

SOLUÇÃO NEGOCIADA DE CONFLITOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: CONSAGRAÇÃO DE UMA TENDÊNCIA

NEGOTIATED RESOLUTION OF CONFLICTS IN NEW BRAZILIAN BIDDING LAW: CONSECRATION OF A TREND



Gustavo Henrique Justino de Oliveira¹
Matheus Teixeira Moreira²

RESUMO: A modernização da Administração Pública no Brasil é uma realidade que vem se impondo à medida que antigos dogmas vêm sendo reformulados e instrumentos jurídico-administrativos contemporâneos têm sido cada vez mais difundidos e utilizados por operadores e aplicadores do Direito, em um panorama de inovações normativas e dogmáticas de matriz pragmática e consequencialista cuja incontestabilidade é extraída da reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB pela Lei Federal nº 13.655/2018. Nesse sentido, a positivação expressa dos Meios Adequados de Solução de Conflitos – MASCs na Lei Federal nº 14.133/2021 consagra e incentiva uma tendência que, na prática, já vinha sendo pautada, isto é, a utilização de técnicas autocompositivas e heterocompositivas, além da tutela jurisdicional, na prevenção e solução de controvérsias contratuais administrativas. Assim, o presente artigo, por meio de metodologia qualitativa e revisão bibliográfica, propõe-se a analisar o histórico do tema da solução negociada de conflitos no seio da Administração Pública brasileira, bem como as particularidades contidas nas previsões expressas na nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas, com a finalidade de responder se o estímulo do legislador foi suficiente, quais as prospecções que podem ser vislumbradas para o futuro próximo e quais as implicações decorrentes para gestores públicos, órgãos de controle e a sociedade civil como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Consequencialismo. Meios adequados de solução de conflitos. Nova lei de licitações. Pragmatismo.

ABSTRACT: The modernization of Public Administration in Brazil is a reality that has been imposing itself as old dogmas have been reformulated and contemporary legal-administrative instruments have been increasingly disseminated and used by operators and applicators of Law, in a overview of normative and dogmatics innovations guided by a pragmatic and consequentialist matrix whose incontestability is extracted from the reform of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law - LINDB by Federal Law nº 13.655/2018. Thus, the express affirmation of appropriate dispute resolution in Federal Law nº 14.133/2021 enshrines and encourages a trend that, in practice, had already been guided, that is, the use of self-composition and hetero-composition techniques, in addition to jurisdictional protection, in the prevention and solution of administrative contractual disputes. So, this article, through qualitative methodology and literature review, proposes to analyze the history of the subject of

¹ Pós-Doutor em Direito Administrativo (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito Administrativo (USP). Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP, vinculado ao Departamento de Direito do Estado, e do IDP-Brasília. Advogado, árbitro, consultor jurídico e fundador do escritório Justino de Oliveira Advogados.

² Advogado e Coordenador Jurídico em Justino de Oliveira Advogados.

negotiated settlement of conflicts within the Brazilian Public Administration, as well as the particularities contained in the provisions expressed in Federal Law nº 14.133/2018, in order to answer if the stimulus from the legislator was enough, what prospects can be envisioned for the near future and what are the implications for public managers, control agencies and civil society as a whole.

KEYWORDS: Appropriate dispute resolution. Consequentialism. New bidding law. Pragmatism.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A reforma da LINDB e a consolidação de um novo Direito Administrativo. 2. Solução negociada de conflitos na Lei 14.133/2021. 3. A posição do controlador frente à opção do gestor. 4. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. LINDB reform and the consolidation of a new Administrative Law. 2. Negotiated resolution of conflicts at Federal Law nº 14.133/2021. 3. Controller's position vis-à-vis manager's option. 4. Conclusion. References.

Introdução

O Direito Administrativo brasileiro mudou significativamente quando comparado àquele que vigorou na maior parte do século passado. Com a resignificação de conceitos e ideias como a supremacia do interesse público e a incorporação e maximização do uso de novos instrumentos jurídico-administrativos, fato é que essas mudanças e atualizações estão inseridas em um cenário amplo de evolução paradigmática da própria essência do estudo da Administração Pública, que deixou de ocupar uma posição verticalizada e de rigidez para ser guiada por princípios e características de matriz pragmática e consequencialista.

Essa transformação não é de agora. Há algum tempo, parte da doutrina já anunciava a necessária releitura e atualização dogmática do Direito Administrativo em virtude das mudanças que foram impostas a partir do fenômeno da globalização e das próprias balizas do Estado Democrático de Direito. Já se considerava imperioso que a governança pública passasse por um processo de democratização, que incluiria – mas não se limitaria – a uma verdadeira busca pela efetividade na atuação administrativa, preocupada com resultados práticos, a fim de preservar e atender às necessidades coletivas.³ Nesse ínterim, a reinvenção da Administração Pública no Brasil, orientada por uma atuação mais consensual, aberta e eficaz, passava pelo reconhecimento e defesa de instrumentos de ação contemporâneos a essa evolução paradigmática, como os acordos administrativos e os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos incorporados ao cotidiano do Poder Público.⁴

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Christiane. A administração consensual como a nova

No campo normativo, imperioso destacar a instauração do sistema multiportas pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 3º, § 3º), bem como a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB pela Lei 13.655/2018, além da previsão constitucional da tutela administrativa efetiva e autocomposição (art. 5º, incs. LIV, LV e LXXVIII da CRFB/1988); de fato, esse é o panorama geral do enquadramento jurídico-normativo dos meios adequados de solução de conflitos, os quais estão inseridos no novel cenário pragmático e consequencialista aludido⁵. Faz-se pertinente, ainda, lembrar a edição das Leis de Arbitragem (Lei 9.307/1996, modificada pela Lei 13.129/2015) e de Mediação e Autocomposição Administrativa (Lei 13.140/2015). Frise-se que todo esse arcabouço normativo, que aí não se esgota nem se resume, jaz inserido, como ora defendemos, em um contexto de modificações estruturais e conceituais do Direito Administrativo em si.

É em meio a esse contexto, já posto por diversos diplomas legais e reconhecido pela doutrina especializada, que é publicada a nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas (Lei 14.133/2021), a qual positivou expressamente o uso dos Meios adequados de solução de conflitos – Mascos no âmbito da prevenção e solução de controvérsias envolvendo contratos administrativos. Dito isso, partir-se-á para uma análise que irá procurar responder quais os anseios e perspectivas que acompanham a expressa menção a esses mecanismos na sobredita lei, e como o incentivo do legislador para a utilização desses instrumentos tende a resguardar uma atuação mais pragmática e efetiva por parte da Administração Pública brasileira.

1. A reforma da LINDB e a consolidação de um novo Direito Administrativo

Em meio a calorosos debates que dividiram gestores públicos, órgãos de controle e especialistas, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi modificada por ocasião da Lei Federal nº 13.655/2018, responsável por incluir naquelas “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”; assim, a nova LINDB passou a abarcar os artigos 20 a 30, com inclinação consequencialista e de promoção aos valores da efetividade e da segurança jurídica.

face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional* (Impresso), v. 32, p. 1-2, 2008.

⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERREIRA, Kaline. A mediação e a arbitragem dos conflitos no setor de saneamento básico à luz da Lei Federal nº 14.026/20. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

Desde a vedação às decisões fundamentadas em caracteres abstratos, passando pela imposição da necessidade de indicar expressamente as consequências de atos administrativos no caso concreto até a observância de orientações que promovam segurança jurídica, a nova LINDB, sem dúvidas, corroborou para a solidificação de uma guinada paradigmática da própria essência do Direito Administrativo e da Administração Pública no século XXI.

Não parece possível dissociar a consagração do incentivo à solução negociada de conflitos contratuais do cenário macro em que essa inovação legislativa está inserida. Ou seja: é mister compreender que o momento atual não apenas é propício para o estímulo a instrumentos contemporâneos, como também ajuda a explicar a posição de destaque que tais mecanismos ocupam no Direito Público dos novos tempos, norteados por aquilo que convém chamar de pragmatismo jurídico.

Pragmatismo, enquanto doutrina filosófica, exsurge da própria crítica à abstração que predominava no meio intelectual até o século XIX; de fato, ela nasce a partir dos questionamentos direcionados à metafísica e a correntes de pensamento que não priorizavam a concretude. No Direito, é retomada no final do século XX, após influência do movimento do realismo jurídico, agora sob a denominação de pragmatismo jurídico, dotado de características intrínsecas referentes ao contextualismo, ao consequencialismo e ao antifundacionismo.⁶

O cerne da corrente do pragmatismo jurídico pode ser extraído da nova LINDB: a devida atenção às necessidades humanas e sociais concretas; a antecipação dos resultados de uma decisão, com a finalidade de verificar a eficiência do ato na consecução dos efeitos pretendidos; e a rejeição a decisões de conteúdo abstrato e indiferente às inovações e mutabilidades inerentes ao processo de transformação da sociedade (e do Direito).

O intérprete que reconhece a influência desse movimento no Direito Administrativo tende a vislumbrar e aplicar os instrumentos jurídico-administrativos de maneira mais flexível, eficiente e, por consequência, com maior segurança jurídica. Nesse ínterim, a posituação da recomendação de uso de conciliação, mediação, comitês de resolução de disputas e arbitragem em conflitos relativos às contratações administrativas encontra-se inserida no seio de uma nova Administração Pública, mais dialógica e, como aduzido, pragmática – o que revela uma nova cultura de gestão de conflitos relacionados às compras públicas. É justamente esse recorte temático que será aprofundado a seguir, incluindo as diferentes posições de atores envolvidos na ponte institucional gestão-controlar.

⁶ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

2. Solução negociada de conflitos na Lei 14.133/2021

Dentre as várias inovações legais introduzidas na temática das licitações e contratações administrativas pela Lei 14.133/2021, destaca-se o objeto central do presente artigo, isto é, o conjunto de dispositivos que fazem menção expressa aos métodos adequados de solução de conflitos.

A nova lei traz, em um primeiro momento, menções expressas aos Mascos como instrumentos hábeis a promover a extinção dos contratos públicos, seja pela via consensual e compositiva (art. 138, inciso II), seja pela via litigiosa e heterocompositiva (art. 138, inciso III). Na sequência, destina capítulo próprio para indicar cada um dos Mascos propriamente ditos nas contratações regidas pela lei (art. 151, *caput*), esclarecendo a adequação desses instrumentos aos conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis (art. 151, parágrafo único), além de assinalar a imprescindibilidade de que o método arbitral seja de direito e revestido de publicidade (art. 152), a possibilidade de aditamento contratual em prol da utilização dos Mascos (art. 153) e, por fim, a observância de critérios isonômicos, técnicos e transparentes na escolha dos especialistas encarregados no caso concreto (art. 154).

De fato, a nova Lei de Licitações não é pioneira ao positivizar os sobreditos institutos, à medida que a tendência de normatização dos Mascos já podia ser observada em outros diplomas legais, dentre os quais destacam-se, em rol não exaustivo, a Lei 9.472/1997 (Lei da ANATEL); Lei 9.478/1997 (Lei da ANP); Lei 10.233/2001 (Lei da ANTT e ANTAQ); Lei 10.848/2004 (Lei da ANEEL); Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs); além das já citadas leis de Arbitragem (Lei 9.307/1996, modificada pela Lei 13.129/2015) e de Mediação e Autocomposição Administrativa (Lei 13.140/2015).

Contudo, ao solidificar a previsão dos Mascos no âmbito das contratações públicas, certamente a Lei 14.133/2021 traz consigo uma novidade considerável, não exatamente pela menção expressa aos mecanismos em análise, mas principalmente pelo notório incentivo contido nas entrelinhas da norma, isto é, o reconhecimento pelo legislador de que conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas (*dispute boards*) e arbitragem são os métodos adequados – e não meramente alternativos, como consta no título do Capítulo XII da lei – para prevenir e solucionar controvérsias relativas aos contratos administrativos.

Assim sendo, é possível chegar a uma primeira conclusão, a qual sintetizamos na seguinte assertiva: a utilização dos Mascos em controvérsias contratuais de que é parte a

Administração Pública já era permitida pelo arcabouço normativo preexistente, mas foi consagrada pela expressa recomendação positivada pela Lei 14.133/2021.

Por conseguinte, torna-se mister questionar se, em vista de todo esse contexto normativo, o uso dos MascS é uma imposição do legislador ou se seu uso é meramente facultativo. Certamente a opção pela utilização desses instrumentos não poderia ser obrigatória, hipótese em que restaria violada a autonomia das partes na escolha da via contratual de resolução de conflitos; contudo, uma vez prevista no instrumento contratual a escolha de um ou outro método elencado pelo art. 151, sua determinação deixa de ser discricionária e passa a vincular as partes ao que entre elas foi previamente acordado.

Destarte, é possível chegar a uma segunda conclusão: a escolha de um mecanismo adequado de solução de conflitos é facultativa e depende do acordo estabelecido entre as partes, tornando-se obrigatória quando esta for a disposição acordada entre as partes.

Uma vez explorado o panorama geral dos MascS na Lei 14.133/2021, é de supina importância analisá-los individualmente para verificar qual a melhor adequação de cada um deles ao caso concreto.

Como se sabe, o *caput* do art. 151 prevê o seguinte rol expresso de MascS: conciliação, mediação, *dispute boards* e arbitragem. A ordem em que foram alocados não é mera coincidência: trata-se, em verdade, de um escalonamento indicado pelo legislador, partindo, em um primeiro momento, dos métodos autocompositivos nos quais as partes, consensualmente, tentam encontrar uma solução para o imbróglio, passando pela alternativa da composição de um comitê de especialistas apto a efetuar direcionamentos e, por fim, chegando ao método heterocompositivo no qual um árbitro ou um tribunal arbitral é responsável pela administração da lide.

A previsão de escalonamento pode ser interpretada como uma indicação às partes, sem dúvidas. Entretanto, não é possível desconsiderar o fato de que cada um dos supracitados MascS é dotado de características inerentes à sua própria essência e, portanto, a opção por um ou outro leva em consideração as peculiaridades do caso concreto.

No que se refere a contratos de longa duração, por exemplo, o instituto do *dispute board* pode ser o mais indicado, já que é formado por *experts* imparciais que irão acompanhar a desenvoltura do contrato ao longo de sua duração, a fim de prevenir a eclosão de conflitos ou solvê-los quando a prevenção não é efetiva.⁷

⁷ POLIDORO, Máura Guerra. Dispute board é boa opção para resolução de disputas de alta complexidade. *Revista Consultor Jurídico*. 18 maio 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/polidoro-dispute-board-opcao-disputas-alta-complexidade>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

A arbitragem, por seu turno, também é um mecanismo recomendado em controvérsias que versam sobre temas consideravelmente específicos, sendo que a indicação do árbitro e a composição do tribunal arbitral são realizadas a partir da escolha de sujeitos com notória formação acadêmico-científica e ampla experiência profissional.⁸ A propósito, vale mencionar que, conforme previsto no Enunciado nº 18 da I Jornada de Direito Administrativo, “a ausência de previsão editalícia não afasta a possibilidade de celebração de compromisso arbitral em conflitos oriundos de contratos administrativos.”⁹

Dessa maneira, é possível fixar uma terceira conclusão: a opção das partes deverá levar em conta necessariamente as particularidades do contrato e verificar a melhor aderência de cada um dos mecanismos apontados.

O incentivo à maior utilização e institucionalização dos MascS junto à Administração Pública também pode ser explicado em virtude de suas características próprias que atraem as partes do contrato em comparação com a tutela jurisdicional. São vários os benefícios apresentados pelos mecanismos extrajudiciais, que apresentam caminhos e soluções dotados de maior transparência, efetividade, celeridade e custo-benefício na solução de controvérsias contratuais, quando comparados ao trâmite litigioso no seio do Poder Judiciário.¹⁰

Em verdade, a retromencionada tendência de maximização do uso dos meios adequados de solução de conflitos jaz inserido em um contexto de nova cultura de gestão de conflitos relativos às compras governamentais, apresentando um contraponto prático à elevadíssima judicialização que gira em torno da Administração Pública, que, como se sabe, é a maior litigante nacional.

Sempre imperioso ressaltar que a atuação de mecanismos extrajudiciais abrange não apenas a solução de conflitos pré-existentes à sua institucionalização, em momento *a posteriori*, como também abarca a própria prevenção de litígios, o que denota sua posição apriorística e contribui forçosamente pela aplicação material e prática do princípio constitucional da eficiência administrativa, resguardado pelo *caput* do art. 37 e pelo inciso LXXVIII do art. 5º, todos da Constituição Federal.

⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem e administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

⁹ BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 18. *I Jornada de Direito Administrativo*. Brasília, 2020.

¹⁰ OLIVEIRA; ESTEFAM. *Curso prático...*, cit., 2019.

3. A posição do controlador frente à opção do gestor

A demanda por uma gestão pública guiada pelos vetores do profissionalismo e da moralização é, por certo, um desejo de toda a sociedade civil brasileira. Muito embora a história da administração brasileira seja atribulada e se insira em um movimento de altos e baixos, é inegável que, mais de trinta anos após a promulgação da Constituição Cidadã, o cenário de fato tenha mudado. A postura ética dos gestores públicos é uma meta que passou a ser cada vez mais pautada; entretanto, como não poderia deixar de ser, é possível notar uma série de excessos pelos órgãos de persecução e controle, o que deu origem a uma questão diametralmente oposta, mas igualmente problemática: a paralisia administrativa.

A incessante busca por uma moralização administrativa que não admita flexibilizações é motivada por aquilo que é conveniente chamar de hiperativismo controlador, isto é, conduta própria dos órgãos de controle dotada de maior repressão e punitivismo, impulsionada pela agenda anticorrupção que se enraizou no debate público nas últimas décadas. O agigantamento dessa agenda causou diversos problemas de orientação política, como vivenciou-se especialmente durante e após a eclosão da Operação Lava-Jato, mas afetou, ainda, a própria dinâmica da gestão administrativa.

O receio constante de punição do erro pelo erro faz com que muitos administradores promovam uma gestão mais acanhada e pouco criativa, caracterizando, pois, a já mencionada paralisia administrativa:

[E]ste hiperativismo do controle – ainda que defensável e compreensível – gerou um efeito extremamente perverso na gestão pública brasileira: a drástica redução da discricionariedade do gestor a níveis alarmantes, provocando uma verdadeira paralisia administrativa e, o que é pior, em situações cada vez mais correntes, a substituição do gestor pelo controlador público. Eis um dos fatores – não é o único, obviamente – que vem gerando uma pernicioso estagnação da Administração pública, aparentemente sem espaços para promoção de inovação, comprometendo demasiadamente o desenvolvimentismo que deveria pautar toda e qualquer atuação pública em um contexto desigual e subdesenvolvido como o brasileiro.¹¹

¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/2018: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional Ministério Público (CNMP) frente aos novos parâmetros pragmatistas. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Org.). *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 261-278. v. 1.

Nesse sentido, é válido destacar que a ação desenfreada, bem como a postura punitivista dos órgãos de controle da Administração Pública dão causa ao que Rodrigo Valgas dos Santos¹² denominou de “Direito Administrativo do Medo.”

Vale dizer, diante da responsabilização iminente que pode ser imputada ao administrador, o agente público é dominado pelo medo no exercício da função administrativa, sobretudo no âmbito decisório, o que pode, inclusive, ser azo para o administrador priorizar sua autoproteção em detrimento de decisões mais criativas. Com isso, verifica-se que o hiperativismo controlador é prejudicial ao interesse público, porquanto figura como um obstáculo a decisões criativas e que visam resguardar e promover a eficiência administrativa.

A situação é especialmente grave porque o medo não apenas inibe uma atuação mais criativa e propositiva dos Administradores, mas mesmo no crucial cumprimento das normas jurídicas os administradores sequer podem aplicar o Direito como lhes parece adequado. Primeiro, pensam em como os órgãos, de controle agirão em caso de fiscalização, o que leva a se absterem em decidir, decidirem de modo lento, ou decidir de modo a antever as expectativas dos órgãos de controle, postergando ao máximo a decisão com consulta a órgãos consultivos ou aos próprios órgãos de controle.¹³

Inobstante, a retromencionada alteração na LINDB, bem como a deflagração da pandemia covid-19 (que impôs a atuação de um direito pandêmico-emergencial¹⁴), foram essenciais para um tardio reconhecimento do momento constitucional-administrativo no qual o Brasil está inserido, o que requer uma maior atenção a parâmetros consequencialistas e pragmáticos nas decisões revisionais e de controle da gestão pública.

A simples operacionalização de um regime jurídico mais repressivo em detrimento de uma postura mais dialógica, aberta e, portanto, apta a materializar o direito à boa e efetiva administração, ainda é um lamentável efeito que perdura entre gestores. Contudo, é possível observar, nos dois anos subsequentes à reforma da LINDB, e mais de um ano após os termos iniciais do direito pandêmico, tímidos avanços na postura do controlador: a título de exemplo, é possível citar, no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, uma maior ponderação das consequências do *decisum* e a previsão de efeitos em relação ao que tem sido determinado nos acórdãos.¹⁵

¹² SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 333.

¹³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo...*, cit., p. 333.

¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito administrativo pandêmico: transformações e influências jurídico-normativas em tempos de covid-19. In: CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO (CEPEDISA). *Direitos na Pandemia: Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à covid-19 no Brasil* (Boletim nº 16). Disponível em: <<https://cepedisa.org.br/publicacoes/>>.

¹⁵ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Aplicação dos novos

No mesmo sentido, é possível observar, a partir da edição da Resolução nº 315/2020, que o TCU se mostrou atento às inovações normativas, de nítido caráter pragmático e consequencialista, introduzidas pela LINDB, as quais já comentamos. Verifica-se, também nesta linha, a Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, responsável por estabelecer diretrizes que devem ser observadas pelos membros da instituição no exercício da fiscalização de políticas públicas e que, de forma notória, internalizou os preceitos da Lei Federal nº 13.655/2018, de modo a segregar com maior nitidez o campo de atuação da atividade fiscalizada e da atividade fiscalizatória.

A internalização, pelos órgãos de controle, do viés pragmático e consequencialista que, como destacamos, se faz presente na LINDB é de extrema relevância. Afinal, caso o avanço legislativo não seja acompanhado da mudança de pensamento dos aplicadores e operadores do Direito, as inovações legislativas correm sérios riscos de restarem inócuas. É que, como bem sabemos, a aplicação das normas jurídicas pressupõe sua interpretação.¹⁶ Em termos técnicos: cumpre ao intérprete se debruçar sobre o texto normativo editado pela autoridade competente e, a partir das técnicas interpretativas fornecidas pela hermenêutica, identificar a norma jurídica constante naquele texto normativo.¹⁷

Segue-se daí o relevante papel que os aplicadores e operadores do Direito – sobretudo os órgãos de controle, no caso em tela – exercem para a efetividade dos dispositivos previstos na Lei 13.655/2018. Vale dizer, é necessário que os intérpretes desta lei – especialmente os agentes controladores – estejam imbuídos dos preceitos pragmáticos e consequencialistas previstos no diploma legal em comento, para que, assim, essas mudanças legislativas possam, então, ser verificadas no plano concreto.

O triunfo do pragmatismo e do consequencialismo em matéria de controle da atividade administrativa depende, em grande medida, da internalização desses preceitos pelos órgãos responsáveis pelo exercício da atividade de controle. Nesse sentido, a Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2/2020 do CNMP, bem como a Resolução nº 315/2020 do TCU são

dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União (*Relatório de Pesquisa*), 2021. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_de_pesquisa_observatorio_do_tcu_aplicacao_dos_novos_dispositivos_da_lindb_pelo_tcu.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2021.

¹⁶ Como leciona o consagrado constitucionalista Celso Ribeiro Bastos: “A interpretação é pressuposto necessário da aplicação da norma jurídica. Através da interpretação, o sujeito determina o sentido normativo do texto. E este se materializa quando da aplicação.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 86.

¹⁷ Em sentido semelhante: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 44-47. Ao se debruçar sobre o estudo das normas relativas aos direitos fundamentais, Robert Alexy faz distinção igualmente parecida com a exposta no presente, v.: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 53-58.

fontes de esperança desta mudança de postura dos órgãos de controle, em prol de decisões mais alinhadas aos valores do pragmatismo, do consequencialismo, da segurança jurídica, da eficiência administrativa e, ao fim e ao cabo, da própria tutela do interesse público.

4. Conclusão

A Nova Lei de Licitações consagrou expressamente a aplicabilidade dos Mascos no âmbito dos Contratos Administrativos, não obstante a preexistência de arcabouço normativo suficiente para tanto, de modo a torna clarividente o incentivo legislativo atribuído à adoção de tais métodos de solução de conflitos. A adoção dos Mascos na seara das contratações públicas se revela como sendo uma prática fruto de um ato de competência discricionária, que se torna vinculado quando acordado entre as partes, o qual deverá ser editado em atenção às particularidades de cada Contrato Administrativo, de modo a escolher a modalidade de resolução de conflitos mais afinada ao caso concreto. A adoção dos Mascos para a resolução dos litígios públicos, além disso, surge como uma alternativa à incessante judicialização de tais conflitos, o que prestigia, principalmente, a segurança jurídica e a celeridade na resolução desse tipo de controvérsia.

No que tange ao chamado hiperativismo dos órgãos de controle, responsável, em grande medida, pela paralisia da atividade administrativa, o que, notadamente, é prejudicial ao interesse público, se faz necessário um redirecionamento da atividade de controle, a qual deve se pautar em critérios pragmáticos e consequencialistas, em harmonia aos preceitos positivados na LINDB, para que, assim, a atividade de controle não seja prejudicial à tutela do interesse público pela Administração Pública.

Nesse sentido, é possível defender que não há motivo para resistência – seja por parte do gestor, seja por parte do controlador – no que se refere à aplicabilidade e materialização dos mecanismos adequados de solução de conflitos, por todo o contexto em que a Administração Pública do século XX jaz inserida, bem como pelo arcabouço normativo preexistente e, ao fim e ao cabo, pela previsão expressa contida na recém-publicada Lei Federal nº 14.133/2021.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 18. *I Jornada de Direito Administrativo*. Brasília, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Aplicação dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União (Relatório de Pesquisa), 2021. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_de_pesquisa_observatorio_do_tcu_aplicacao_dos_novos_dispositivos_da_lindb_pelo_tcu.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito administrativo pandêmico: transformações e influências jurídico-normativas em tempos de covid-19. In: CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO (CEPEDISA). *Direitos na Pandemia: Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à covid-19 no Brasil* (Boletim nº 16). Disponível em: <<https://cepedisa.org.br/publicacoes/>>.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/2018: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional Ministério Público (CNMP) frente aos novos parâmetros pragmatistas. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Org.). *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. v. 1.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERREIRA, Kaline. A mediação e a arbitragem dos conflitos no setor de saneamento básico à luz da Lei Federal nº 14.026/20. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Christiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional* (Impresso), v. 32, p. 1-2, 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POLIDORO, Máura Guerra. Dispute board é boa opção para resolução de disputas de alta

complexidade. *Revista Consultor Jurídico*. 18 mai. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/polidoro-dispute-board-opcao-disputas-alta-complexidade>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Recebido em: 30/11/2021
1º Parecer em: 06/12/2021
2º Parecer em: 01/02/2022