

A autocomposição e sua identidade consensual: ensaio sobre conceitos

Internal dispute resolution and its consensual identity: essay on concepts

*José Roberto da Cunha Peixoto*¹

*Kaline Ferreira*²

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

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

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

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

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

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

1 INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 A AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA E SUA RELAÇÃO COM A AUTOCOMPOSIÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 A HETEROCOMPOSIÇÃO COMO RESOLUÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DE CONFLITO ADMINISTRATIVO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) uniformização da jurisprudência administrativa;

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

1.281 de 27 de setembro de 2007.⁹

Advocacia-Geral da União; e

c) prevenção de litígios de natureza jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6 A “ARBITRAGEM” IMPROPRIAMENTE INSERIDA NO TÍTULO DA CCAF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7 CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

8 REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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