 e suas diversas consequências. Vários países estão adotando a quarentena como medida de contenção da infecção e, paralelamente, criam políticas públicas em diversas áreas para conter os reflexos da crise, tal como vem acontecendo no campo econômico e sanitário. Com o advento desse cenário, o Poder Público deverá encontrar soluções jurídicas para novos tipos de conflitos envolvendo a pandemia ou mesmo o cumprimento dessas políticas, o que passa por uma visão estratégica sobre a gestão da litigância, especialmente com o possível aumento no número de casos durante e pós a pandemia.¹

Antes mesmo da crise, pesquisas já apontavam que o Poder Judiciário brasileiro possui um alto estoque de processos e índices preocupantes de litigiosidade,²

¹ Ainda não é possível afirmar, *prima face*, que a pandemia resultará em um determinado número de processos adicionais nesse estágio da crise que se vive. No entanto, percebe-se que os órgãos jurídicos (Tribunais, Advocacia Pública, Ministério Público etc.) vêm divulgando aumento da produtividade, o que pode estar relacionado ao trabalho desenvolvido em casa (*home office*) ou ao aumento numérico da demanda. Algumas informações, nesse sentido, já apontam para uma situação de aumento do número de ações judiciais. Nesse sentido: Disponível em: *Covid-19 já gerou 3,8 mil processos tributários, contabiliza PGFN*. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/covid-19-ja-gerou-38-mil-processos-tributarios-contabiliza-pgfn-30042020>. Acesso em: 30 abr. 2020.

² Conforme consta do documento “Justiça em Números: ano base 2018” produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em trâmite, aguardando alguma solução. Retirando processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, haveria 64,6 milhões de ações judiciais em trâmite. Em média, a cada grupo de 100.000

tendo o Poder Público como um dos principais atores.³ Tendo isso como um dos motivos (mas não só⁴), algumas iniciativas foram adotadas nos últimos anos para se intensificar medidas de estímulo à consensualidade, através de instrumentos como mediação, conciliação e arbitragem, inclusive com previsões normativas voltadas a litígios administrativos.

Nesse novo cenário de litigância, a possibilidade de uso de métodos adequados de solução de conflitos, especialmente técnicas de consensualidade (negociação, transação por adesão, mediação, conciliação etc.), retornam à pauta do Poder Público como meio de se viabilizar o cumprimento de políticas públicas de forma eficiente em tempos de anormalidade. O desenho normativo estabelecido pode viabilizar ou restringir essa prática nas relações jurídicas administrativas, especialmente porque pautadas em interpretações muitas vezes restritivas da ação de agentes públicos.

Assim, este artigo pretende analisar o seguinte problema de pesquisa: *como os desenhos normativos sobre transação podem viabilizar soluções criativas de conflitos em cenário de crise?* Para enfrentar esses problemas, serão analisados alguns desenhos normativos do sistema brasileiro e contributos de sistemas internacionais, avaliando a existência de maior ou menor autonomia de atuação dos representantes estatais a partir de alguns dados levantados à normatização da consensualidade no Brasil.

1 Políticas públicas e a gestão de litígios envolvendo o Estado

Há um certo tempo já se fala em métodos adequados de solução de conflitos para além da prestação jurisdicional no Brasil, tais como a negociação, mediação, conciliação⁵ e a arbitragem. O processo civil sofreu profundas transformações nos últimos anos, desde a reforma do Poder Judiciário com a EC nº 45/2004, passando pela edição do CPC de 2015 e outros atos normativos relevantes, tais como a Lei nº

habitantes no Brasil, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*: ano base 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

³ Entre os estudos existentes sobre litigantes, o CNJ realizou pesquisa em 2012, através do qual apontou o setor público federal como o maior litigante, seguido dos bancos, setor público municipal e setor público estadual. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁴ A redução da litigiosidade pode ser apontada como uma das causas justificadoras de medidas de consensualidade no contexto brasileiro, mas outros motivos também se encontram presentes. A utilização de instrumentos adequados de tratamento de conflitos possui benefícios que envolvem também a satisfação das partes, diminuição de gastos, entre outros.

⁵ O presente trabalho não busca aprofundar os métodos de solução consensual de conflitos, tendo em vista a delimitação da problemática. Para uma diferenciação sobre mediação e conciliação, conferir: ALMEIDA, Tania. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*. In: SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à Justiça*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, p. 85-94.

13.140/2015.⁶ Paralelamente, medidas de estímulo à consensualidade passaram a ser promovidas pelo CNJ, como o movimento pela conciliação, semana nacional de conciliação, prêmio “conciliar é legal”, boas práticas, entre outros.⁷

A consensualidade entrou na agenda política do Estado brasileiro para todos os níveis e passou a ser contemplada em nível normativo. O CPC de 2015, logo em seu art. 3º, §2º, estabelece o dever do Estado é promover, sempre que possível, a solução consensual de conflitos. Complementando tal disposição, o §3º do mesmo artigo estabelece que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todos, inclusive no curso do processo.⁸ Trata-se de uma verdadeira mudança no sentido do direito fundamental de acesso à justiça, que não mais é apenas um direito à prestação jurisdicional justa, mas sim à solução justa para o conflito de interesses.⁹

No âmbito das relações jurídicas privadas, as políticas públicas de consensualidade encontraram mais facilidades para traçar estratégias, implementar centros de atuação e estimular os atores processuais, dada a liberdade que a maior parte dos litígios possuem para dispor sobre o direito. Nos últimos anos, contudo, tais políticas não conseguiram avançar com a mesma efetividade nos litígios envolvendo o Poder Público e o problema é que, em contraponto, ele é justamente o ente com maior causa de provocação do acesso jurisdicional.

Em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o Poder Público foi apontado como maior litigante perante as diversas esferas do Poder Judiciário. Os dados apontaram que “um número extremamente reduzido de atores é responsável por pelo menos a metade destes processos”. Só no TJDF, por exemplo, a Fazenda Pública foi parte em 71% dos processos tramitados em

⁶ Existem vários motivos que justificaram a edição dos atos normativos, entre eles a contenção do aumento de litigiosidade e da morosidade na prestação jurisdicional. As causas desses problemas, no entanto, envolvem diversos fatores e não apenas o contexto normativo. Pesquisa da Escola de Direito da FGV/SP em atendimento ao Edital de Seleção n. 1/2009 do CNJ apontou o seguinte: “Fora do Judiciário, as causas estão relacionadas à regulação administrativa e legislativa, que criam ou que restringem o exercício de direitos (zonas cinzentas regulatórias), aos marcos institucionais, às questões socioeconômicas, às práticas de gestão empresarial, dentre outras. Dentro do Judiciário, as causas, por sua vez, estão relacionadas aos impactos da judicialização dos conflitos, ao gerenciamento do volume de processos, à falta de uniformização das decisões, à gestão de recursos humanos, à organização judiciária, conduta das partes, dentre outras”. ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS DE SÃO PAULO: DIREITO GV. *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e proposição de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf. Acesso em: 1 maio 2020.

⁷ Para saber mais sobre ações promovidas pelo CNJ, verifique em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao>. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁸ A exposição de motivos do CPC de 2015 esclarece a intenção do diploma legal ao estatuir tais regras: “Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz”.

⁹ RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017, p. 24.

primeira instância entre os 100 maiores litigantes.¹⁰ Mesmo no âmbito do TST, em que prevalecem relações jurídicas trabalhistas com regime privado, a União aparece em primeiro lugar no *ranking* de litigantes, provavelmente pela sua participação na cobrança de tributos.¹¹

Nesse mesmo sentido, cabe destacar que a maior taxa de congestionamento do Poder Judiciário é relativa à execução fiscal (apesar de ter sofrido uma leve redução nos últimos anos), que apresentou a marca de 89,7% no ano de 2018, representando 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário. Essa taxa representa o fluxo de entrada e saída de processos. É como se, de cada 100 processos novos, apenas 10 fossem baixados, mantendo-se 90 em trâmite acumulado. Vale destacar que a execução fiscal é espécie processual típica de utilização da Fazenda Pública.

Sendo o Poder Público o provocador central (mas não exclusivo) do alto índice de litigância, uma política pública de consensualidade que tenha por objetivo a eficiência não pode excluí-lo do seu campo.¹² O impacto de uma política voltada apenas a litígios de natureza privada terá resultados baixos se comparado a um cenário de incidência também voltada aos litígios dos quais o Poder Público seja parte. No entanto, a consensualidade nesse tipo de conflito encontra dois tipos de obstáculos que precisam ser superados para viabilizar uma ação estatal voltada ao consenso: dogmáticos e comportamentais.

As barreiras dogmáticas envolvem compreensões jurídicas de cunho legal, jurisprudencial ou doutrinário que impedem a realização de acordos pelo Estado. Alguns desses obstáculos podem ser identificados a partir de diversas produções acadêmicas dos últimos anos na tentativa de criar soluções jurídicas adequadas viabilizadoras de uma nova conduta estatal, as quais se propõem a enfrentar

¹⁰ “Verifica-se, no caso brasileiro, uma propensão ao litígio por um grupo concentrado de atores – e um dos mais contumazes é a administração pública. A prevalência do setor público como principal parte demandante nos estados pesquisados – uma das mais importantes evidências apontadas pelo presente estudo – pode indicar, na avaliação da AMB, a transferência para o Judiciário de questões que poderiam ser resolvidas administrativamente. As exigências impostas aos gestores públicos de acionar a Justiça e de recorrer sempre, não seriam, pois, as únicas causas”. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

¹¹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Ranking das partes no TST*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/ranking-das-partes>. Acesso em: 03 abr. 2020.

¹² Sobre esse ponto de vista, vale conferir: COUTO, Mônica Bonetti; OLIVEIRA, Simone Pereira de. Acesso à Justiça e maiores litigantes no Brasil: os métodos não convencionais de controvérsias como instrumento de redução dessa litigiosidade específica. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 168-186, jan./jun. 2016.

questões como: indisponibilidade do interesse público,¹³ impessoalidade,¹⁴ legalidade estrita,¹⁵ entre outros.¹⁶

De fato, os diplomas legais editados até então não enfrentaram tais questões, apenas estimulado, de maneira genérica, a permissão para a prática da consensualidade, inclusive com menção expressa à Administração Pública. O CPC, por exemplo, em seu art. 174, prevê a criação de câmaras de mediação e conciliação para dirimir conflitos envolvendo o Poder Público. No mesmo sentido é a Lei nº 13.140/2015 que, além de prever a referida câmara (art. 32),¹⁷ avançou um pouco mais, dispondo em outros artigos sobre a autocomposição no âmbito da Administração Pública.

Todavia, pelos entraves dogmáticos enraizados no Direito Administrativo brasileiro, a transação administrativa não vem sendo admitida sem previsão legal autorizativa.¹⁸ Por isso, cada ente federativo (União, Estado, Distrito Federal e

¹³ O aspecto da indisponibilidade do interesse público está sendo superado por construções doutrinárias compatíveis com consensualidade e outras práticas administrativas. Nesse sentido: SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016 e PALMA, Juliana Banacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹⁴ A impessoalidade e isonomia possuem relevante impacto no âmbito da transação administrativa. O dever de tratamento igualitário, segundo Luciana Moessa de Souza, exige que o Poder Público trate igualmente administrados em situações idênticas, conferindo-lhes o direito de realizar o acordo em mesmas condições, motivo pelo qual deve ser dada publicidade aos termos de transação, a fim de criar precedentes e tratamentos semelhantes. SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 177. Nessa linha, já se defendeu serem as transações por adesão preferenciais, diante da impessoalidade da Administração: RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017, p. 370.

¹⁵ A legalidade tem sido revisitada pela doutrina nos últimos anos, inclusive sob seu aspecto de ampliação, havendo a utilização da expressão substitutiva de “princípio da juridicidade”, o que abarcaria o respeito ao ordenamento jurídico como um todo (nesse sentido: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Constituição e Administração Pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 90 a 116). No entanto, a legalidade deve se relacionar com a eficiência e, nesse sentido, não serve apenas de barreira à atuação administrativa, mas também como mote para designar ações específicas e deveres, tal como no caso da consensualidade, em que o CPC e a Lei nº 13.140/2015 fixam a atuação estatal obrigatória. Nesse sentido: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária no contexto de uma administração pública mais democrática*. Porto Alegre: Quartier Latin, 2007, p. 468.

¹⁶ Diversos outros questionamentos existem paralelamente a esses dogmas, como pontos atinentes à publicidade dos atos consensuais, controle externo da sua prática, responsabilização dos agentes, entre outros. Os três obstáculos indicados, no entanto, são mais abordados pelas produções acadêmicas contemporâneas.

¹⁷ Cabe destacar que a nomenclatura utilizada pela Lei nº 13.140/2015 denominou o órgão de “Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos”, diferentemente do CPC, ampliando o seu campo de atuação. No entanto, os entes federativos possuem liberdade para normatizar e delimitar novas nomenclaturas, o que já se verifica na prática.

¹⁸ Isto de modo a prestigiar os princípios da moralidade e da impessoalidade (RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017, p. 371-376). Excepcionalmente, porém, será cabível a celebração do acordo, embora sem previsão legal a respeito, fundado no princípio da eficiência. Há julgado do STF admitindo indiretamente tal possibilidade: RE 253885 / MG - MINAS GERAIS; Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; Julgamento: 04/06/2002; Órgão Julgador: Primeira Turma; DJ 21-06-2002 PP-00118.

Municípios) deve editar leis permitindo a realização de acordos pelo Poder Público e estabelecendo o desenho normativo para que isso aconteça.¹⁹ A definição dos contornos jurídicos, nesse sentido, pode ter repercussão direta na funcionalidade da política pública de consensualidade estabelecida.

As barreiras comportamentais, no entanto, possuem também uma grande relevância no êxito da consensualidade, pois os estímulos comportamentais incidem sobre a decisão consensual dos agentes envolvidos no litígio. Sabe-se que a produção de normas jurídicas não é suficiente para transformar a realidade, sendo necessário que os seus destinatários se comportem de determinada forma para atingir o seu objetivo, o que pode ser estimulado por meio de instrumentos adequados. Nesse aspecto, contribuições interdisciplinares²⁰ podem auxiliar a construção de uma política pública efetiva, como os conhecimentos produzidos no âmbito da economia²¹ e da psicologia.²²

É preciso observar, no entanto, que os aspectos dogmáticos não são totalmente dissociados da questão comportamental. A construção de material jurídico (ex.: diplomas legais) possui influência sobre a ação comportamental. Afinal de contas, o desenho normativo estabelecido pode resultar em maior ou menor facilidade na realização de acordos pelo Poder Público. A título de exemplo, normas rígidas de responsabilidade podem gerar receio nos executores de uma política pública de consensualidade, que – por sua vez – podem preferir litigar para evitar eventual penalidade. Da mesma maneira, normas que estabeleçam regras hierárquicas dificultando o procedimento consensual também podem gerar preferências pela litigância pelos atores do processo, dada a dinâmica das relações jurídicas consensuais.

¹⁹ Como regra, a previsão normativa é inserida nas leis orgânicas dos órgãos de advocacia pública, responsáveis pela condução dos interesses do Poder Público em litígios judiciais ou administrativos. No entanto, isso não impede a edição de lei específica sobre o assunto.

²⁰ Há quem prefira, como faz Tercio Sampaio Ferraz Junior, uma divisão entre a dogmática jurídica e o campo da zética jurídica, que envolveria conhecimentos interdisciplinares com intersecções com o Direito. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

²¹ Do ponto de vista da economia, importantes estudos foram desenvolvidos sobre a teoria da litigância, tendo como um dos principais autores (mas não só) o professor Steven Shavel. Entre os estudos desenvolvidos nesse campo do conhecimento, vale mencionar: SHAVELL, Steven. The Fundamental Divergence Between the Private and The Social Motive to use the Legal System. *J. Legal Stud.*, 26, 575, 1997; SHAVELL, Steven. The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and of Settlement. *International Review of Law and Economics*, p. 99-115, 1999 e KAPLOW, Louis. Private versus Social Costs in Bringing Suit. *J. Legal Stud.*, 371, 1986.

²² A psicologia também tem fornecido instrumental para um diagnóstico no campo da litigância. Nesse sentido: HUANG, Peter H.; WU, Ho-mou. Emotional responses in litigation. *International Review of Law and Economics*, n. 12, p. 31-44, 1992, p. 41 e KOROBIKIN, Russel; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, 93, p. 107-192, 1994, p. 109 e KOROBIKIN, Russel; GUTHRIE, Chris. Psychology, economics, and settlement: a new look at the role of the lawyer. *Texas Law Review*, 76, p. 77-161 1997, p. 141.

O objeto deste artigo se delimita ao campo da dogmática jurídica, considerando aqui o impacto do desenho normativo pode gerar na prática da consensualidade pelos atores processuais, especialmente em momentos de alta litigância, como situações de crise, tomando como exemplo a quarentena decorrente do COVID-19. Para isso, é necessário entender um pouco mais sobre o papel do Direito nas políticas públicas e qual o *estado da arte* atual sobre esse assunto.

2 O papel do Direito na construção de políticas públicas consensuais

No contexto de formulação de uma política pública, Paulo Jannuzzi explica que existem cinco fases sucessivas (*Policy Cycle*) que explicam o seu processo.²³ São elas: 1. Definição da agenda política (*Agenda-Setting*); 2. Formulação de políticas e programas (*Policy Formulation*); 3. Tomada de decisão técnica-política (*Decision Making*); 4. Implementação de políticas e programas (*Policy Implementation*); 5. Avaliação das políticas e dos programas (*Policy Evaluation*).²⁴ Nesse sentido, a fase de implementação de uma política e/ou programa pode ser impactada pela estratégia definida inicialmente no processo de decisão técnica-política, no que o Direito, além de outros fatores, tem sua relevância definida.

A definição do arranjo normativo pertinente a uma política pública é estabelecida na fase de tomada de decisão técnico política (*Decision Making*) e possui relevância, ao lado de outros aspectos, no fluxo e êxito dos objetivos inicialmente estabelecidos. Como explica Diogo R. Coutinho, o Direito possui papéis relevantes no desenvolvimento, servindo como objetivo, como ferramenta, como arranjo institucional e como vocalizador de demandas.²⁵ Nesse sentido, a decisão sobre contornos jurídicos pode influenciar sobre o êxito de políticas públicas em mais de um aspecto.

Em momentos de crise, as políticas públicas dependem de um Direito que assegure soluções eficazes e passíveis de adoção em tempo ágil. No entanto, o Direito Administrativo brasileiro vive uma dualidade problemática: de um lado, as compreensões dogmáticas no campo jurídico exigem regulamentação específica com critérios e diretrizes para realização de acordos; de outro lado, a limitação normativa tem o potencial de impedir soluções criativas em momentos atípicos. Talvez por esse motivo ainda não tenhamos avançado tanto em normatização da transação e das câmaras de mediação e conciliação em órgãos de advocacia pública.

²³ É preciso observar que existem outras teorias explicativas das políticas públicas, porém preferimos adotar – para fins didáticos – a explicação do ciclo de políticas públicas proposta pelo autor, tendo em vista a sua funcionalidade no contexto demonstrativo.

²⁴ JANUZZI, Paulo de Martino. Avaliação de programas sociais no Brasil: repensando práticas e metodologias das pesquisas avaliativas. *Planejamento e políticas públicas*, n. 36, p. 251-275, jan./jul. 2011, p. 259-260.

²⁵ Conferir: COUTINHO, Diogo R. *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013

A União foi a primeira a regulamentar sua Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) por meio o Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007, antes mesmo do CPC. A competência para transação, no entanto, é atribuída ao Advogado-Geral da União (LC nº 73/93, art. 4º, VI), que pode estabelecer os critérios para realização de acordos por ato normativo. A Lei nº 13.988/2020, complementando a regulamentação do assunto, trata de transação envolvendo cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não, estabelecendo diversas regras (trinta artigos ao total) para que a transação administrativa ocorra nesses casos.²⁶

Diferente é o cenário dos entes federativos estaduais. A regulação da transação administrativa acontece de forma heterogênea, havendo liberdade para definir normas atinentes à transação administrativa e à criação da câmara no âmbito das Procuradorias Estaduais. Cada Estado-membro possui regulamentação em lei própria sobre a transação e liberdade para definir os contornos de estruturação de eventual câmara para estímulo à consensualidade.

Sobre a transação administrativa, existem seis modelos distintos de atribuição de competência para realização do acordo: 1. Celebração pelo Procurador-Geral do Estado após autorização do Poder Legislativo;²⁷ 2. Celebração pelo Procurador-Geral após autorização do Governador do Estado;²⁸ 3. Celebração pelo Procurador-Geral do Estado após autorização do Conselho Superior da Procuradoria;²⁹ 4. Celebração, autorização ou homologação pelo Procurador-Geral do Estado;³⁰ 5. Escalonamento

²⁶ De acordo com dados divulgados pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE), a AGU tem tido uma prática com números já expressivos em transação administrativa, tendo realizado 160 mil acordos em 2018. No entanto, há que se comparar tal número com o volume de processos em trâmite para perceber que isso ainda representa um percentual pequeno dentro do universo de possibilidades na utilização de métodos consensuais de solução de conflitos. Ademais, vale destacar que apenas alguns poucos desses acordos foram firmados por meio da CCAF, sendo a maior parte através de negociação direta ou transação por adesão com os advogados públicos. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS. *AGU firmou mais de 160 mil acordos em 2018*. Disponível em: <https://anafenacional.org.br/agu-firmou-mais-de-160-mil-acordos-em-2018>. Acesso em: 02 abr. 2020.

²⁷ Bahia (LC Estadual nº 34, de 6 de fevereiro de 2009, art. 2º, VII) e Santa Catarina (LC Estadual nº 317, de 30 de dezembro de 2005, art. 69, IV c/c LC Estadual nº 317, de 30 de dezembro de 2005, art. 20, VII).

²⁸ Maranhão (LC Estadual nº 20, de 30 de junho de 1994, art. 4º, XXIII), Paraíba (LC Estadual nº 86, de 1 de dezembro de 2008, art. 16, § 2º), Roraima (LC Estadual nº 71, de 18 de dezembro de 2003, art. 7º, VI) e Sergipe (LC Estadual nº 27, de 2 de agosto de 1996, art. 7º, VII).

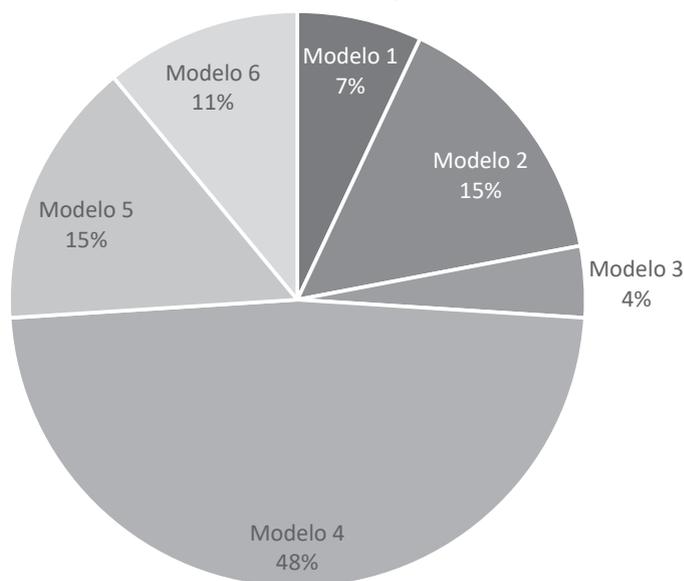
²⁹ Piauí (LC Estadual nº 56, de 1º de novembro de 2005, art. 57, I).

³⁰ Acre (LC Estadual 45, de 26 de julho de 1994, art. 4º, XIV), Distrito Federal (LC Distrital nº 395, de 31 de julho de 2001, art. 6º, II), Espírito Santo (LC Estadual 88, de 26 de dezembro de 1996, art. 6º, XIV, “c”), Mato Grosso (LC Estadual 111, de 1º de julho de 2002, art. 8º, VII, com redação dada pela LC Estadual 455, de 21 de dezembro de 2011), Mato Grosso do Sul (LC Estadual nº 95, de 26 de dezembro de 2001, art. 8º, XXVIII, com redação dada pela Lei Complementar nº 238, de 5 de setembro de 2017), Minas Gerais (LC Estadual 83, de 28 de janeiro de 2005, art. 3º-A, VII, com redação dada pela LC Estadual 151, de 17 de dezembro de 2019), Pernambuco (LC Estadual nº 2, de 20 de agosto de 1990, art. 31, IV e LC Estadual nº 301, de 18 de dezembro de 2018, art. 5º, *caput*), Rio de Janeiro (LC Estadual nº 15, de 25 de novembro de 1980, art. 6º, XLV e Decreto nº 46.522, de 10 de dezembro de 2018, art. 6º, § 1º), Rio Grande do Norte (LC Estadual nº 240, de 27 de junho de 2002, art. 57, § 2º), Rio Grande do Sul (LC Estadual nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002, art. 12, III), Rondônia (LC Estadual nº 620, de 20 de junho

por autoridade de acordo com o valor;³¹ 6. Modificação de competência de acordo com o local da negociação.³² A preponderância, no entanto, é de que a atribuição de competência seja deferida ao Procurador-Geral do Estado, seja diretamente, seja por meio de autorização ou homologação.

Cada Estado regula sua forma de aplicação do modelo normativo de transação, com maior ou menor detalhamento, fixação de critérios, limites e diretrizes. Apenas três Estados-membros adotam modelos em que o Procurador do Estado condutor do feito possui alguma autonomia para decidir sobre a realização de acordos,³³ são eles: Goiás (modelo 5), Paraná (modelo 5) e Pará (modelo 6). A maior parte estabelece um procedimento burocrático para autorização ou homologação por autoridades diferentes (ex.: Governador, Procurador-Geral etc.) daquela que participou do método consensual de solução de conflitos.

Gráfico 1 – Distribuição dos modelos normativos de transação pelos Estados-membros da federação brasileira



de 2011, art. 11, III), São Paulo (LC Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015, art. 6º, X) e Tocantins (LC Estadual nº 20, de 17 de junho de 1999, art. 19, XXXII).

³¹ Amapá (Lei Complementar 82, de 27 de fevereiro de 2015, art. 7º, XXVI), Amazonas (Lei Estadual nº 1.639, de 30 de dezembro de 1983, art. 10, VII e §2º), Goiás (LC Estadual 144, de 24 de julho de 2018, estabeleceu, em seu art. 29, *caput* e §§ 1º e 2º) e Paraná (LC Estadual nº 26, de 30 de dezembro de 1985, art. 5º, III e Decreto 2.709, de 10 de setembro de 2019, art. 5º)

³² Pará (LC Estadual nº 41, de 29 de agosto de 2002, com alterações da LC Estadual nº 121, de 10 de junho de 2019, art. 19, parágrafo único), Alagoas (LC Estadual nº 7, de 18 de julho de 1991, art. 11, VI) e Ceará (LC Estadual nº 58, de 31 de março de 2006, art. 8º, V).

³³ Mesmo nos desenhos normativos em que há autorização para que o Procurador do Estado realize acordo diretamente no processo, há limitações relativas ao valor da demanda para que isso aconteça.

A partir desse gráfico, percebe-se que o modelo preponderantemente utilizado é o de necessidade de celebração, autorização ou homologação pelo Procurador-Geral (modelo 4). Ressalte-se que, embora os vinte e sete Estados possuam alguma norma sobre transação administrativa, apenas treze entes (48%) regulamentaram suas câmaras de mediação e conciliação. São eles: Acre,³⁴ Alagoas,³⁵ Amapá,³⁶ Bahia,³⁷ Ceará,³⁸ Goiás,³⁹ Mato Grosso do Sul,⁴⁰ Minas Gerais,⁴¹ Pará,⁴² Pernambuco,⁴³ Rio de Janeiro,⁴⁴ Rio Grande do Sul⁴⁵ e São Paulo.⁴⁶ Apenas Goiás (2018) e Rio Grande do Sul (2016) estão em funcionamento de fato há mais de dois anos com dados relevantes quanto ao número de acordos, ao lado das câmaras recentemente implementadas por Acre (2019), Alagoas (2019), Minas Gerais (2019), Pará (2019), Pernambuco (2020) e Rio de Janeiro (2019), que ainda não alcançaram números expressivos sobre transação.⁴⁷

Mesmo em Goiás (2018) e Rio Grande do Sul (2016), em que a câmara fora instituída há mais tempo, a realização numérica da prática consensual não é tão expressiva. No Rio Grande do Sul, de dezembro de 2016 a janeiro de 2020, apenas vinte e sete acordos foram realizados. No Estado de Goiás, por outro lado, no seu primeiro ano de funcionamento completo (2019), a câmara realizou 70 (setenta) audiências, tendo firmado 47 (quarenta e sete) acordos, o que indica que, apesar do índice de êxito (83%), a atuação ainda é limitada comparativamente ao número de processos que são submetidos ao órgão.

³⁴ LC Estadual 45, de 26 de julho de 1994, art. 11-A e 11-B, incluído pela LC Estadual 267, de 27 de setembro de 2013, e Decreto 2.953, de 24 de junho de 2019.

³⁵ LC Estadual nº 7, de 18 de julho de 1991, com alteração da LC Estadual 47, de 27 de abril de 2018.

³⁶ LC Estadual 82, de 27 de fevereiro de 2015, com alterações da LC Estadual 109, de 10 de janeiro de 2018, art. 24.

³⁷ LC Estadual nº 43, de 25 de outubro de 2017 inseriu o art. 21-I na LC Estadual 34, de 6 de fevereiro de 2009.

³⁸ Decreto nº 33.329, de 4 de novembro de 2019.

³⁹ LC Estadual 144, de 24 de julho de 2018.

⁴⁰ LC Estadual nº 95, de 26 de dezembro de 2001, com redação dada pela Lei Complementar nº 238, de 5 de setembro de 2017 e Resolução PGE/MS/Nº 242, de 30 de junho de 2017.

⁴¹ Lei Estadual 23.172, de 20 de dezembro de 2018 e Resolução AGE nº 8, de 14 de março de 2019.

⁴² LC Estadual nº 121, de 10 de junho de 2019.

⁴³ LC Estadual nº 417, de 9 de dezembro de 2019.

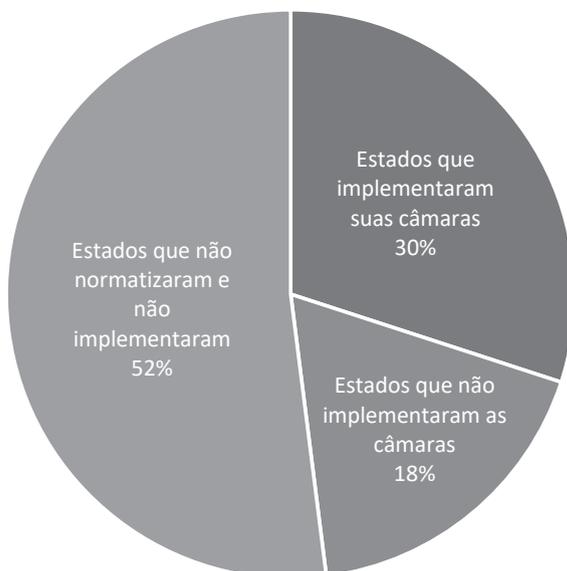
⁴⁴ Decreto nº 46.522, de 10 de dezembro de 2018.

⁴⁵ Lei Estadual 14.794, de 17 de dezembro de 2015 e Resolução nº 112, de 13 de dezembro de 2016.

⁴⁶ LC Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015.

⁴⁷ Através de pedido de informação formulado aos referidos órgãos, foi verificado que apenas as câmaras de Goiás e Rio Grande do Sul alcançaram mais de dez acordos realizados. Essa informação exclui acordos em câmaras setorializadas que não se enquadram em uma política pública de consensualidade mais ampla, como é o caso daquelas voltadas especificamente à resolução de precatórios.

Gráfico 2 – Estados que normatizaram e implementaram suas câmaras



No que concerne aos Municípios, a questão se mostra mais complexa, tendo em vista o potencial para 5.570 regimes jurídicos distintos sobre transação. Poucas são as notícias sobre normatização da transação ou de câmaras de mediação e conciliação em nível municipal.⁴⁸ É importante ressaltar que, nos locais em que não há normatização da transação, há um forte entrave dogmático viabilizador da consensualidade decorrente de alegações relacionadas ao princípio da legalidade, o que pode prejudicar a sua prática, com evidente prejuízo ao interesse público, especialmente em momentos de crise.

De outro lado, cabe salientar que os Estados e Municípios possuem uma atuação proeminente em matéria de políticas públicas de enfrentamento de crises sanitárias, como a situação do COVID-19.⁴⁹ Assim, é possível que uma grande parcela das demandas decorrentes de políticas públicas no seu enfrentamento (ex.: fornecimento de medicamentos, instalação de novos leitos etc.) sejam endereçadas contra eles, estando limitados no aspecto de adoção de estratégias processuais por ausência de previsão legal ou falta de criação de arranjos institucionais para aplicação de métodos adequados de solução de conflitos.

⁴⁸ Um exemplo possível de indicação é a Câmara de mediação e conciliação de Porto Alegre, regulamentada pelo Decreto nº 19.519/2016.

⁴⁹ Em medida cautelar conferida na ADI nº 6341, o STF considerou a competência corrente dos Estados e Municípios para tomar providências e adotar normas administrativas de enfrentamento ao novo coronavírus.

Com esse panorama, uma contribuição relevante advém da análise de arranjos normativos de outros países sobre a consensualidade em litígios envolvendo o Poder Público, especialmente pelo fato de que, em muitos deles, a realização de acordos pelo Estado está prevista há algum tempo e já com reflexos numéricos. A ideia não é estabelecer uma análise de Direito Comparado, mas sim verificar como a norma jurídica lá estabelecida pode contribuir para o contexto brasileiro, especialmente em um momento atípico como o vivido atualmente.

3 Arranjos normativos estrangeiros sobre consensualidade administrativa

Em importante trabalho sobre o tema, D. Vucetic afirma que os países cada vez mais reconhecem a importância da mediação e dos instrumentos alternativos de resolução de disputas em matérias envolvendo o Poder Público. Assevera, ainda, que esses países não possuem previsões legais que proíbam o uso do ADR em matéria de Direito Público, não obstante alguns autores ainda insistam que tal ramo do direito seja substancialmente incompatível com a consensualidade por motivos diversos.⁵⁰

É bem verdade que o Direito Administrativo possui um estudo intrincado, especialmente no que concerne à consensualidade. Isso decorre do amadurecimento tardio dessa disciplina na maioria dos países, da heterogeneidade das suas normas e, principalmente, da dificuldade de compatibilizar as suas bases teóricas com a complexidade social e econômica.⁵¹ Todavia, percebe-se uma tendência de mudança dessa tradição, para admitir a realização de acordos pelo Poder Público nos ordenamentos jurídicos de alguns países, havendo iniciativas importantes nos que foram selecionados. Sendo a resolução de conflitos um fenômeno cultural, felizmente vê-se uma mudança nessa cultura, para a admissão da consensualidade.

No presente texto analisaremos estritamente os desenhos normativos sobre consensualidade administrativa da Itália, Espanha e Estados Unidos, por terem sido epicentros do COVID-19 e por terem arranjos normativos tradicionalmente

⁵⁰ “[...] they realized that mediation can lead to settlement as a means for resolving certain types of administrative matters even when it comes to the relations between public administration and its citizens. We can certainly claim that there is no single State whose legislation explicitly prohibits the application of mediation and its techniques in administrative matters. However, a large number of authors still insist that public law substantially incompatible with the concept of negotiated agreement (mediation)”. VUCETIC, Dejan. Is mediation viable in administrative matters? *Law and Politics*, v. 14, n. 4, p. 495-504, 2016, p. 498.

⁵¹ Nesse sentido, Jean Rivero assevera que: “O direito administrativo, no mundo comparatista, faz triste figura, senão totalmente o papel de primo pobre, pelo menos o de caçula”. O mesmo autor ressalta depois que há uma mudança nessa tendência pelos inúmeros fatores contextuais em favor de estudos mais aprofundados e comparados sobre o Direito Administrativo. RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. 2. ed. Tradução de J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 53.

mencionados quando o assunto é transação administrativa. Ressalte-se que, diferentemente da Itália e Espanha, os quais possuem uma origem romano-germânica (com ampla tradição no Direito Administrativo), os EUA devem ser analisados sob o prisma de uma cultura anglo-saxã, na qual as relações jurídicas administrativas passaram a ser objeto de estudo mais aprofundados apenas nos últimos anos.

A Itália foi um dos primeiros países a ter um modelo jurídico de consensualidade no âmbito das relações jurídicas administrativas, por meio da Lei nº 241, de 7 de agosto de 1990, que estabeleceu disposições gerais sobre o procedimento administrativo naquele país. O modelo italiano é bastante mencionado nos estudos sobre consensualidade nas relações jurídicas administrativas, tendo em vista se tratar de uma das primeiras previsões normativas e pelo fato de se referir a uma regra geral autorizativa que contém uma classificação importante para o entendimento sobre as possibilidades nessa área.⁵²

As regras gerais sobre a realização de acordos pelo Poder Público constam do art. 11 da referida lei, que é composto por cinco itens, entre os quais o item 5 foi revogado. O item 1 do referido dispositivo autoriza a realização de acordos pelo Estado em procedimentos administrativos, condicionando a observar direitos de terceiros e o a proteção ao interesse público, visando determinar o conteúdo de uma decisão administrativa ou substituir a própria decisão.

Diante desse dispositivo, a doutrina italiana menciona a existência de dois tipos de acordos autorizados pela previsão normativa: o *accordi integrativi* (ou *procedimentali*)⁵³ e o acordo substitutivo.⁵⁴ Esses acordos são realizados em sede de um procedimento administrativo e, por isso, podem dispor sobre o procedimento para se chegar a uma decisão final ou mesmo sobre a própria decisão a ser proferida pelo Estado.

Os itens subsequentes da norma tratam da forma e do procedimento de realização dos acordos, exigindo-se a forma escrita e justificação com indicação de

⁵² Sabino Cassese ressalta que o Direito Administrativo italiano tem passado por profundas transformações ao longo do ano, no que se insere a transição de uma noção absoluta de autoridade para um uso mais amplo da consensualidade como meio de governar. O autor destaca que: "Durante estes años, el Estado ha sido despojado de su autoridad sagrada, se han analizado los límites interno y externos de la soberanía, se han investigado los límites de su carácter imperativo y el 'gobierno de consenso' (o mejor, la necesidad de consenso para gobernar) y lo que con ello se ha conseguido respecto a la imbricación del Derecho Público y del Derecho Privado". CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 429.

⁵³ O *accordi integrativi* tem por finalidade dispor sobre o conteúdo discricionário do procedimento, muito próximo à ideia de um negócio jurídico processual no campo do processo administrativo. A transação, nesse caso, não substitui a decisão administrativa propriamente dita, mas sim dispõe sobre a discricionariedade que a autoridade possui em definir a sucessão de atos na condução do processo administrativo.

⁵⁴ O *accordi sostitutivi*, por sua vez, tem a finalidade de substituir a decisão administrativa final que seria adotada no bojo do procedimento. Esse acordo, atendido o interesse público e sem prejuízo do interesse de terceiros, substituiria o conteúdo da decisão propriamente dita que seria proferida pela autoridade. Ao invés de se impor a decisão administrativa com a característica da imperatividade, passa-se a buscar a construção conjunta da decisão com o interessado de forma consensual.

fato e razões legais da transação (item 2). Nos itens 3 e 4 do art. 11, permite-se o controle posterior do acordo, bem como a rescisão unilateral com base no interesse público, ressaltando o dever de indenizar o particular se houver prejuízo. A autoridade competente deve autorizar o procedimento consensual, observando a imparcialidade e o bom funcionamento do serviço público (item 4-bis). O acordo mencionado até aqui pode ser realizado em conflitos envolvendo a Administração Pública e particulares ou apenas órgãos e entidades do Estado, conforme art. 15 da mesma lei.

Como se observa, o modelo italiano se vale de uma permissão genérica para realização de acordos, o que não impede a regulamentação pormenorizada por meio de outros atos. Por outro lado, condiciona à justificação e à observância de conceitos jurídicos indeterminados, como o interesse público, a imparcialidade e o bom funcionamento do serviço público.

Na Espanha, a consensualidade em conflitos envolvendo a Administração Pública foi tratada pela primeira vez através da Lei nº 30 de 26 de novembro de 1992.⁵⁵ Em 2015, outra lei passou a vigorar a respeito da Administração Pública e dos procedimentos administrativos: a Lei nº 39, editada naquele ano. Embora tenha modificado várias partes em relação à codificação anterior, na parte de consensualidade quase tudo foi mantido com a nova previsão do art. 86 (*Terminación convencional*), havendo poucas alterações nos itens 1 e 3, além da inclusão do item 5

A lei de 2015, como se observa, seguiu os mesmos critérios materiais para realização do acordo em seu parágrafo 1. Exige-se apenas a observância do ordenamento jurídico e do interesse público para a transação administrativa, mas não se especificam matérias ou hipóteses de cabimento do acordo para delimitar os conceitos jurídicos anteriormente mencionados. No aspecto formal, os demais parágrafos estabelecem alguns requisitos a serem observados, os quais, contudo, não ingressam na substância do ato consensual.

Interessante observar que o item 5 do mencionado artigo não havia na lei anterior e trouxe como inovação o dever jurídico, em acordos de caráter patrimonial, de fixar a quantia a o modo de indenização de acordo com o estabelecido no art. 34 da “*Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*”. Esse dispositivo representa uma nova preocupação do legislador em estabelecer critérios à realização de acordos

⁵⁵ Ainda sob a vigência da antiga lei, Luciano Parejo Alfonso destacou o caráter genérico da previsão legal: “el acto administrativo consensual sólo puede jugar en las relaciones jurídico-administrativas de subordinación, entendidas como aquéllas cuya regulación concreta es accesible a la Administración pública mediante acto administrativo unilateral, con entera independencia de su contenido sustantivo (y de la naturaleza y eficacia de las posiciones activas que en ellas pueda esgrimir el sujeto ordinario). Queda así fuera de su campo de acción las relaciones jurídicas llamadas de coordinación, en cuyo contexto la Administración opera sin apoderamiento para actuar unilateralmente” ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales en el Derecho Español. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, Ano 3, n. 11, p. 11-42, jan./mar. 2003, p. 18.

cujo conteúdo detenha cunho patrimonial, previsão esta que não havia até então. Por se tratar de verba pública, vincula-se à observância dos critérios pré-estabelecidos na legislação, delimitando o âmbito da atuação da autoridade administrativa.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez analisam a questão da atuação consensual sob o prisma do conceito de Administração Pública Concertada. Em um primeiro momento, os autores afirmam que essa perspectiva que hoje vem se falando pela doutrina, especialmente a partir do advento das leis suprarreferidas, não é isenta de equívocos. Para eles: “os ajustes ou concertações da Administração não conferem poderes que Administração não tenha de antemão”. Seria, assim, apenas uma nova roupagem a uma prática necessária diante das necessidades atuais de adequação às demandas econômicas e sociais.⁵⁶

Os autores demonstram preocupação com a possibilidade de utilização política dos acordos, contrariando o sistema democrático representativo e, após mencionarem decisão proferida pelo Tribunal Supremo da Espanha (de 21 de março de 2002), acabam indicando a possibilidade de controle desses excessos pelo Poder Judiciário. Afirmam que: “existem, pois, limites constitucionais definidos, dentro dos quais deve ficar sempre inserido o fenômeno aludido”.⁵⁷

Apesar disso, é preciso destacar que a lei nada fala sobre controle dos acordos realizados pelo Poder Público. Além disso, a legislação utiliza uma autorização genérica e traz disposições sobre competência e forma, mas obriga especificamente à motivação. Isso, contudo, não retira o dever de justificação geral dos atos administrativos contido em outras passagens da legislação espanhola e nas lições doutrinárias sobre a matéria. O modelo espanhol se aproxima do italiano com uma cláusula geral autorizativa.

Nos EUA, o Direito é caracterizado por dar relevância ao campo da consensualidade, tanto em relações privadas, como também em relações jurídicas de direito público. A solução alternativa de disputas (*Alternative Dispute Resolution - ADR*) é regulamentada e incentivada nos Estados Unidos, prezando pela autonomia das partes na definição da melhor conclusão para o litígio.

Apesar disso, Carrie Menkel-Meadow explica que o assunto relativo aos meios de solução de disputas passou por momentos diversos de regulamentação, que perpassam uma estrutura formal, informal e, atualmente, uma tendência semiformal de administração da justiça. As experiências vivenciadas pelo país exigiram formalidade ou informalidade em diferentes graus com o passar do tempo.

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisor Técnico Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 671-672.

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisor Técnico Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 674.

Inicialmente, o processo de solução de litígios ocorria através de procedimentos formais mediante uso rotineiro de acesso à jurisdição perante o Poder Judiciário, porém um movimento pela justiça informal se iniciou em meados no final da década de 1970 e início de 1980, a partir do desejo de se ter mais opções para as partes interessadas.⁵⁸ Com isso, algumas iniciativas foram tomadas para viabilizar a criação de estruturas alternativas de solução de disputas e possibilitar o uso de instrumentos privados, como mediação e arbitragem, com uma vertente mais focada na autonomia da vontade das partes. A matéria, por consequência, passou a ser estudada em diversas bases teóricas modernas sobre litígios.⁵⁹

O sucesso desses meios alternativos, segundo a autora, se deu principalmente no início da década de 1980, quando se começou a adaptar e transformar o processo informal privado de negociação, mediação e arbitragem em algo inserido no contexto das instituições públicas, em especial das cortes americanas. Nesse período, uma variedade de organizações começou a internalizar o uso do processo informal como condição precedente a qualquer litígio formal perante os Tribunais.⁶⁰

Entre as alterações promovidas, a autora cita a emenda ao *Federal Rules of Civil Procedure*, especificamente na regra 16, ao inserir expressamente a facilitação do acordo e da negociação no *Pretrial Conference*.⁶¹ A partir disso, destaca-se que as instituições locais passaram a editar regras para anexar programas de ADR nas cortes distritais e, com isso, permitir o uso dos instrumentos alternativos por instituições públicas.⁶²

⁵⁸ Explica a autora que: “The movement for more ‘informal’ justice in the US in the late 1970s and early 1980s drew its inspirations from variety of sources, including the desire for qualitatively better options and solutions for dispute resolution problem solving in substance, and more party participation and empowerment in procedure and process, as part of larger political movements seeking democratic participation in the polity and the legal system”. MENKEL-MEADOW, Carrie. *Regulation of dispute resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the ‘Semi-Formal*. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1291>, Acesso em: 3 abr. 2020, p. 422.

⁵⁹ “Modern American dispute resolution has a strong intellectual grounding in decision sciences, game theory, international relations, economics, social and cognitive psychology, anthropology, sociology and political science, as claims for ‘better’ solutions to legal and social problems were articulated with reference to ‘interested and needs’-based negotiations, pie-expanding, not dividing, resource allocation, efficient information sharing and processing, and a more away from purely ‘competitive’ process to collaborative and coordinated decision making”. MENKEL-MEADOW, Carrie. *Regulation of dispute resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the ‘Semi-Formal*. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1291>, Acesso em: 3 abr. 2020, p. 431.

⁶⁰ Menciona-se como diploma importante nesse contexto o *Judicial Improvements and Access to Justice Act* de 1988, que permitiu a utilização da arbitragem em cortes federais.

⁶¹ Nas discussões da emenda, há o destaque à necessidade de estímulo à consensualidade: “A settlement conference is appropriate at any time. It may be held in conjunction with a pretrial or discovery conference, although various objectives of pretrial management, such as moving the case toward trial, may not always be compatible with settlement negotiations, and thus a separate settlement conference may be desirable”. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_16, Acesso em: 3 abr. 2020.

⁶² MENKEL-MEADOW, Carrie. *Regulation of dispute resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the ‘Semi-Formal*. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1291>, Acesso em: 3 abr. 2020, p. 432.

No âmbito administrativo, o ano de 1990 foi marcado por iniciativas voltadas ao uso de ADR. Em novembro daquele ano, foi editado o *Administrative Dispute Resolution Act*, de aplicação federal, estabelecendo o dever de adequação das agências para utilização dos procedimentos alternativos, criando políticas de implementação e exigindo a criação de função específica com o objetivo de viabilizar internamente o ADR em cada agência. Entre os motivos indicados pelo Congresso para edição do documento, consta – entre outros – que os procedimentos administrativos se tornaram cada vez mais formais, com custos dispendiosos e procedimento demorado, resultando em gastos desnecessários de tempo e menor probabilidade de solução consensual das controvérsias.

É importante destacar que esse diploma autorizou de forma genérica o uso do ADR em litígios administrativos, não estabelecendo, em seu teor, limitações materiais preliminares. É bem verdade que o §582, “b”, estabeleceu hipóteses em que não deve ser utilizado o sistema de ADR, porém as situações elencadas não correspondem a restrições quanto à matéria, mas sim ao próprio funcionamento do serviço público. A autorização no uso de ADR em matérias administrativas se deu de maneira genérica, bastando o consentimento das partes competentes para realizar o acordo.

Ainda no ano de 1990, também se mencionam como importantes instrumentos relacionados à consensualidade o *Civil Justice Reform Act* de 1990, que autorizou os Tribunais Distritais a utilizar o ADR e exigiu o desenvolvimento de planos para reduzir custos e atrasos, e o *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 estabelecendo diretrizes para utilização da negociação no processo regulatório pelas agências. Esses diplomas complementam o anterior e abrangem também os procedimentos de regulação geral, autorizando autoridades administrativas a utilizar dos meios alternativos de solução de disputas.

Em 1996, tem-se a edição de outro *Administrative Dispute Resolution Act*, que – entre outras coisas – dispôs sobre questões relacionadas à confidencialidade, autorizou o *Attorney General* a definir o *Interagency ADR Working Group* com o objetivo de facilitar e estimular o uso do ADR pelas agências. Esse diploma, contudo, não limitou a consensualidade no âmbito da Administração Pública, tendo por objeto incentivar a implementação e uso na prática dos procedimentos alternativos para levar à realização efetiva do acordo.

Do ponto de vista geral, foi editado em 1988 o *Alternative Dispute Resolution Act*, que autorizou a utilização das técnicas de ADR nos Tribunais. Logo em suas declarações iniciais (seção 2), reforçam-se os benefícios e a importância do sistema alternativo, justificando o regramento pela variedade de benefícios, incluindo maior satisfação das partes, métodos inovadores, maior eficiência, redução de processos pendentes nos Tribunais e maior eficiência no julgamento das causas

remanescentes. Entre as técnicas existentes, o diploma menciona: *early neutral evaluation, mediation, mini-trial e arbitration*.⁶³

Em 6 de abril de 1995, a *Attorney General* Janet Reno já havia emitido uma ordem para estimular o uso generalizado de técnicas de ADR nos Estados Unidos. No entanto, o item 2 o documento delimita a sua aplicação às matérias civis apenas. O documento ainda criou a função de *Senior Counsel for Alternative Dispute Resolution*, sendo designado entre membros do Departamento de Justiça, com a finalidade de desenvolver políticas e promover o uso de ADR nas estruturas administrativas.⁶⁴

Como se observa, o ordenamento jurídico dos três países que foram epicentro do COVID-19 tende a utilizar cláusulas gerais autorizativas da consensualidade administrativa, com estímulo ao uso de meios adequados de solução de conflitos. Portanto, em situações de anormalidade, tais países poderão se utilizar dessas cláusulas para criar soluções aos casos atípicos e conter a alta litigiosidade decorrente de políticas públicas relacionadas à crise.

4 O que o Brasil tem a ver com isso?

Analisando os ordenamentos jurídicos dos referidos países, a situação brasileira pode se mostrar preocupante. A cultura de apreciação dogmática da legalidade no Brasil tende a inviabilizar uma política pública de consensualidade em tempos de crise e de alta litigiosidade, sendo necessário repensar modelos adequados de construção do Direito, talvez tomando como base aprendizados pertinentes a sistemas jurídicos que possuem cláusulas gerais autorizativas, como acontece nos países anteriormente analisados. Nesse sentido, a autorização genérica e talvez menos burocrática para situações de anormalidade como acontece em tempos de COVID-19 pode ser uma saída, desde que haja uma ruptura dogmática quanto à teoria jurídica.

Há uma tendência brasileira de hierarquização da atuação administrativa em matéria de consensualidade que pode inviabilizar uma resposta mais ágil em termos de gestão de conflitos. As balizas de consensualidade que buscam

⁶³ O interesse do Poder Público pelos instrumentos de ADR também é relatado. Durante o mandato do Presidente Clinton (1993-2001), o *Attorney General* (correspondente ao Advogado-Geral da União no Brasil) solicitou treinamento em mediação para si e para sua equipe de *staff*, o que foi autorizado. Isso acabou gerando iniciativas para edição de um programa de solução de disputas pelo departamento de justiça, com destinação de recursos para acordos envolvendo o governo federal e a mudança de políticas públicas para ingresso da participação do governo em programas de arbitragem e mediação.

⁶⁴ É interessante destacar que, em 2007, o Comitê Intergovernamental encarregado elaborou um *Report for The President on the use and results of alternative dispute resolution in the Executive Branch of the Federal Government*, através do qual relatou que a maioria dos entes federais ainda não utilizava os métodos apropriados de resolução de conflitos na medida necessária e adequada. Em 2017, por outro lado, o documento foi reeditado e registrou um aumento considerável no uso das formas alternativas de resolução de disputas desde 2007, incluindo, entre os benefícios, a redução de custos, aumento de produtividade e promoção da eficiência na entrega de serviços.

contextos limitadores na dogmática administrativa parecem se mostrar incompatíveis com a construção de soluções consensuais, especialmente quando se analisa a legislação brasileira, em que pouca autonomia é conferida aos órgãos da Advocacia Pública. Ademais, tanto a União, como os Estados-membros, possuem estruturas hierarquizadas de atuação extremamente limitadas, a maior parte exigindo autorização da autoridade máxima do órgão, sem contar os municípios que, em boa parte, sequer possuem previsão normativa específica para transacionar.

Um parâmetro importante para essa finalidade na construção de um raciocínio jurídico compatível com tempos de anormalidade talvez seja o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei nº 13.655/2018, que estabelece uma norma aplicável a todos os entes federativos. Tal norma estipula a possibilidade de celebrar compromissos para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público, com base em razões de interesse geral, observada a legislação aplicável. Exige-se a publicação oficial para produzir efeitos na parte final.

O §1º do mesmo artigo ainda estipula que o compromisso deve buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação gera e deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.⁶⁵ A União regulamentou o dispositivo por meio do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, de aplicação apenas em âmbito federal.

Veja-se que, apesar da aplicação do Decreto ser delimitado ao âmbito federal, a LINDB é de aplicação a todos os entes federativos. Dessa forma, Estados e Municípios podem se valer do que consta do art. 26 do referido diploma legal, desde que preenchidos os seus requisitos. É preciso destacar, no entanto, que isso não elimina a sua competência para regular outras condições, procedimentos e requisitos para se realizar acordos em nível estadual ou municipal.

Essa visão sobre o dispositivo da LINDB, todavia, não foi enfrentada ainda pela jurisprudência brasileira e mesmo pela doutrina. Em um os poucos artigos escritos sobre o tema, Sérgio Guerra e Juliana Banacorsi Palma defendem que a inovação inserida na LINDB se trata de uma cláusula geral autorizativa da transação em conflitos envolvendo o Poder Público e deverá ser tratada como tal pelo meio

⁶⁵ Tal dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o CPC, já que o diploma processual estabelece um dever ao Poder Público de estimular o consenso. Nesse sentido, trata-se de uma norma promocional que dever ter seu cumprimento viabilizado a partir dos instrumentos disponíveis. CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA NETO, João Luiz. *Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de processo Civil*. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada, parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 262.

jurídico.⁶⁶ A construção desse raciocínio pode ser um caminho importante para superar barreiras dogmáticas da prática da transação administrativa.

É preciso que se diga que a existência de uma cláusula geral autorizativa da transação administrativa não significa que o Poder Público descumprirá princípios que lhe são aplicáveis, tais como a isonomia e a prossecução do interesse público. Tais diretrizes, ao lado de outras disposições específicas que sejam estabelecidas,⁶⁷ devem ser observadas na prática pelos agentes públicos envolvidos, mas não podem servir como obstáculos absolutos à realização de acordos, especialmente em situações de anormalidade, nas quais os custos sociais apontam que a transação é a estratégia mais adequada.

Também não se pode afirmar que o uso do art. 26 da LINDB como cláusula geral autorizativa seria uma carta em branco para realização de acordos em confronto com o interesse público. Isso porque a própria Lei nº 13.655/2018 previu isso ao incluir outros artigos regulando a decisão administrativa (art. 20 ao 30 da LINDB), além de haver uma sistemática constitucional que atribui competência a um órgão especializado na gestão de litígios e na construção de uma política pública de consensualidade: a advocacia pública.

Em primeiro lugar, observe-se que o novo art. 20, *caput*, da LINDB estabelece que as decisões administrativas não serão proferidas com base apenas em valores jurídicos abstratos, mas considerarão as consequências práticas da decisão.⁶⁸ Para isso, o parágrafo único do mesmo dispositivo determina que deverá haver uma motivação demonstrando a necessidade e adequação da medida imposta em face de possíveis alternativas. Tal previsão parece ser acompanhada pelos outros artigos incluídos, todos visando à garantia da segurança jurídica e ao estabelecimento de novas diretrizes para prática de atos administrativos.

Nesse sentido, a celebração de transação administrativa com base no art. 26 da LINDB como cláusula geral autorizativa deve observar esse dever de motivação, inclusive indicando as alternativas corretas. A autoridade competente para realizar o acordo, nesse viés, deve motivar a sua decisão consensual, apontando as razões que indicam a celebração do compromisso como a estratégia mais adequada.

Nos últimos anos, a Advocacia Pública, enquanto órgão responsável pela realização de transações administrativas, passou por um processo de qualificação estrutural, embora ainda existam estruturas que precisam ser melhor desenvolvidas.

⁶⁶ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018.

⁶⁷ Nesse sentido, as autoridades administrativas poderão se valer também do art. 30 da LINDB e editar regulamentos visando aprimorar a atuação consensual. No entanto, a ausência desses regulamentos não é impeditiva à realização de acordos.

⁶⁸ Para aprofundamento sobre interpretações do art. 20 da LINDB, vale a pena conferir: JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018.

Na condição de órgão de defesa dos interesses do Estado, há um conhecimento especializado para produzir a motivação adequada à realização dos acordos com base nas inovações da LINDB. Ao invés de impedir a transação com argumentos dogmáticos abstratos, eventual excesso ou desvio de conduta será responsabilizado na forma do art. 28 da LINDB quando incorrer em dolo ou erro grosseiro.

Assim, as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 em relação à LINDB devem ser compreendidas como um novo microsistema de consensualidade e motivação de atos administrativos a viabilizar condutas criativas de solução de conflitos, especialmente em momentos de crise. Argumentos dogmáticos devem ser superados para viabilizar um cenário favorável à utilização do consenso.

Nessa linha, a regra do artigo 40 da Lei nº 13.140/15, ao estabelecer a responsabilidade civil, administrativa e penal de servidores e empregados públicos envolvidos no processo de composição extrajudicial do conflito apenas em casos de dolo ou fraude é importante mecanismo de estímulo à mudança cultural dos agentes públicos em prol da consensualidade.

Não se pode perder de vista, contudo, que a compreensão sobre a norma como cláusula geral de consensualidade para litígios administrativos pode não ser suficiente para modificar comportamentos e estimular a consensualidade. Uma política pública deve ir além da mera edição de normas jurídicas, partindo para a escolha de arranjos institucionais, implementação e avaliação permanente de resultados para constante readequação às necessidades da República.⁶⁹

Conclusão

Com base na investigação empreendida neste artigo, observou-se que o Brasil ainda carece de uma política pública de consensualidade em litígios dos quais o Poder Público seja parte, especialmente em nível estadual e municipal. Seja por falta da edição de normas, seja por obstáculos comportamentais, a prática da consensualidade como forma de solução de conflitos ainda não é expressiva em relações jurídicas administrativas. A falta de uma solução jurídica adequada pode prejudicar uma reação necessária em tempos de crise em face do aumento de litigiosidade.

⁶⁹ Como destaca Janaína Soares Noleto Castelo Branco, o êxito das câmaras de mediação e conciliação, por exemplo, dependem também do nível de cumprimento das transações pelos órgãos da administração pública, inclusive com base na boa-fé dos envolvidos. De fato, o cumprimento voluntário dos acordos pode repercutir na construção de um reconhecimento positivo ou negativo de uso das câmaras, o que deve ser pensado de forma colaborativa entre todos os órgãos do Estado. BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual de conflitos*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 153.

O Brasil vive um problema dual: de um lado, a cultura de apego ao legalismo exige edição de lei específica, além da criação de critérios e diretrizes para decisão consensual; de outro lado, a limitação normativa pode tolher construções criativas em tempos de anormalidade, além de travar por mora legislativa. Há que se construir, diante desse cenário, uma solução intermediária que admita a transação com base em cláusulas gerais, com a devida motivação em face do interesse público.

A inclusão do art. 26 na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 pode ser uma saída para esse cenário. O dispositivo permite a transação, condicionada à motivação adequada e ao interesse público, podendo ser objeto de regulamentação, tal como promovido pela União. Isso, ademais, não retira a liberdade legislativa que os entes possuem para estabelecer procedimentos e critérios específicos para a transação em leis próprias.

O fato é que, paralelamente ao aumento da judicialização de conflitos que deve acontecer no período durante e pós COVID-19, uma política pública de consensualidade deve ser pensada para reagir a esse fenômeno, especialmente porque a tendência é de que não haja um acompanhamento dos recursos humanos em relação ao aumento de trabalho. A realização de acordos, por meio de métodos adequados à realidade do Poder Público, deve ser pensada para um cenário de anormalidade, com o fortalecimento da advocacia pública como função essencial ao cumprimento desse intento.

Referências

ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales en el Derecho Español. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, Ano 3, n. 11, p. 11-42, jan./mar. 2003.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS. *AGU firmou mais de 160 mil acordos em 2018*. Disponível em: <https://anafenacional.org.br/agu-firmou-mais-de-160-mil-acordos-em-2018>. Acesso em: 02 abr. 2020.

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

BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual de conflitos*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: ano base 2018*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

COUTINHO, Diogo R. *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTO, Mônica Bonetti; OLIVEIRA, Simone Pereira de. Acesso à Justiça e maiores litigantes no Brasil: os métodos não convencionais de controvérsias como instrumento de redução dessa litigiosidade específica. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 168-186, jan./jun. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de processo Civil. In: MACÉDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada, parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS DE SÃO PAULO: DIREITO GV. *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_fgv_ edital1_2009.pdf. Acesso em: 1 maio 2020.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisor Técnico Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018.

HUANG, Peter H.; WU, Ho-mou. Emotional responses in litigation. *International Review of Law and Economics*, n. 12, p. 31-44, 1992.

JANUZZI, Paulo de Martino. Avaliação de programas sociais no Brasil: repensando práticas e metodologias das pesquisas avaliativas. *Planejamento e políticas públicas*, n. 36, p. 251-275, jan./jul. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018.

KAPLOW, Louis. Private versus Social Costs in Bringing Suit. *J. Legal Stud*, 371, 1986.

KOROBKIN, Russel; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, 93, p. 107-192, 1994.

KOROBKIN, Russel; GUTHRIE, Chris. Psychology, economics, and settlement: a new look at the role of the lawyer. *Texas Law Review*, 76, p. 77-161, 1997.

MENKEL-MEADOW, Carrie. *Regulation of dispute resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the 'Semi-Formal*. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1291>. Acesso em: 3 abr. 2020

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

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. 2. ed. Tradução de J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Constituição e Administração Pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SHAVELL, Steven. The Fundamental Divergence Between the Private and The Social Motive to use the Legal System. *J. Legal Stud.*, 26, 575, 1997.

SHAVELL, Steven. The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and of Settlement. *International Review of Law and Economics*, p. 99-115, 1999.

SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à Justiça*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Ranking das partes no TST*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/ranking-das-partes>. Acesso em: 03 abr. 2020.

VUCETIC, Dejan. Is mediation viable in administrative matters? *Law and Politics*, v. 14, n. 4, p. 495-504, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRIGUES, Marco Antonio; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Políticas públicas consensuais em momento de crise: como arranjos normativos viabilizam soluções criativas?. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 231-255, jul./set. 2021.
