

Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos*

Non-adversarial administrative law: the priority consensual resolution of conflicts

Juarez Freitas**

RESUMO

A relação publicista tem sido, no contexto brasileiro, pautada pela dispendiosa contraposição adversarial dos jogos de soma zero. É vasto o leque de danos sistêmicos suscitados por essa postura: desde o iminente colapso do Poder Judiciário até a quebra de confiança legítima do cidadão no Estado-administração, e vice-versa. Logo, é imprescindível assumir premissas científicas do direito público não adversarial, aqui com o foco na negociação administrativa. Para evitar voluntarismos inconsequentes, importa fixar limites ético-jurídicos, pois existe a esfera do inegociável. Ao mesmo tempo, cabe delinear as situações nas quais o compromisso

* Artigo recebido em 30 de agosto de 2017 e aprovado em 2 de outubro de 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v276.2017.72991>.

** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: juarezfreitas@uol.com.br.
Professor do mestrado e doutorado em direito da PUCRS, professor de direito administrativo da UFRGS, presidente do Conselho Científico do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB.

administrativo se amolda, com reais benefícios líquidos, aos princípios publicistas. Felizmente, vários comandos legislativos autorizam afirmar autêntica guinada, em seus primórdios, rumo ao caráter prioritário de soluções consensuais dos conflitos que envolvem a administração pública. Decerto, a filosofia cooperativa e não adversarial somente funcionará se determinadas habilidades cognitivas e motivacionais estiverem cultivadas como verdadeiros hábitos de agentes públicos e particulares, de ordem a compor atmosfera de racional predominância do ajustamento público-privado de condutas.

PALAVRAS-CHAVE

Negociação — administração pública — acordos — nova prioridade sistêmica

ABSTRACT

The publicist relationship has been, in the Brazilian context, ruled by the expensive adversarial opposition of zero sum games. There is a wide range of systemic damage arising from this position: from the imminent collapse of the Judiciary to the breach of legitimate expectation of the citizen in the administration State, and vice versa. Therefore, it is essential to assume scientific premises of non-adversarial public law, here with the focus on administrative negotiation. To avoid inconsistent voluntarism, it is important to set ethical-legal limits, since there is the sphere of non-negotiable. At the same time, it is necessary to delineate the situations in which the administrative commitment conforms, with real net benefits, to the publicist principles. Fortunately, several legislative commands authorize to affirm a genuine turn, in its beginnings, towards the priority character of consensual solutions of the conflicts that involve the public administration. Cooperative and non-adversarial philosophy will certainly only work if some cognitive and motivational abilities are cultivated as real habits of public and private agents, so as to form an atmosphere of rational predominance of public-private adjustment of conduct.

KEYWORDS

Negotiation — public administration — agreements — new systemic priority

1. Introdução

A administração pública brasileira, como litigante passiva ou ativa, é uma presença demasiado constante entre milhões de processos que transformaram a cena jurisdicional brasileira numa tormentosa e labiríntica experiência de pesados gargalos. Prioritário, pois, enfrentar os onerosíssimos custos da litigiosidade, notadamente os patrocinados pela administração pública em juízo, antes e fora dele.

Para avançar na senda, mister incorporar distintas pré-compreensões, que estimulem a composição extrajudicial e consensual de conflitos, de ordem a priorizar a precisa e customizada resolução não adversarial e cooperativa, em lugar da perpetuação deletéria de processos de Sísifo.

Eis, nessa linha, as ideias-chave que promovem a reconfiguração do Estado-administração em face da litigiosidade:

(I) de nada serve a cultura de hostilidade acirrada entre o Estado-administração e a sociedade, pois colide, às abertas, com os princípios regentes das relações de administração, designadamente da impessoalidade, confiança recíproca, economicidade, eficiência, eficácia, moralidade e dignidade.¹

(II) o agente público tem a obrigação de se comportar como autêntico representante do Estado (ao cumprir o dever ético-jurídico de reduzir a beligerância e a desconfiança recíproca),² não atuando como mero “soldado” governativo.³ Nessa medida, cogente descartar as predisposições (cognitivas e emocionais),⁴ típicas do facciosismo polarizante, que eleva a probabilidade

¹ Vide, sobre o catálogo de princípios regentes das relações administrativas, FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

² Vide, a propósito do sistema germânico, STELKENS, Ulrich. *Administrative appeals in Germany*. In: DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (Ed.). *Alternative dispute resolution in European administrative law*. Berlim: Springer, 2014. p. 51: “In German law, there seems to be no great difference between the courts and the administration itself when it comes to the legal ability to solve administrative law disputes. The rules on administrative procedure and administrative court procedures provide adequate means both to ensure effective legal protection and to definitively settle conflicts. However, for (good) constitutional reasons (Art. 19 IV GG), it is not allowed for administrative authorities to decide—as a “noncourt” of last resort—on administrative matters concerning individual rights. Therefore, administrative appeal procedures may never be opened as a substitute for the recourse to courts. [...]”

³ Vide, sobre a advocacia pública no CPC, TALAMINI, Daniele Coutinho; TALAMINI, Eduardo. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Processo e administração pública*. Salvador: Juspodivm, 2016. cap. V, p. 103.

⁴ Vide, a propósito de enviesamentos cognitivos e emocionais, FRENKEL, Douglas N.; STARK, James H. *Improving lawyers’ judgment: is mediation training de-biasing?* *Harvard Negotiation Law Review*, v. 21, p. 1-58, 2015.

de captura⁵ por forças temporalmente míopes e alheias ao desenvolvimento pacificador, nos moldes prescritos pela Agenda 2030, da ONU.⁶

(III) os males decorrentes de disputas em cascata,⁷ envolvendo a administração pública, têm que ser dissipados, com duração razoável⁸ e processualização mínima, preferencialmente na própria esfera administrativa, à vista dos elevados encargos,⁹ diretos e indiretos, associados às pendências judiciais em profusão.¹⁰

(IV) o sistema multiportas¹¹ representa uma promessa auspiciosa, sob a condição de que não se converta em novo obstáculo, com a mera transferência de congestionamento.

(V) existem fronteiras intransponíveis à negociação. Somente se coadunam com ditames de direito público aquelas negociações que se celebram como: (i) compromissos eficientes e eficazes para viabilizar a implementação de políticas públicas, em tempo útil; (ii) acordos promotores da probidade;¹² (iii) acordos que não invadam a esfera do (material e processualmente) irrenunciável; (iiii) acordos de benefícios líquidos (precedidos de multidimensional avaliação de impactos).

(VI) a advocacia, eticamente exercida, encontra-se deontologicamente preordenada à prevenção e à solução da litigiosidade, sempre que possível de maneira extrajudicial.

⁵ Vide, a propósito dos viesamentos cognitivos e emocionais, *ibid.*

⁶ Vide ODS 16, da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, da ONU, 2015: "Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis."

⁷ Vide HODGES, C.; Stadler, A. (Ed.). *Resolving mass disputes: ADR and settlement of mass claims*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

⁸ Vide Emenda Constitucional nº 45/2004.

⁹ Vide SLAIKEU, Karl A.; HASSON, Ralph H. *Controlling the costs of conflict: how to design a system for your organization*. San Francisco: Jossey Bass, 1998, p. 14. Vide, ainda, CUNHA, Alexandre dos Santos; OLÍVIA, Isabela do Valle Klin; PESSOA, Alves Gomes. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Nota técnica. Brasília: Ipea, 2011.

¹⁰ Vide HANNA, Susan. More than meets the eye: the transaction costs of litigation. *Ocean & Coastal L.J.*, v. 7, 2001. Disponível em: <<http://digitalcommons.maine.edu/ocej/vol7/iss1/4>>.

¹¹ Vide HERNANDEZ-CRESPO, Mariana. A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo exploring the evolution of the multi-door courthouse (part one). 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1265221>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1265221>>.

¹² Vide, sobre os cuidados éticos, MORAES, Paulo Valério Dal Pai; MORAES, Márcia Amaral Corrêa. *A negociação ética para agentes públicos e advogados*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Com o amparo firme em tais ressignificações de fundo, transforma-se finalisticamente o Estado-administração, no sentido de solver, com autonomia e confiança legítima, inúmeros confrontos nocivos, individuais e coletivos. Tarefa que, à evidência, pressupõe o erguimento consistente de nuançada teoria da negociação compatível com a relação publicista.

2. Direito administrativo e a superação da mentalidade predominantemente adversarial e de soma zero

A partir da troca de pressuposições que não funcionam, plausível destronar, a pouco e pouco, a hiperinflação adversarial,¹³ que tem sido a tônica do dificultoso relacionamento tecido entre a administração pública e a sociedade civil, por circunstâncias históricas multifatoriais: patrimonialismo extrativista, cegueira voluntária de governantes, desconfiança exacerbada em relação a termos de ajustamento de conduta, emprego arduo da legalidade de maneira lesiva à Constituição e gestão contaminada pela rigidez autoritária.

O ponto é que esse quadro de hostilidade é ruinoso e vulnera, com perversas externalidades negativas, a produtividade global, conspirando, de modo estridente, contra princípios cimeiros da Carta brasileira (tais como eficiência e eficácia).

Em outras palavras, crucial assimilar que os interesses públicos genuínos não acarretam, sem pleno reparo, o sacrifício de postulações particulares legítimas. Tampouco se compaginam com o déficit crônico de efetividade dos processos administrativos e judiciais e menos ainda com a imposição acrítica de sanções administrativas estéreis (como grande parte das multas), as quais, na maior parte das vezes, não passam de engano e autoengano, já que raramente executadas.

Inversamente, os compromissos administrativos, celebrados e implementados de maneira proba, tendem a ser liquidamente vantajosos. Para ilustrar, nos processos disciplinares, às voltas com pequenas infrações, os termos de compromisso de ajustamento, desde que não cruzem certas balizas,¹⁴ tendem a funcionar melhor do que as imposições sancionatórias ortodoxas.

¹³ Vide, para esclarecedora distinção entre métodos adversariais e consensuais de resolução dos conflitos, BACELLAR, Roberto Portugal. *Administração judiciária com justiça*. Curitiba: Intersaberes, 2016. p. 123-134.

¹⁴ Em boa hora, o Ministério da Transparência e a Controladoria-Geral da União (CGU) decidiram regulamentar a celebração do Termo de Ajuste de Conduta (TAC), no âmbito do

Em semelhante ótica, o estilo administrativo deve ser reprogramado, na senda da inflexão dialogada que enseja negociação público-privado legítima¹⁵ (consentânea com objetivos fundamentais da República),¹⁶ adequada (pertinente na correlação entre meios e fins), necessária (a menos onerosa entre as alternativas válidas) e proporcional *stricto sensu*.

O novo estilo requer intencional desenviesamento para pensar, sentir e decidir de maneira não adversarial, com a iluminação trazida pelos conhecimentos científicos sobre as raízes do comportamento humano.¹⁷ Cultural e biologicamente, a beligerância não é destino. No entanto, para sobrepassar o influxo antagonista, o agente público (inclusive o MP)¹⁸ é chamado a cultivar aptidões e habilidades negociais, subjetivas e objetivas, absorvendo técnicas consagradas e até inovações disruptivas como a “plataforma ponto a ponto para a resolução de disputa”.¹⁹ Sem dúvida, é mais econômico e decente fazê-lo, uma vez que afasta o peso morto da derrota certa ou da vitória de Pirro,²⁰ ambas com o sabor amargo. É mais eficiente concentrar o foco, em termos contenciosos, na intervenção judicial indeclinável. É mais efetivo investir na costura pactuada, tendo em mente as perspectivas arroladas por Christopher W. Moore e Peter J. Woodr.²¹ E é, finalmente, mais digno fazê-lo, dado que nada se afigura tão degradante como converter o processo num pesadelo kafkiano.²²

Poder Executivo Federal, nas hipóteses de infração disciplinar de menor potencial. Vide, a propósito, Instrução Normativa nº 2, de 30 de maio de 2017. Claro: há expressa a ressalva, no art. 4º: “Não poderá ser celebrado TAC nas hipóteses em que haja indício de: I — Prejuízo ao erário; II — Circunstância prevista no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, que justifique a majoração da penalidade; ou III — crime ou improbidade administrativa”.

¹⁵ Vide, sobre o critério da legitimidade, no escrutínio da proporcionalidade, ELLIOT, Mark. *Administrative law*. 4. ed. Nova York: Oxford University Press, 2011. p. 252-266.

¹⁶ CF, art. 3º.

¹⁷ Vide, sobre as raízes biológicas do comportamento humano, SAPOLSKY, Robert. *Behave*. Nova York: Penguin Press, 2017.

¹⁸ Vide *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. Brasília: CNMP, 2015.

¹⁹ Vide, a propósito de tecnologias avançadas para auxiliar na resolução de disputas, TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution*. São Paulo: Senai-SP, 2016. p. 265.

²⁰ Vide, sobre pequenas derrotas e vitórias vazias, ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 359.

²¹ Vide MOORE, Christopher W.; WOODROW, Peter J. *Handbook of global and multicultural negotiation*. San Francisco: Jossey-Bass, 2010. p. 54: “People from different cultures place a different emphasis or meaning on the negotiation process, including the follow eight perspectives: 1. Negotiation is a relationship-establishing — and building process. 2. Negotiation is a goal — and outcome-oriented process. 3. Negotiation is a communications process. 4. Negotiation is a joint education process. 5. Negotiation is a problem-solving and option generation and proposal process. 6. Negotiation is an influence and persuasion process. 7. Negotiation is an agreement, decision-making, and exchange process. 8. Negotiation is an action-oriented process that requires implementation. Of course, these are not mutually exclusive propositions, but people from different cultures stress one or two of these over the others”.

²² Vide, sobre pesadelos processuais, KAFKA, Franz. *O processo*. Porto Alegre: L&PM, 2006.

Aqui, o pressuposto nuclear é o de que a administração pública não é livre para agir como parte qualquer. O princípio da impessoalidade não pode ser eclipsado a esse ponto. Ou seja, está obrigada a se engajar a favor do império das razões, da prevenção de conflitos e da pacificação duradoura.

Daí a relevância estratégica de promover uma saída organizada dos jogos administrativos de soma zero, que retroalimentam a espiral onerosa da litigiosidade. Gradativamente, a postura belicosa tem que ser substituída pela racionalidade intersubjetiva, em sintonia fina com o ideal regulador de primado de interesses convergentes, em jogos cooperativos do tipo *win-win*.

No que concerne à advocacia, tem a expressa obrigação ética²³ de estimular, a qualquer tempo, o acordo entre os litigantes, prevenindo a instauração de litígios. Mais: em se tratando de advogados públicos, exige-se, não menos expressamente, que exerçam suas atribuições com “independência técnica, contribuindo para a solução ou redução de litigiosidade”. E para acelerar as coisas, o Código de Ética da Advocacia veda a diminuição de honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.

Noutros termos, agentes públicos e privados estão incentivados a empreender uma criteriosa contenção do impulso automático de tudo levar ao Estado-juiz, fenômeno que apenas tem contribuído à sobrecarga dantesca do sistema judicial, a ponto de levá-lo à beira do colapso. Nessa linha, importantes garantias não faltam: por força de lei, os servidores e empregados públicos, que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.²⁴ Não há nisso inconstitucionalidade, ao se excluir a modalidade culposa, pois a responsabilidade objetiva do Estado segue intacta.

Concomitantemente, a postura não adversarial amplia sobremaneira o campo da justa deferência — judicial e legislativa — para com decisões administrativas em geral, se levadas a cabo com independência²⁵ e congruente

²³ Vide arts. 2º, VI, 8, §1º e 48, §4º, do Código de Ética do Advogado.

²⁴ Vide Lei nº 13.140/2015, art. 40.

²⁵ Vide, a despeito de resistências culturais francesas ao ADR, o papel das autoridades independentes, BOUSTA, Rhita; SAGAR, Arun. *Alternative dispute resolution in French administrative proceedings*. In: Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu (Ed.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, op. cit.: “*Outside the administrative courts, a number of independent bodies have been charged with supervising the administration and offering redress in case*

motivação, especialmente na seara regulatória,^{26 27} com a prévia avaliação mandatória de impactos.²⁸

Desse modo, a solução negociada, nas relações de administração pública, merece ser vista como estratégia preferencial de pacificação, nas fronteiras do princípio da juridicidade, que impõe limites, não raro, intransponíveis.

Sim, existe o inegociável. Para ilustrar, não pode o acordo administrativo alterar área ambiental de preservação permanente, matéria reservada à lei, tampouco se admite arredar a intervenção obrigatória do Estado-juiz, em determinadas matérias. Nem cabe realizar acordo para protelar o improtelável, assim como o banimento de substância comprovadamente cancerígena.²⁹

Numa frase, vencidos arroubos voluntaristas e o temor exagerado de fazer a coisa certa, afirma-se que, sob auspícios do publicismo esclarecido que bem modula a autonomia,³⁰ doravante impõe-se que o unilateralismo autoritário e monológico ceda lugar ao ponderado exercício³¹ da construção de consensos desarmados, sem prejuízo de atentos controles preventivos, concomitantes e sucessivos.

Convenha-se: nessa altura, seria um erro crasso insistir na manutenção dos jogos de soma zero. É um apego lastimável ao *status quo* que sonega ganhos diretos e externalidades benéficas do consenso sério. A lógica do tudo ou nada é uma postura hermenêutica indefensável no plano de princípios e no campo das regras. Trata-se de rigidez mental excessiva derivada, com frequência, da cegueira voluntária,³² que atesta profundo despreparo anímico para a governança democrática.

of dispute before individuals need to consider court action. These are called Autorités administratives indépendantes (AAIs) or Autorités de regulation and have both regulatory and disciplinary powers".

²⁶ Vide, sobre composição administrativa de conflitos na regulação, GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 143.

²⁷ Vide, para ilustrar em matéria regulatória, a Lei nº 9.472/1997, art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (inciso XVII).

²⁸ Vide Lei nº 9.784/1999, art. 50 (Lei de Processo Administrativo Federal), sobre os deveres de motivação "explícita, clara e congruente". O que se sustenta é que a motivação tem que incorporar a avaliação multidimensional de impactos.

²⁹ Vide, por exemplo, o julgamento sobre amianto no STF (Adin nº 3.937).

³⁰ Vide, por todos, CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia dos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

³¹ Vide BERNIC, Evan. Reason's Republic (June 21, 2016). *NYU Journal of Law & Liberty*, forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2798715>>.

³² Vide, sobre a cegueira voluntária e a necessidade de "first class noticer", BAZERMAN, Max. *The power of noticing*. Nova York: Simon & Shuster, 2014.

Tudo considerado, o sistema multiportas,³³ com o apoio das tecnologias de ponta³⁴ e da ciência da negociação (não apenas arte),³⁵ experimenta chances inéditas de se converter num expediente eficaz de solução proporcional de litígios, no direito administrativo brasileiro. Certamente, para que não se traduza como fonte adicional de disfuncionalidade, tais portas têm que estar abertas estritamente à persuasão racional *secundum legem*, moralmente retilínea e fiscalmente responsável.³⁶

Dentro de limites, a negociação, a conciliação e a mediação são ferramentas cooperativas³⁷ que, bem manejadas, evitam enormes danos, materiais e imateriais, oriundos de disputas mal resolvidas.

Claro, a valorização da Resolução Alternativa de Disputas (ADRs)³⁸ e da Resolução Apropriada e Amigável de Disputas (RAD), presidida pelo consensualismo³⁹ probo, não implica⁴⁰ abertura de mão da decisão judicial de mérito nas hipóteses impositivas. Tem razão Neil Andrews, ao assinalar: “Entende-se que objeções em relação aos acordos não devem gerar desprezo por esta importante prática. A política sábia é incentivar o acordo. A decisão

³³ Vide, sobre o sistema multiportas de justiça, numa visão integrada, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 637-663. Especificamente sobre arbitragem que envolva a administração pública, observa (p. 648-649): “não pode ser sigilosa, nem confidencial [...] não é possível arbitragem por equidade [...] não está sujeita à reexame necessário [...] uma sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público deve acarretar a expedição de precatório [...]. Se a condenação for de pequeno valor, não se expede precatório [...]”. Sobre ADRs no CPC, entende (p. 651) que este os institucionaliza não propriamente como meios alternativos, mas “integrados”, com preocupação de valorizar o consenso e a resolução de conflitos.

³⁴ Vide, sobre a mediação digital: <www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>.

³⁵ Vide RAIFFA, Howard. *The art and science of negotiation*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

³⁶ Por certo, ajustes administrativos não podem violar os limites da Lei Complementar nº 101/2000, com alterações.

³⁷ Vide, para ilustrar o debate sobre cooperação, embora com deslizes, AXELROD, Robert. *The evolution of co-operation*. ed. rev. Nova York: Basic Books, 2006.

³⁸ Vide, sobre ADRs, WARE, Stephen. *Principles of alternative dispute resolution*. 3. ed. St Paul, MN: West Academic Publishing, 2016.

³⁹ Vide *Guia de conciliação e mediação judicial para magistrados*. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2013.

⁴⁰ Vide ANDREWS, Neil. *The three paths of justice*. Londres: Springer, 2012. p. 215: “The court system of civil litigation is sometimes needed because some types of dispute are unsuitable for the co-operative style of mediation or even the consensually authoritative award-making process of arbitration. This is because courts enjoy much greater coercive powers than arbitrators or mediators, whose powers are subtler and largely moral. Thus state-supported litigation before the civil courts is subject to strong sanctions: courts can compel witnesses to attend, punish perjury, enforce judgments, and apply their contempt of court power if injunctions are flouted; and the court system can protect parties against the other’s non-compliance or bad faith, including provision of protective measures such as freezing injunctions. For these reasons the formal civil process is important, even indispensable, in some contexts”.

dos conflitos, pelo mérito, pelo Poder Judiciário, deveria permanecer como um mecanismo residual".⁴¹

Portanto, inadiável o robusto incentivo ao florescimento de novas habilidades, por parte do agente público, ora acostumado ao unilateralismo e/ou paralisado pela quimera da indisponibilidade absoluta e de falácias do gênero, que acometem os bons servidores. Curiosamente, em regra, servidores desonestos não costumam manifestar tais temores.

Entre as habilidades requeridas, citem-se marcadamente as que seguem: (a) maturidade para desenhar alternativas não adversariais, polinizadoras da confiança legítima; (b) impessoalidade e autocontrole em face dos estímulos aversivos; (c) desenviesamento e troca consciente de automatismos mentais; (d) capacidade de escuta ativa e de indagação aberta; (e) aptidão para construir saídas honrosas e (f) vocação para as performances integradas,⁴² a despeito de cizânias competenciais que inibem a articulação sistêmica.

O agente de Estado é, por assim dizer, instado a negociar sem sucumbir. Não pode ceder simplesmente para parecer bom negociador. Incumbe-lhe dialogar respeitosamente, presumindo boa-fé do oponente. Quando viável — nem sempre o será —, deve fixar enquadramentos propícios ao acordo, resistindo à tentação de derrotar o outro, a qualquer preço.

Em boa hora, notáveis reformas normativas (*v.g.*, CPC, arts. 174 e 175)⁴³ favorecem a transcendência preconizada da mentalidade adversarial, porque inequivocamente intentam conferir, na seara administrativista, o espaço primordial à resolução consensual de conflitos, individuais e coletivos,⁴⁴ por meio da: (a) negociação (as partes, sem terceiros envolvidos, celebram acordos

⁴¹ Vide ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 357.

⁴² Para consolidar a importância estratégica de atuação concertada das Instituições de Estado, acordos de leniência celebrados pelo MPF deveriam ter a participação da CGU e da AGU, sem prejuízo da respectiva independência.

⁴³ CPC, art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I — dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II — avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III — promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

⁴⁴ Vide, sobre os conflitos coletivos, SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. Organização de Igor G. de Oliveira. Brasília: FUB, 2014.

de leniência,⁴⁵ termos de ajustamento de conduta⁴⁶ e de gestão,⁴⁷ colaborações premiadas,⁴⁸ assim por diante), (b) mediação (o terceiro imparcial facilita o andamento de autocomposição, maieuticamente orientando para que os *players* encontrem, por si, a solução satisfatória), (c) conciliação (o terceiro imparcial recomenda alternativas ensejadoras de saída cooperativa [do tipo *win-win*], utilizando estratégias como estimativa das perdas para o cenário de não ser equacionado o conflito) e (d) utilização de técnicas inominadas.

Sublinhe-se que variados diplomas (*v.g.*: a Lei nº 13.140/2016, arts. 32 a 40 e o CPC, arts. 174 e 175), em apreciável sincronia, prescrevem a reviravolta no âmbito das relações administrativas, fixando caráter precípua aos termos de compromisso e de ajustamento. Quer dizer, esses comandos normativos, interpretados sistematicamente, suscitam não apenas o desafio providencial do Poder Judiciário, senão que a alteração de timbre do relacionamento público-privado, imantando-o pelo direito fundamental à boa administração,⁴⁹ com lastro para a negociação baseada em princípios.⁵⁰

Com efeito, são os princípios constitucionais que moldam e condicionam a negociação proba.⁵¹ Justamente por essa razão, impende realçar que a autonomia do agente é, em larga medida, relativizada pela incidência de princípios como publicidade, proporcionalidade e moralidade pública. Nesse panorama, com particular destaque, a impessoalidade toma assento à cabeceira da mesa de negociações administrativas.

⁴⁵ Vide, sobre acordo de leniência, Lei nº 12.846/2013, que trata da responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, notadamente os arts. 16 e 17.

⁴⁶ Vide, para ilustrar, a Lei nº 7.347/85, art. 5º, §6º.

⁴⁷ Vide, para ilustrar, sobre os Termos de Gestão no âmbito do Tribunal de Contas, a Lei Complementar nº 194/2016/PR e a Resolução nº 59/2016, do TCE/PR. Assim, a teor do art. 2º: “Considera-se Termo de Ajustamento de Gestão o instrumento de controle vocacionado à adequação e regularização voluntária de atos e procedimentos administrativos sujeitos à fiscalização do Tribunal, mediante a fixação de prazo razoável para que o responsável adote providências ao exato cumprimento da lei, dos princípios que regem a administração pública e das decisões não definitivas emanadas deste Tribunal”.

⁴⁸ Vide, sobre a colaboração premiada, Lei nº 12.850/2013, arts. 4º a 7º.

⁴⁹ Vide FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁵⁰ Vide, sobre a negociação baseada em princípios e superação da visão hierárquica, FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

⁵¹ Vide, sobre as práticas autocompositivas inominadas, AZEVEDO, André Gomma de A. (Org.). *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015. p. 25. Vide, sobre mediação, BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 95, p. 122-134, jul./set. 1999.

À conta disso, incontornável o poder-dever de a administração encarar os conflitos,⁵² atômicos e multipolares, despida de paixões secundárias, distinguindo os *mixed motives*⁵³ e munida de vontade racional (por limitada que se afigure)⁵⁴ de compor solução em conjunto, mesmo que seja o “não positivo”.⁵⁵

Naturalmente, a negociação *lato sensu* no direito administrativo (abarcando conciliação, mediação e técnicas inominadas),⁵⁶⁻⁵⁷ em nenhum caso, se coaduna com a quebra de princípios e regras constitucionais. Ao revés. Nessa ordem de ideias, cabe enfaticamente considerar:

(a) admissível apenas a negociação proba, motivada, límpida e transparente, que reconhece nada obstar o pronto reconhecimento de pontual correção do postulado pelos particulares: não pode haver, no reconhecimento legítimo de direito material, o menor vestígio da disponibilidade espúria, senão que rigorosa observância, de ofício, de princípios e regras legais.

(b) interdita a via consensual, naquelas situações em que, por escolha política, se faz imperiosa a adjudicação judicial.⁵⁸

⁵² Vide, sobre resolução apropriada de disputas, AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. p. 26: “O campo da chamada ‘Resolução Apropriada de Disputas’ inclui uma série de métodos de resolução de conflitos que precisam ser compreendidos com flexibilidade e consciência quanto as suas vantagens e limitações. Ademais, as próprias conceituações sobre esses processos de resolução de disputas podem ser flexibilizadas diante de um caso concreto. Exemplificativamente, a despeito de a arbitragem ser, em regra, um processo vinculante, há situações excepcionais em que as partes convencionam que a sentença arbitral será meramente opinativa. Naturalmente, nesses raríssimos casos, as partes recebem a sentença arbitral apenas como uma base para seguirem com suas negociações. De igual forma, cada vez mais, nota-se nos tribunais a existência de processos consensuais que possuem algumas características da mediação e outras características da conciliação. O exaustivo debate sobre qual a nomenclatura a ser atribuída para o referido processo importa relativamente pouco se comparado com a necessidade efetiva de adequado atendimento dos interessados no processo de resolução de disputas”.

⁵³ Vide, sobre *mixed motives*, SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes*. Nova York: Basic Books, 1987. p. 238.

⁵⁴ Vide, sobre a racionalidade limitada na esfera administrativa, SIMON, Herbert. *Administrative behavior*. 4. ed. Nova York: The Free Press, 1997.

⁵⁵ Vide URY, William. *The power of a positive no*. Nova York: Bantam Books, 2007.

⁵⁶ Vide o conceito legal de mediação, nos termos da Lei nº 13.140/2015, art. 1º, parágrafo único: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

⁵⁷ CPC, art. 175: As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

⁵⁸ Vide, sobre o tema da indisponibilidade, TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 333-358.

(c) disponíveis, em harmonia com explicitação normativa,⁵⁹ as matérias concernentes à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o cálculo das indenizações decorrentes de extinção ou transferência do contrato de concessão e o inadimplemento de obrigações contratuais. A propósito, a decretação de caducidade não se afigura impositiva, conquanto permaneça o imperativo de explicitar o porquê de sua não decretação. Restringe-se, desse modo, a solução negociada aos casos em que via diversa resultaria nefasta para a continuidade do serviço público, por exemplo, ao impedir uma célere relicitação. Em qualquer hipótese, trata-se de opção submetida ao crivo rigoroso de controles (interno, externo, judicial e social). A par disso, a motivação decisória (pela caducidade ou pelo acordo, no exemplo figurado) tem que estar acompanhada da suficiente avaliação de impactos.⁶⁰

Em síntese, são proibidos compromissos ímprobos, desproporcionais, impermeáveis a procedimentos de controle e autocontrole e que tentam, maliciosamente ou não, contornar a reserva legal.

Dito de outra maneira, no prisma assumido, a solução consensual das controvérsias, nas relações de administração, aqui é vista como antijurídica nas seguintes configurações:

(a) os ajustes manifestamente ímprobos (maculados pela nota irretorquível de afronta às regras da Lei nº 8.429/1992, arts. 9º a 11); no entanto, não se vislumbra motivo constitucional para interditar os termos de ajustamento de conduta em sede de combate à improbidade (a despeito da literalidade do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa);⁶¹

(b) os acordos desproporcionais por excesso ou omissão (impondo-se o escrutínio de legitimidade — não apenas de voluntariedade, regularidade e legalidade em sentido restrito, por exemplo, ao tratar da colaboração premiada, numa inteligência sistemática da Lei nº 12.850/2013, art. 4º, §7º);

⁵⁹ Vide Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, art. 31: As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. [...] §4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I — as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II — o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III — o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

⁶⁰ Vide Lei nº 13.448/2017, arts. 13 e 15.

⁶¹ Vide a Resolução nº 1/2017, do Ministério Público (PR), que estabelece procedimentos e critérios a serem observados na celebração de termos de ajustamento de conduta e acordo de leniência, envolvendo sanções cominadas pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1982).

(c) os ajustes, termos e laudos que sufocam conflitos, em vez de saná-los, ou que fomentam condutas ladeadoras e transgressoras das regras legais;

(d) as autocomposições (*v.g.*, Lei nº 13.140/2015, art. 3º) que versam sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que não admitem transação.

Resumidamente: estão vedados, no regime publicista brasileiro, os compromissos e ajustamentos ímprobos, desproporcionais, refratários aos procedimentos de controle e abusivamente endereçados a contornar a juridicidade.

De passagem, mencione-se que a Lei nº 13.129/2015, ao facultar à administração pública o emprego de arbitragem⁶² (nesse terreno, o acordo cinge-se à submissão ao rito arbitral; após, haverá adjudicação pelo árbitro como “juiz de fato e de direito”) para dirimir os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, requer inteligência expansiva. É que a autoridade ou o órgão competente da administração pública para a celebração da convenção de arbitragem, não por acaso, é a mesma dos acordos. Significa que, apesar da expressão equívoca de “direitos patrimoniais disponíveis”,⁶³ não são plausíveis as interpretações que inibem a solução extrajudicial em nome de suposta proteção absoluta de direitos patrimoniais. Como enfatizado, na maior parte das vezes, sequer existe a disposição.

Retomando: a negociação proba, no âmbito do direito administrativo não adversarial, demanda processualização mínima e motivação suficiente. Bem por isso, a Lei de Processo Administrativo Federal precisa ser adaptada, o mais cedo possível, para contemplar o processo cooperativo e não adversarial. No ponto, recomenda-se aperfeiçoamento legislativo.⁶⁴

Observe-se, de qualquer sorte, que a solução extrajudicial de conflitos não pode representar o singelo complemento ao modelo tradicional de julgamento. É uma guinada valorativa,⁶⁵ autêntica transformação⁶⁶ de hábitos cognitivos

⁶² Já haviam reconhecido a possibilidade de arbitragem os diplomas que disciplinam concessões comuns de serviços públicos (Lei nº 8.987/1995) e parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004). Vide, ainda, a Lei nº 13.448/2017.

⁶³ Vide a Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem, para assinalar: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁶⁴ Vide, a propósito, a Lei nº 9.784/1999. No âmbito dos estados, vide, por exemplo, a Lei nº 10.177/1998, de São Paulo.

⁶⁵ Para ilustrar, registre-se que, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, foi criado núcleo de solução alternativa de conflitos (Processo: 1.00293/2016-18).

⁶⁶ Sobre o desafio de mudança das pré-compreensões, vide, para ilustrar, LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas. E agora? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, p. 427-441, jun. 2015.

e emocionais. A não ser assim, entre outros diplomas, o próprio Código de Processo Civil⁶⁷ corre o risco de naufragar no oceano da inefetividade, e de maneira inglória.

Ademais, a negociação administrativa, amparada em precauções incontornáveis, exige tempo e preparação e se encontra sujeita a sobressaltos e incertezas. Solicita o horizonte intertemporal de Estado e a consolidação de controles inovadores. É uma atividade que pode até absorver mais energia do que arrastar o processo judicial de modo mecânico. No entanto, ostenta mais mérito e se alinha aos promissores antídotos à carência de legitimidade do Estado-administração.

Contudo, não se podem candidamente desconhecer expressivas barreiras,⁶⁸ a saber: (a) o adversarismo exacerbado⁶⁹ e polarizante do “nós contra eles” e a dificuldade de compartilhar experiências e manter abertura ao inesperado de posições diversas⁷⁰ e (b) o encarceramento sombrio nos jogos de soma zero, nos quais a cooperação resta bloqueada. Adicionalmente, na negociação de direito público, surgem óbices específicos, entre os quais: (a) o descuido com *accountability* e transparência radical; (b) a opção inercial pelos afazeres burocráticos irreflexivos e atrasados controles *a posteriori*; (c) a presença avassaladora de milhares de ocupantes de cargos de confiança (sem a estabilidade do art. 41, da CF), por indicação político-partidária, em postos de direção, chefia e assessoramento; (d) a volúpia plutocrática de agentes (públicos e privados) inclinados a escapular das malhas da moralidade; e (e) a fragilidade de instituições “extrativistas”,⁷¹ expostas à captura e à miopia de programas governamentais imediatistas.

Tais barreiras, a despeito de graves, são ultrapassáveis, porém não se cogite de jornada fácil e imune aos retrocessos. A rentável indústria de conflitos permanece à espreita. Impõe-se, desde logo, prevenir e remediar os bloqueios à negociação idônea, com mudanças atitudinais de peso, sem

⁶⁷ Vide, sobre o novo CPC, Lei nº 13.105/2015.

⁶⁸ Vide, sobre as principais barreiras à cooperação, URY, William. *Negocie para vencer*. São Paulo: HSM, 2013. p. 31-32.

⁶⁹ Vide, sobre aspectos positivos e negativos e a necessidade de sua redução no contexto americano, KAGAN, Robert A. *Adversarial legalism*. The American way of law. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

⁷⁰ Vide SUNSTEIN, Cass. *#Republic*. Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017.

⁷¹ Vide, sobre o peso negativo das instituições extrativistas, ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *How nations fail*. Nova York: Crown, 2012. Vide, sobre a importância de instituições sólidas, DEATON, Angus. *A grande saída*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017. p. 266-267.

aposta em saídas simples demais, como seria a de ceder ao *rent-seeking*,⁷² em que “cada grupo luta cada vez mais fortemente por fatias de um bolo cada vez menor”, como adverte Angus Deaton.

Para cristalizar a positiva interatividade⁷³ no peculiar universo publicista, crucial assimilar orientações sagazes e experimentadas de William Ury, válidas para negociadores em geral, como passos essenciais à boa negociação. Importa: (a) sair de cena, suspendendo a reação personalista, com a definição da melhor alternativa ao acordo; (b) criar o clima favorável ao trabalho conjunto, anulando a desconfiança mútua; (c) reformular, em vez de rejeitar liminarmente as propostas; (d) construir a ponte dourada para o oponente; e (e) fazê-lo cair em si, não de joelhos.⁷⁴

Ainda: mister sintonizar tais saberes com diretrizes de direito administrativo, compatibilizando equidade e eficiência, moralidade pública e autonomia, publicidade e resguardo de informações sensíveis.

Já no que concerne às principais críticas à negociação no campo do direito público, ei-las, com breves respostas:

(a) a objeção relativa à presumida incompatibilidade entre a negociação e a vinculação do agente público às regras legais. Ora, essa crítica esquece a vinculação cogente a princípios constitucionais nas relações administrativas, liame confortado pela boa transação. De mais a mais, acordos administrativos são efetuados, desde sempre (por exemplo, nas desapropriações).⁷⁵ Fingir que não ocorrem é pior política. Como se não bastasse, hermeneuticamente falando, inexistente vinculação absoluta no direito administrativo.⁷⁶

(b) a objeção de que o atendimento administrativo legítimo de pleitos particulares prejudicaria a abordagem sistêmica, engendrando soluções excludentes e privilegiadas. Na realidade, o particularismo não universalizável é antitético à negociação idônea, aqui defendida, a qual se encontra compelida a demonstrar, a contento, a universalização dos benefícios líquidos. Vale dizer, a resposta à crítica é a de que a negociação proba contempla, motivadamente,

⁷² Vide advertência oportuna de Angus Deaton, *A grande saída*, op. cit., p. 200: “Rent-seeking pode levar à substituição de crescimento econômico por guerras internas devastadoras em que cada grupo luta cada vez mais fortemente por fatias de um bolo cada vez menor”.

⁷³ Vide WHEELER, Michael. *A arte da negociação*. São Paulo: Leya, 2014, para quem as soluções evoluem, daí a importância de focar a interação entre as partes.

⁷⁴ Vide William Ury, *Negocie para vencer*, op. cit., p. 194-195.

⁷⁵ Para ilustrar: a AGU celebrou, em conciliação, 309 acordos com proprietários de imóveis em desapropriação para obras em rodovias federais, no primeiro semestre de 2017.

⁷⁶ Vide, para aprofundar, Juarez Freitas, *Direito fundamental à boa administração pública*, op. cit.

os benefícios líquidos sistêmicos das saídas consensuais, sob pena de antijuridicidade.

(c) a objeção de que a negociação ofereceria oportunidade à negociata. O risco preocupa, está claro, mas não a ponto de justificar o banimento puro e simples do compromisso. Justifica, sim, uma intervenção vigorosa e cautelar do aparato de controle e autocontrole. Todavia, a negociação defensável não se presta a servir de instrumento de violação à moralidade administrativa, seja por enriquecimento ilícito, seja por dano ao erário, seja por violação aos princípios.

(d) a objeção de que a via cooperativa debilitaria a solução judicial. Ao contrário: reserva-se aos magistrados o campo para equacionar questões complexas e, sobretudo, resguarda-se a última instância à esfera judicial, atenuando-se, em contrapartida, a febril judicialização exatamente para que o juiz possa melhor exercer o seu papel, em tempo útil. De mais a mais, a filosofia não adversarial desencadeia vasta gama de efeitos positivos, ao instaurar ambiente emancipatório no qual o diálogo não coercitivo prepondera, engendrando a sociedade pacífica, capaz de conviver com desacordos inevitáveis.

(e) a objeção de que o modelo extrajudicial seria o fruto de constrangimento econômico, mercê da onerosidade assimétrica no acesso ao Poder Judiciário. Existe o risco de encarar o compromisso como mal menor sobretudo para os particulares, em face de entraves econômicos. Contudo, precisamente para reduzir os custos (diretos e indiretos) que se preconizam alternativas de satisfatória resolução consensual de conflitos.⁷⁷

Enfatize-se: não obstante os riscos reais de patologias e desvios, a negociação prova coaduna-se com as diretrizes cardais do direito administrativo brasileiro. No sistema, sobreleva o dever de estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo a instauração de litígios.⁷⁸ Justifica-se, assim, o espírito e a teleologia das recentes reformas normativas,⁷⁹⁻⁸⁰ endereçadas a fortalecer a via consensual. É que, em que pesem

⁷⁷ Vide, para excelente mapeamento de objeções às ADRs, resposta e observação de que não são panaceia, FACCHINI NETO, Eugenio. Jurisdição ou resolução consensual de conflitos: a quem pertence o futuro? *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 103, p. 15-47, maio/jun. 2017.

⁷⁸ Vide art. 2º, §VI, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Resolução nº 2/2015, do CFOAB. A propósito, veda-se, em qualquer hipótese, a diminuição de honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial (art. 48, §5º). Vide COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Comentários ao novo Código de ética dos advogados*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 68.

⁷⁹ Vide art. 8º, do Código de ética e disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Resolução nº 2/2015, do CFOAB.

⁸⁰ Vide, para cotejo, ALPA, Guido et al. *Un progetto di riforma delle ADR*. Nápoles: Jovene, 2017.

os argumentos datados de Owen Fiss,⁸¹ o acordo é, no geral das vezes, a mais democrática e satisfatória das soluções. Como regra, construções consensuais imprimem significativo reforço eficaz aos princípios e contribuem à lógica do novo serviço público, que “procura valores compartilhados e interesses comuns por meio de um amplo diálogo e do engajamento de cidadãos”.⁸²

3. Conclusões

Tudo considerado, o sistema normativo brasileiro, interpretado sistematicamente, prioriza resoluções consensuais de conflitos, inclusive no âmbito dos contratos administrativos.

Trata-se de portentosa reviravolta, ora nos primórdios, no intuito de reduzir o território da filosofia adversarial, obcecada pelos jogos de soma zero. O avanço consiste em resguardar a tutela do Poder Judiciário para questões privativas e complexas, conferindo aos demais temas o caminho preferencial dos compromissos administrativos do tipo *win-win*, marcadamente na esfera regulatória.

A experiência acumulada evidencia que formas alternativas de resolução das disputas, em que pesem naturais resistências,⁸³ funcionam muito bem, desde que palmilhadas sob a vigilância de tempestivos controles.

Claro, existe o inegociável. Desse modo, no sistema brasileiro, estão manifestamente vedadas: (a) soluções consensuais ímprobadas; (b) soluções consensuais desproporcionais; (c) soluções consensuais opacas e refratárias aos procedimentos de controle e autocontrole; (d) soluções consensuais que sufocam conflitos sem resolvê-los; e (e) soluções consensuais que almejam contornar a reserva legal.

⁸¹ Vide FISS, Owen. Against settlement. *The Yale Law Journal*, v. 93, p. 1073-1090, 1984. Observa, à p. 1075: “I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. It should be treated instead as a highly problematic technique for streamlining dockets. Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: Consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised”.

⁸² Vide, a propósito do “novo serviço público”, DENHARDT, Robert B.; CATLAW, Thomas J. *Teorias da administração pública*. 7. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 290.

⁸³ Vide, sobre os modos alternativos de resolução de litígios e os desafios de transposição no direito administrativo francês, PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. Paris: Lexisnexis, 2015. p. 1254-1261. No âmbito dos litígios contratuais, vide RICHER, Laurent; LICHÈRE, François. *Droit des contrats administratifs*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2016. p. 311-347.

Todavia, os acordos prudentes e idôneos se ajustam sobejamente ao direito administrativo, quando consubstanciam: (a) compromissos eficientes e eficazes, prestimosos à implementação das políticas públicas, em tempo útil; (b) compromissos promotores da probidade; (c) compromissos que não invadem a esfera do indisponível; (d) compromissos de comprovados benefícios sistêmicos líquidos, com avaliação prévia de impactos multidimensionais.

Em suma, a apropriada e prioritária negociação no direito administrativo brasileiro é transformação filosófica inadiável, por mais desafiadora que seja a transposição. O agente público do futuro terá que atuar em compasso com as habilidades essenciais à negociação.

Entre as habilidades requeridas, ressaltam-se: (a) a postura não adversarial; (b) a impessoalidade e o autocontrole; (c) o desenviesamento reflexivo que vence as predisposições automáticas ao confronto e ao revide; (d) a capacidade de escuta ativa e de indagação aberta; (e) o dom de reenquadramento e empatia racional; (f) a aptidão para construir saídas honrosas; (g) o preparo para oferecer motivação explícita, clara e congruente; (h) a atitude amistosa à transparência radical e ao trabalho integrado e sistêmico.

Em última instância, ética e juridicamente, mostra-se precípua a solução consensual dos conflitos na esfera administrativa. O requisito-chave é a troca de pré-compreensões, com o desiderato firme de ultrapassar a mentalidade de beligerância contagiosa e consolidar uma sociedade pacífica, propensa a soluções honestas, respeitosas e amigáveis.

Referências

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *How nations fail*. Nova York: Crown, 2012.
- ALPA, Guido et al. *Un progetto di riforma delle ADR*. Nápoles: Jovene Editore, 2017.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *The three paths of justice*. Londres: Springer, 2012.
- AXELROD, Robert. *The evolution of co-operation*. ed. rev. Nova York: Basic Books, 2006.
- AZEVEDO, André Gomma de A. (Org.). *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015.

____ (Org.). *Manual de mediação judicial*. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, v. 95, p. 122-134, jul./set. 1999.

____. *Administração judiciária com justiça*. Curitiba: Intersaberes, 2016.

BAZERMAN, Max. *The power of noticing*. Nova York: Simon & Shuster, 2014.

BERNIC, Evan. Reason's Republic (June 21, 2016). *NYU Journal of Law & Liberty*, forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2798715>>.

BOUSTA, Rhita; SAGAR, Arun. Alternative dispute resolution in French administrative proceedings. In: DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (Ed.). *Alternative dispute resolution in European administrative law*. Berlim: Springer, 2014.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Comentários ao novo Código de ética dos advogados*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia dos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

CUNHA, Alexandre dos Santos; OLÍVIA, Isabela do Valle Klin; PESSOA, Alves Gomes. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*. Nota técnica. Brasília: Ipea, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DEATON, Angus. *A grande saída*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

DENHARDT, Robert B.; CATLAW, Thomas J. *Teorias da administração pública*. 7. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

ELLIOT, Mark. *Administrative law*. 4. ed. Nova York: Oxford University Press, 2011. p. 252-266.

FACCHINI NETO, Eugenio. Jurisdição ou resolução consensual de conflitos: a quem pertence o futuro? *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 103, p. 15-47, maio/jun. 2017.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

- FISS, Owen. Against settlement. *The Yale Law Journal*, v. 93, p. 1073-1090, 1984.
- FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- FRENKEL, Douglas N.; STARK, James H. Improving lawyers' judgment: is mediation training de-biasing? *Harvard Negotiation Law Review*, v. 21, p. 1-58, 2015.
- GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GUIA de conciliação e mediação judicial para magistrados. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2013.
- HANNA, Susan. More than meets the eye: the transaction costs of litigation. *Ocean & Coastal L.J.*, v. 7, 2001. Disponível em: <<http://digitalcommons.maine.edu/oclj/vol7/iss1/4>>.
- HERNANDEZ-CRESPO, Mariana. A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo exploring the evolution of the multi-door courthouse (part One). 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1265221> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1265221>>.
- KAFKA, Franz. *O processo*. Porto Alegre: L&PM, 2006.
- KAGAN, Robert A. *Adversarial legalism*. The American way of law. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas. E agora? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, p. 427-441, jun. 2015.
- MANUAL de negociação e mediação para membros do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2015.
- MOORE, Christopher W.; WOODROW, Peter J. *Handbook of global and multicultural negotiation*. San Francisco: Jossey-Bass, 2010.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai; MORAES, Márcia Amaral Corrêa. *A negociação ética para agentes públicos e advogados*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. Paris: Lexisnexis, 2015.
- RAIFFA, Howard. *The art and science of negotiation*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

RICHER, Laurent; LICHÈRE, François. *Droit des contrats administratifs*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2016.

SAPOLSKY, Robert. *Behave*. Nova York: Penguin Press, 2017.

SIMON, Herbert. *Administrative behavior*. 4. ed. Nova York: The Free Press, 1997.

SLAIKEU, Karl A.; HASSON, Ralph H. *Controlling the costs of conflict: how to design a system for your organization*. San Francisco: Jossey Bass, 1998.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. Organização de Igor G. de Oliveira. Brasília: FUB, 2014.

STADLER, Astrid; HODGES, Christopher (Ed). *Resolving mass disputes: ADR and settlement of mass claims*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

STELKENS, Ulrich. Administrative appeals in Germany. In: DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (Ed.). *Alternative dispute resolution in European administrative law*. Berlin: Springer, 2014.

SUNSTEIN, Cass. *#Republic*. Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017.

SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes*. Nova York: Basic Books, 1987.

TALAMINI, Daniele Coutinho; TALAMINI, Eduardo. Advocacia pública no CPC/2015. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Processo e administração pública*. Salvador: Juspodivm, 2016. cap. V.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution*. São Paulo: Senai-SP, 2016.

URY, William. *Negocie para vencer*. São Paulo: HSM, 2013.

URY, William. *The power of a positive no*. Nova York: Bantam Books, 2007.

WARE, Stephen. *Principles of alternative dispute resolution*. 3. ed. St Paul, MN: West Academic Publishing, 2016.

WHEELER, Michael. *A arte da negociação*. São Paulo: Leya, 2014.