

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

PUBLIC ADMINISTRATION, OUT-OF-COURT SETTLEMENT OF DISPUTES AND COMMITMENT TO CONDUCT

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR

Procurador de Justiça (MPSP). Doutor em Direito do Estado (USP). Professor nos cursos de graduação e pós-graduação *stricto sensu* (UniSantos).
wallacemartins@terra.com.br

Recebido em: 30.07.2018.

Aprovado em: 20.11.2018.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: A Administração Pública é o maior litigante do Judiciário brasileiro, uma característica tradicional que é tributada pela sobrecarga do sistema de justiça nacional. Além de uma mudança de atitude mais sintonizada com os princípios legais do Direito Administrativo, a legislação atual oferece diversos mecanismos alternativos de solução de controvérsias a serem utilizados nas disputas entre o Poder Público e os indivíduos. Além da arbitragem consolidada pela alteração da Lei 9.307 foi alterada pela Lei 13.129, aquelas previstas na Lei 13.140, que é a lei que define os meios de autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, com ênfase no compromisso de ajustamento de conduta, cujo estudo revela a tendência de substituir decisões unilaterais por soluções negociadas e compartilhamento de poder com o Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública – Conflitos – Meios alternativos de solução – Compromisso de ajustamento de conduta.

ABSTRACT: The Public Administration is the largest litigant in the Brazilian Judiciary, a traditional characteristic that is taxed by the overload of the national justice system. In addition to a change of attitude more in tune with the legal principles of Administrative Law, the current legislation offers several alternative dispute resolution mechanisms to be used in disputes between the Public Power and individuals. In addition to the arbitration consolidated by the amendment of Law 9,307 was amended by Law 13,129, those provided for in Law 13.140, which is the law that defines the means of self-composition of conflicts within the scope of Public Administration, with emphasis on the commitment to conduct adjustment, whose study reveals the tendency to substitute unilateral decisions for negotiated solutions and the sharing of power with the Public Ministry.

KEYWORDS: Public Administration – Conflicts – Alternative means of solution – Commitment to conduct adjustment.

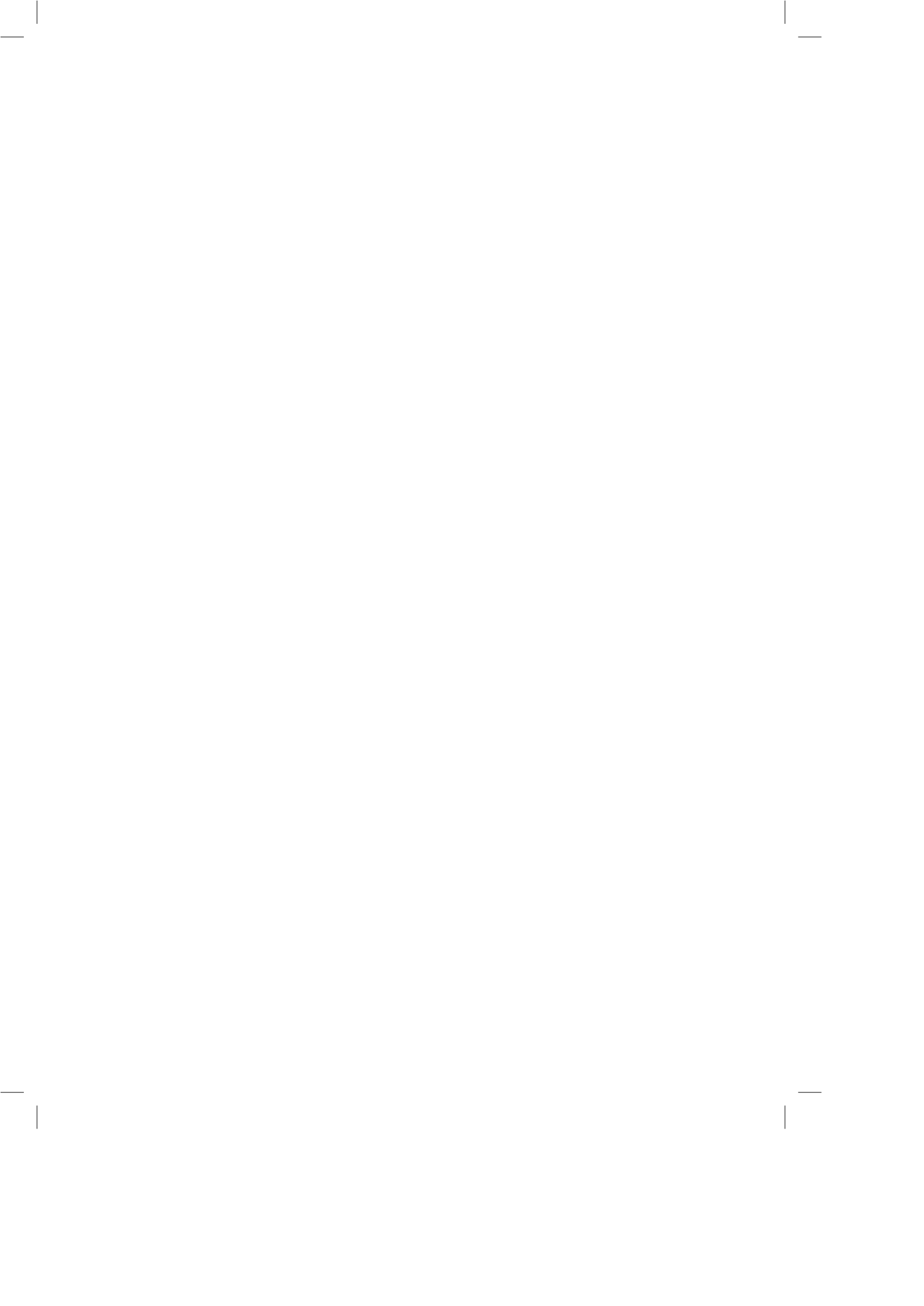
SUMÁRIO: 1. Administração Pública e conflitos. 2. Aspectos gerais de autocomposição e solução alternativa de conflitos. 3. Eficácia temporal da Lei 13.140/15 e do Código de Processo Civil. 4. Arbitragem na Administração Pública. 5. Autocomposição na Administração Pública. 6. Resolução administrativa. 7. Mediação na Administração Pública. 8. Mediação coletiva. 9. Transação por adesão. 10. Composição extrajudicial. 11. Resolução de conflitos entre particulares. 12. Compromisso de cessação de prática. 13. Acordo de leniência. 14. Compromisso de ajustamento de conduta. Referências.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONFLITOS

O poder público ocupa o posto de maior litigante no sistema jurisdicional brasileiro,¹ e não por acaso Vicente Greco Filho indica que a jurisdição se firmou como meio de solução de conflitos de interesse exatamente pela intensa litigiosidade envolvendo o Estado². Nesse sentido, o constitucionalismo brasileiro proclama a histórica cláusula de inafastabilidade do controle jurisdicional (e que consiste na proibição de exclusão do acesso à via jurisdicional para solução de conflitos de interesse), do qual o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, é exemplo fiel, e desde a República se estadeia sobre os pilares da unidade e da universalidade, repugnando o contencioso administrativo (prévia submissão de litígio à instância administrativa ou inserção de sua solução em organismo estranho ao Poder Judiciário e integrante do Poder Executivo) e se distanciando do sistema francês de dualidade do controle jurisdicional da Administração Pública.

Se soa paradoxal a Administração Pública agir contra o Direito – dada a sua condição ancilar em relação ao princípio de juridicidade (ou legalidade) – tal se

-
1. Dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (2011) demonstram que o setor público federal é o líder do ranking dos cem maiores litigantes na Justiça brasileira com 38% (empatado com as instituições bancárias), seguido dos setores públicos estadual (8%) e municipal (5%) nas terceira e quinta posições, respectivamente. O setor público federal ocupa o polo ativo em 33% e o passivo em 67%, enquanto o estadual é autor em 28%, e réu em 72%.
 2. “É importante observar, neste passo, que o grande problema do direito ou do processo não foi jamais o das relações entre indivíduos, mas especialmente o da relação entre o indivíduo e os detentores do poder, ou o Estado. Entre dos indivíduos sempre foi possível a superposição de árbitro escolhido ou autoridade judicante, mas entre o próprio Estado e o indivíduo somente em época mais recente se institucionalizou a ideia da garantia dos direitos e o respectivo sistema para efetivá-la. Aliás, quando se exigiu a existência de direitos oponíveis contra o chefe, ou contra o Estado, imediatamente se exigiu o mecanismo processual para respeitá-los” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I. p. 29).



compromete à integral satisfação do dano através do ajustamento às obrigações legais⁵³. Nele há “submissão do responsável pela lesão ao cumprimento dos preceitos protetivos, em respeito aos interesses supraindividuais”⁵⁴, caracterizando-se como forma de conciliação a espécie denominada submissão⁵⁵ em razão da indisponibilidade do direito material pelo Ministério Público ou pelos outros órgãos públicos legitimados à promoção de ação civil pública. Embora haja entendimento sublinhando se tratar de “ato administrativo negocial”⁵⁶, constitui “uma forma negociada de solução da controvérsia” e caracteriza “um instrumento de *solução extrajudicial de conflitos*, de forma *negociada*”⁵⁷, limitado o compromisso (formalizado por termo), entretanto, “à forma de observância da obrigação”⁵⁸. Geralmente, ele incide sobre o modo de cumprimento da obrigação, mas não se vislumbra óbice que envolva a definição do objeto da obrigação em se tratando de deveres alternativos ou ilíquidos.

Interessa ao escopo deste ensaio a prospecção de alguns aspectos ao compromisso de ajustamento de conduta, referentes à sua celebração pelo Ministério Público com (a) pessoas físicas e jurídicas de direito privado em procedimento de substituição ou concorrência da Administração Pública na cura de interesses públicos, e (b) entidades e órgãos da Administração Pública em procedimento de compartilhamento da gestão dos interesses públicos.

Premissa fundamental no exame do tema é a compreensão da superação da dicotomia clássica entre os domínios do interesse público e do interesse privado e da ideia de monopólio do interesse público pela Administração, e da visualização da multiplicidade de interesses públicos, o que é bem aquilatada pela distinção entre interesses públicos e estatais, difusos e coletivos. As reflexões sobre o interesse público indicam que sua unidade cedeu lugar à multiplicidade de

53. VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Revista Justitia*, n. 161/40, jan.-mar. 1993.

54. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 323.

55. Definida como renúncia à resistência oferecida à pretensão (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 21).

56. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 408.

57. FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 77-78.

58. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 324.

interesses públicos, assim como que pereceu a noção de monopólio do interesse público pela Administração Pública em virtude da emersão de novos atores sociais defensores de interesses coletivos ou difusos associados, coincidentes ou convergentes ao interesse público⁵⁹. Se vigorou o princípio nominalista consistente na compreensão do interesse público como “o que a lei ou a Administração diz que é”, Odete Medauar assinala que “a uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se, assim, uma situação de heterogeneidade”, frisando que “após uma concepção da Administração Pública detentora do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade”⁶⁰, o que soa indispensável em uma sociedade democraticamente organizada. Na mesma toada, José Roberto Pimenta Oliveira destaca que “a fonte de demarcação legítima do interesse público em cada situação enfrentada não está mais atrelada à mera operação de saber quem dita o mesmo (problema da titularidade)” porque a estrutura democrática se propõe à identificação da legitimação constitucional do valor das ações administrativas em razão “dos multifacetados valores concorrentes e tutelados pela mesma ordem jurídica na situação”⁶¹.

Como já frisado, a Administração Pública não é, evidentemente, senhora do interesse público; muitas vezes, ele é desprestigiado pela própria ação administrativa. A comunidade adquire espaços e canais para articulação de suas demandas, rompendo com a passiva atitude de súdita ao influenciar a gestão da coisa pública. Interesses eventualmente convergentes e divergentes requerem soluções balanceadas e que primem pela identificação do maior proveito social quando o interesse público ocupe zona cinzenta no caso concreto⁶².

A Administração Pública, em geral, tem o péssimo hábito de ser pródiga com o erário, autoritária, hermética e sigilosa no exercício do poder, e ineficiente e

59. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I. p. 505-506.

60. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 180-182.

61. José Roberto Pimenta Oliveira. “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como normas conformadoras e limitadoras da Administração Pública”. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 213-255.

62. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. I, p. 505-506.

omissa no cumprimento de suas obrigações legais. Ineficiência e omissão são causas de intensa conflituosidade, porque seus efeitos permeáveis atingem capilarmente o tecido social. A Constituição de 1988, ciente desse fato, pretende romper com essa forma de opressão do Estado aos direitos e interesses da sociedade. Não por outra razão, e entre os vários mecanismos de resgate da cidadania que o texto constitucional alberga, no tocante ao Ministério Público ela confiou a função de controle da Administração Pública (e de entes privados), incumbindo-lhe o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art. 129, II). A isso, acrescenta-se a emergência de novos atores do setor público (agências reguladoras, por exemplo) e do setor público não estatal (organizações não governamentais, por exemplo), capacitados a reclamarem novas posturas administrativas.

A primeira hipótese a explorar sobre o compromisso de ajustamento de conduta aborda exatamente o fenômeno da substituição da Administração Pública pelo Ministério Público na cura de interesses públicos quando este o celebra com pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Nessa situação, incluem-se os termos tomados inclusive com pessoas jurídicas de direito privado como empresas estatais exploradoras de atividade econômica (e que não podem tomar de outro compromisso de ajustamento de conduta para a tutela de interesses difusos e coletivos). Atuando o *Parquet* sobre as mais variadas atividades privadas que afetem direitos transindividuais, o órgão se substitui à Administração Pública (igualmente legitimada para tanto como emanção da polícia administrativa) zelando pelo interesse público à luz de sua legitimação autônoma, e mesmo que o poder público não participe da convenção, sua eficácia será vinculante⁶³. Para tanto, é indiferente que o poder público seja omissor ou ineficiente, pois, a habilitação é autônoma e disjuntiva.

A segunda hipótese consiste em mais uma notável ruptura do monopólio da Administração Pública na gestão do interesse público, e é atinente à tomada de compromisso de ajustamento de conduta pelo Ministério Público com entidades e órgãos da Administração Pública incumbidos das atividades estatais de polícia, fomento, intervenção, prestação de serviços públicos, exploração de atividade econômica. Nela desponta o compartilhamento da gestão dos interesses públicos na medida em que a Administração convencionou com o *Parquet* a forma e o

63. Ressalvada, é claro, a perspectiva de satisfação parcial do interesse em jogo ou de eventuais vícios que inspirem a promoção de aditamento ou anulação respectivamente avia- dos por outro legitimados.

modo pelos quais atenderá as exigências legais, abrindo-se à composição seja no domínio das atividades de polícia administrativa, seja no da prestação de serviços públicos.

Trata-se de expediente similar à *concertation* do direito francês⁶⁴. O concerto consiste na solução consensual de políticas públicas entre a Administração Pública, os administrados e até órgãos públicos independentes (como o Ministério Público). Por ele é possível a estipulação de acordos entre a Administração Pública e os particulares interessados, inovação também adotada no direito italiano (art. 11, Lei 241/90) e que incide sensivelmente sobre o modo de gestão da discricionariedade administrativa ao permitir ao particular o concurso concreto na definição do conteúdo do ato final⁶⁵. Como modalidade de ação e de preparação de decisões decorrentes da participação, particularizada pela solução negociada dos conflitos de interesse⁶⁶, o concerto tem um potencial de exploração de composição entre a Administração Pública e os administrados, inclusive no sentido de direção da partilha do conteúdo decisório decorrente do poder discricionário, quando a exigência legal a que se compromete é resultante de conceito indeterminado de valor ou comporta multiplicidade de alternativas. O domínio da discricionariedade administrativa vai perdendo sua tradicional exclusividade.

Ora, no direito brasileiro, o compromisso de ajustamento de conduta é figura inerente à gestão concertada. Dele resulta título executivo extrajudicial, com cominações, pelo qual o responsável por danos a quaisquer interesses difusos e coletivos assume o ajustamento de sua conduta às exigências legais, solucionando extrajudicialmente o conflito⁶⁷.

64. Também denominada participação por negociação ou concertação, o instituto da *concertation* designa a tentativa de acordo ou negociação entre os interessados e a Administração Pública em relação à medida que a esta cabe tomar (PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. São Paulo: Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 110).

65. LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1997. p. 233.

66. DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 112-113.

67. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 88-92.

REFERÊNCIAS

- AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016.
- DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.
- FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FERREIRA, Sérgio D'Andrea. Revisitando a noção de poder público a partir da teoria geral do direito. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1 (arts. 1º a 317).
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1997.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. Arbitragem e administração pública. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (Coord.). *Arbitragem e administração pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NOHARA, Irene Patricia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como normas conformadoras e limitadoras da administração pública. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.
- PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. São Paulo: Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Revista Justitia*, n. 161/40, jan.-mar. 1993.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1997.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação?, de Kaline Ferreira – RT 982/323-333 (DTR\2017\2989);
- A autocomposição entre entes públicos na lei de mediação: uma visão sobre a constitucionalidade e seus reflexos sobre a responsabilidade fiscal, de Carlos Angelo Cibin Laurenti e Verônica Rodrigues de Miranda – RT 979/105-125 (DTR\2017\1048);
- Mediação privada: aspectos relevantes da Lei 13.140/2015, de Najla Lopes Cintra – RT 967/68-85 (DTR\2016\4675);
- Movimento conciliatório e a câmara de conciliação e arbitragem da administração federal (CCAF): breves considerações, de José Antônio Dias Toffoli – RARb 50/229-240 (DTR\2016\23870); e
- Novos horizontes para a mediação, de Arnaldo Wald e Roberto Giannetti da Fonseca – RARb 57/345-353 (DTR\2018\14498).

