

Organizadores:

Caio Morau

Carlos E. Elias de Oliveira



PROCESSO LEGISLATIVO

Teoria e Prática

Prefácio:

Nelson Jobim

2022

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 2

.....

TRIBUNAL DE CONTAS: PROCEDIMENTOS ATUAIS E INTERFACES COM O PODER LEGISLATIVO. SOBRE A CRIAÇÃO, *LEGE FERENDA*, DE UM CENTRO DE MEDIAÇÃO NO TCU¹

BRUNO DANTAS^{2,3}

CAIO VICTOR RIBEIRO DOS SANTOS⁴

Sumário • Introdução – 1. Da atividade imperativa unilateral à cultura do diálogo: a metamorfose administrativa impulsionada pelo desenvolvimento da governança pública – 2. Fundamentos teóricos do consensualismo e a inserção da mediação na Administração Pública: promovendo eficiência e pluralismo administrativo – 3. Transação no Poder Público vs. Indisponibilidade do interesse público – 4. Sobre a implementação da mediação no Tribunal de Contas da União: *fast-track* para a homologação de reequilíbrios em contratos de infraestrutura: 4.1. Desenho procedimental para a mediação no Tribunal de Contas da União – Conclusão – Referências bibliográficas.

¹ Uma versão anterior deste artigo foi publicada em setembro de 2020 no v. 22, n. 127 da Revista Jurídica da Presidência (DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2013v15e105-6>).

² Ministro do TCU. Pós-Doutor (UERJ), Doutor e Mestre (PUC-SP) em Direito. Visiting Researcher Fellow na Benjamin N. Cardozo School of Law (Nova York, EUA), no Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law (Luxemburgo) e na Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado da UERJ, do Doutorado da FGV Direito-Rio e do Mestrado em Direito da UNINOVE.

³ O autor Bruno Dantas expressa seu agradecimento à gentil acolhida recebida do *Institut de Recherche Juridique* da Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne, em especial ao professor Loic Cadiet, que o recebeu pessoalmente na Universidade no período em que realizava as pesquisas que deram origem a este trabalho.

⁴ Assessor de Ministro do TCU. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Pesquisador do grupo Processo Civil à luz da Constituição Federal e Aditus Iure (IDP).

INTRODUÇÃO

Colhendo as lições que as transformações do direito no fim do século passado deixavam aos juristas dos mais diversos cantos do mundo, Roger Perrot, ao diagnosticar a situação vivenciada pelos franceses, anotava: “Neste fim de século XX, o jurisdicionado aspira a uma Justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações cotidianas, aquela que numa palavra se denomina ‘Justiça de Proximidade.’”⁵

Realmente, desde o fim do século passado, não só o Brasil, mas o sistema jurisdicional de inúmeros países embarcou em um movimento de redimensionamento de sua estrutura de resolução de conflitos que vem, com cada vez mais força, priorizando uma filosofia de desapego à rigidez procedimental e de rompimento com a verticalidade que há muito caracterizou a relação entre Estado-juiz e jurisdicionado.⁶

Os ventos da *justiça da proximidade* foram tão férteis que não se detiveram apenas sobre a estrutura judiciária e alcançaram também a Administração Pública, abalando dogmas que, por séculos, sua teoria geral manteve incólume.

É certo, como anota Jaques Chevallier, que o êxito do direito administrativo, a continuidade de suas teorias centrais, e inclusive a supremacia de que gozou por muito tempo em relação a outros ramos do direito, se deve à estabilidade de seu tecido conceitual, elaborado com notável coesão e coerência pelo coro de duas vozes – doutrina francesa e Conselho de Estado –, o que acabou fazendo dele um núcleo duro e quase inabalável do direito público capaz de opor resistência às históricas intempéries políticas e econômicas que costumam dismantelar as leis.⁷

No entanto, os dilemas próprios do século XXI também têm sua força, e foram capazes de provocar a revisão de alguns aspectos desse

⁵ PERROT, Roger. “O processo civil francês na véspera do século XXI.” Trad. J.C. Barbosa Moreira. Revista forense, v. 94, n. 342, p. 161-168, abr./jun. 1998, p. 161-162.

⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <doi:10.11606/T.2.2007.tde-06082008-152939>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁷ CHEVALLIER, Jacques. **Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel**. CURAPP. Le droit administratif en mutation, Presses universitaires de France, 1993, p. 17. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01763594>. Acesso em: 30 abr. 2020.

núcleo conceitual, permitindo o florescer de novas fórmulas e ideias. Uma delas é a transação no Poder Público, que atinge antigas certezas acerca da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Neste trabalho o que se busca é demonstrar o aporte teórico necessário para a implementação de um centro de mediação no Tribunal de Contas da União. Para tanto, servimo-nos de pesquisa bibliográfica e documental, tanto nacional quanto estrangeira, realizando, sobretudo, um cotejo entre a doutrina francesa e a brasileira acerca do tema.

A fim de cumprir a tarefa a que nos propomos, dividimos o trabalho em quatro etapas: uma primeira, destinada a abordar a origem e as razões que levaram ao desenvolvimento, na França, das ideias responsáveis pelo rompimento com a verticalidade característica do direito administrativo clássico; uma segunda, onde passamos a demonstrar como esse fenômeno foi recepcionado no Brasil e a sua importância para a realização da eficiência e do pluralismo administrativo; uma terceira, onde são feitas reflexões acerca da compatibilidade do consensualismo com o princípio da indisponibilidade do interesse público e; por fim, uma quarta, que se destina a demonstrar a utilidade e importância de se implementar um centro de mediação no Tribunal de Contas da União, oportunidade em que é sugerido, na forma de uma proposta de lei, o procedimento que poderia ser adotado para a condução das transações.

1. DA ATIVIDADE IMPERATIVA UNILATERAL À CULTURA DO DIÁLOGO: A METAMORFOSE ADMINISTRATIVA IMPULSIONADA PELO DESENVOLVIMENTO DA GOVERNANÇA PÚBLICA

O final do século passado foi responsável por demarcar o início de uma grande mudança na arquitetura do Estado contemporâneo. Nesse contexto de transformação, credita-se certa proeminência à França pelo desenvolvimento das bases do modelo de Administração que passou a ser adotado em inúmeros países.⁸ E isso com muita razão: foi ali que

⁸ A administração da Justiça, é importante destacar, foi tanto influenciada pela ideologia gerencial (*gouvernance*) que emergiu na França na segunda metade do século passado, e amplamente difundida pela doutrina administrativa, (CADIET, Loic. **Case management judiciaire et déformalisation de la procédure. Revue Française D'Administration Publique.** n.º 125, 2008/1, p. 133-150. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-francaise->

uma das mais importantes ideias de gestão do setor privado teria sido aperfeiçoada e adaptada à Administração Pública: a Governança Pública (*Gouvernance publique*).

A ideia de governança, que vinha sendo trabalhada na Escola de Chicago por estudiosos como Ronald Coase, encontrou na França terreno fértil. Isso se deve ao fato de que a estrutura administrativa daquele país, na segunda metade do século passado, já conhecia os problemas da burocracia pública que o Brasil iria criticar fortemente na virada do século.

A inefetividade era um problema que precisava ser combatido, e embora houvesse certo ceticismo por parte dos legalistas na superação dessa crise pelo uso de ferramentas da análise econômica, uma série de estudos favoreceu o movimento.

Em uma mesma solução foram colocadas teorias das ciências econômicas e da gestão pública, e aplicadas ao contexto jurídico francês, no que Chevallier chamou de “encontro da crítica gerencial com os desafios liberais no direito administrativo”.⁹ Direito e gestão, diz Caillosse, começam a trabalhar em interação em favor da mesma causa.¹⁰

-d-administration-publique-2008-1-page-133.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020), como pelos notáveis trabalhos da Comissão Florença, capitaneada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, esses bastante difundidos no Brasil pela doutrina processual (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988).

⁹ A crítica gerencial parte da premissa de que haveria uma contradição entre o direito administrativo e o princípio da eficiência, visto que o direito administrativo constituiria uma “estrutura rígida, uma camisa de força real, que é um obstáculo à ação, um obstáculo à mudança”, não havendo que se falar em eficiência sem que houvesse um afrouxamento das restrições que esse direito impunha. Sobre esse ponto, arremata Chevallier: “A extensão gradual à Administração de uma racionalidade do tipo gerencial, onde a eficiência tem precedência sobre todas as outras considerações, leva ao questionamento da racionalidade jurídica sobre a qual aquela foi construída: a gestão pressupõe uma ruptura radical com os pressupostos que fundaram o modelo clássico de Administração”. O protesto neoliberal, por sua vez, se resigna contra o fato de que o direito administrativo seja, em essência, “um direito de desigualdade e privilégio: marcado irreversivelmente com o selo da unilateralidade, seria o instrumento para a administração da sociedade pelo Estado; esse modelo estatal de regulação social, a herança de uma “cultura política ultrapassada”, seria obsoleta” (Tradução nossa). CHEVALLIER, Op. Cit. p. 30.

¹⁰ CAILLOSSE, Jacques. **Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'Etat**. Revue française d'administration publique., (no 105-106), 2003/1, p. 123. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2003-1-page-121.htm#re23no23>>. Acesso em: 28 abr.. 2020.

A partir dali, a ideia de governança pública se torna um poderoso mecanismo de reforma. Levando na frente o estandarte da modernidade e da eficiência, inspira a crença na necessidade de se promover, em todos os níveis e em organizações sociais de todos os tipos, novos métodos de tomada de decisão e de ação. Confluíam para esse novo olhar outras fórmulas que mostravam êxito na experiência internacional: a Governança Corporativa (*Corporate Governance*), de onde se extraíam princípios modernos de interação entre acionistas e diretores; a Boa Administração (*Good Governance*), pela qual se introduziam diretivas de reforma propostas pelas instituições financeiras internacionais para os países em desenvolvimento; e a Governança Global (*Global Governance*), que definia novos modos de regulação e integração com a sociedade internacional.¹¹

Apesar da diversidade, todas essas iniciativas são conjugadas entre si, traduzindo, como anota Chevallier, uma verdadeira ideologia gerencial que se pautou, entre outras, nas seguintes diretrizes: resolução de conflitos e erradicação de antagonismos irreduzíveis; rompimento com a lógica do poder, pois as escolhas coletivas passam a não ser mais uma questão só de política, mas de técnica; mitigação da supremacia unilateral do Estado, que seria apenas mais um ator entre tantos outros envolvidos e capazes de tomar parte nas soluções, e a possibilidade de acordar certas regras do jogo.¹²

Com efeito, a perspectiva gerencial da governança pública propõe um afastamento da noção hobbesiana e tradicional de Estado¹³, cuja concepção de poder se vê marcada pelo selo da assimetria, desigualdade e unilateralidade. O próprio termo “governança”, ao invés de “governo” ou “política”, foi empregado pelos franceses para que não se lhe fossem atribuídas as conotações negativas que há muito se associa aos últimos.¹⁴

As técnicas de gestão caracterizadas pela imposição unilateral da dominação, e agasalhadas sob a vagueza do “interesse público”, já não

¹¹ CHEVALLIER, Jacques. **La gouvernance, un nouveau paradigme étatique**. Revue française d'administration publique., (no105-106), 2003/1., p. 203-217. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2003-1-page-203.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

¹² CHEVALLIER, **La gouvernance.**, p. 206.

¹³ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 713.

¹⁴ CHEVALLIER, **La gouvernance.**, p. 204.

correspondiam mais à forma como as sociedades contemporâneas mantêm o seu equilíbrio. Com a globalização, o mundo assiste à descentralização e à fragmentação do poder, naquilo que Manuel Castells sintetiza sob a “lógica difusa da sociedade em rede”¹⁵, e reformar a estrutura administrativa estatal sem pretender modificar a ideologia subjacente, sem compatibilizar o exercício do poder à sua própria realidade difusa de hoje, seria desrespeitar a clássica lição weberiana acerca da legitimação do poder: para que este se transforme em autoridade é indispensável contar com a adesão daqueles sobre os quais recairá.¹⁶

Rompendo com esses paradigmas, que por todos os lados eram atingidos e percebidos obsoletos, a governança pública endereça duas importantes inflexões.

Por um lado, toma-se consciência de que o Estado não atua mais isoladamente na sociedade. O Estado não é o único a bordo, tampouco o único capaz de propor as melhores soluções. Não governa sozinho e não deve prestigiar seu interesse institucional em detrimento do interesse da população. Múltiplos são os atores envolvidos nos processos de tomada de decisão. Nessa conjuntura, a governança implica em um deslocamento das linhas divisórias que separavam o direito público do privado, e também entre as diferentes esferas de atuação (internacional, regional, nacional e local). Caem os muros legais por trás dos quais a administração tradicional poderia afirmar suas diferenças.¹⁷

Por outro lado, dessa nova lógica gerencial decorre que as soluções consensuais serão sistematicamente preferidas às fórmulas unilaterais: as escolhas devem ser resultado de negociações e compromissos, levando em séria consideração os pontos de vistas das partes envolvidas.

¹⁵ CASTELLS, Manuel. **A era da informação: fim de milênio**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 427.

¹⁶ WEBER, Max. **Sociologia**. Coleção grandes cientistas sociais, n. 13. São Paulo: Ática, 1979. p. 128-141.

¹⁷ CAILLOSSE, Op. cit. 127: “Mais c’est surtout à l’intérieur même de ces dernières que la modernisation produit ses effets les plus visibles, en déplaçant les lignes du partage entre le droit privé et le droit public. S’employant à repenser l’action publique du point de vue de l’économie de marché où elle s’inscrit, elle l’incite ou, le cas échéant, l’oblige à emprunter les voies du droit commun. C’est ainsi que les vieilles barrières juridiques à l’abri desquelles l’administration classique avait pu affirmer ses différences et se soustraire à l’application du droit de la concurrence sont en train de craquer les unes après les autres.”

O Estado aceita discutir em pé de igualdade com os demais atores no âmbito das decisões coletivas. Como assevera Jacques Caillosse, a “*ação contratual*” se torna uma das mais marcantes características dessa modernização institucional, constituindo-se como um verdadeiro princípio de regulamentação administrativa.¹⁸

A governança pública é, portanto, uma abordagem plural e interativa de ação coletiva. Significa, em síntese, que nenhum ator pode controlar sozinho os processos de tomada de decisão, nem mesmo o Estado. Tendo em vista a complexidade dos problemas e a existência de múltiplos poderes, múltiplos atores, trata-se de coordenar sua ação e obter sua cooperação, reduzindo a unilateralidade para estimular a cultura do diálogo.¹⁹

Como destaca Chevallier, a promoção de técnicas de governança pode realmente ser considerada ou como um sinal de um declínio irreversível na própria forma do Estado ou como marco de um ajuste nos modos de ação para um novo contexto social.²⁰

Deveras, o desafio atual não é tanto o de justificar um modelo de Estado cooperativo e horizontal, mas de criá-lo. Não se trata mais de uma questão filosófica, da qual por considerável tempo, e com razão, se ocuparam os franceses, mas de uma questão de efetivação.

É nesse cenário que se encontra o Brasil, cuja gestão administrativa vem abraçando o consensualismo, mais ciosa que está do equilíbrio necessário entre interesses dos particulares e o interesse da coisa pública como forma de boa governança.

¹⁸ CAILLOSSE, Op. Cit. p. 127.

¹⁹ Philip Schmitter, citado por Jacques Chevallier, fornece um conceito preciso (tradução livre): “Governança é um método ou mecanismo para regular uma ampla gama de problemas ou conflitos, pelos quais os atores chegam regularmente a decisões mutuamente satisfatórias ou vinculativas, por meio de negociação e cooperação”, sendo caracterizada por “formas horizontais de interação entre atores que têm interesses contraditórios, mas que são suficientemente independentes um do outro que nenhum deles pode impor uma solução por si só, sendo suficientemente interdependente para que ‘todos eles percam se nenhuma solução for encontrada’” (SCHITTER, *Réflexions liminaires à propos du concept de gouvernance. La démocratie dans tous ses états., 2000, p. 5, apud CHEVALLIER, Op. Cit. 207).*

²⁰ Ibid., p. 207.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO CONSENSUALISMO E A INSERÇÃO DA MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PROMOVENDO EFICIÊNCIA E PLURALISMO ADMINISTRATIVO

Dentro de um conjunto de mutações mais amplas e diversas que afetam as formas tradicionais do exercício de autoridade nas organizações do mundo atual, sobre as quais há farta literatura científica de inúmeros ramos da epistemologia, a ideia de governança pública foi responsável direta por parte considerável das sementes que levaram ao florescimento, no Brasil, da filosofia do consensualismo na Administração Pública.

A *Administração Pública Consensual* é resultado desse movimento de modernização da gestão administrativa que rompe com um esquema que se alicerçava na imperatividade unilateral dos atos administrativos para contemplar um modelo pautado no diálogo, negociação, cooperação e coordenação, que não deixa, por isso, de seguir a lógica da autoridade, mas passa a ser matizada, porém, pela lógica do consenso.²¹

Como o direito processual civil clássico, o direito administrativo foi forjado sob as bases do liberalismo que regia o modelo estatal do século XIX. Naturalmente, a noção de imperatividade do Estado (cuja abstenção na economia em nada diminuía o teor vertical de seu poder) conformou os principais institutos e categorias do direito administrativo, resultando daí o tradicional comportamento estatal manifestado por meio de atos administrativos cujos atributos compreendem uma noção de autoridade que prestigia a unilateralidade e a assimetria entre Administração e administrados.²²

É em sentido diametralmente oposto a esse modelo que surge o consensualismo, por sua vez designando o “emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais ou contratualizadas no campo das atividades

²¹ DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johansom. **Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina Brasil, 2018., p. 36.

²² OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A Administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 8, n. 32, 2008, p. 38.

perpetradas pelos órgãos e entidades públicas”²³. Imbuída de uma tônica semelhante àquela que vem sendo empregada no âmbito jurisdicional²⁴, a condução da ação pública por meio de técnicas consensuais deve ser visualizada não como mera solução alternativa, como se decorresse apenas de uma necessidade circunstancial imperiosa, mas como uma *solução preferencial*, que opera a administração da justiça sob a dupla dimensão de uma “boa administração”: a dimensão econômica, para a eficiência, e a dimensão social, para a equidade.²⁵

A boa administração da justiça, destaca Di Salvo, “não impõe um dever-ser que cede às pressões de resultados quantitativos, aliás, a boa administração da justiça concentra-se sobretudo nos meios de distribuição da justiça e na obtenção de resultado segundo um parâmetro de qualidade”. Isso se traduz na reprovação à garantia de eficiência a qualquer custo, à revelia da participação do administrado, quando se mostra razoável inseri-lo no processo decisório: a aspiração não é só por resultados quantitativos, mas também qualitativos. Há que se buscar uma efetiva inclusão, tanto porque se lhe exige a democracia administrativa²⁶, quanto porque, se o poder, de fato, acha-se difuso em redes, a participação colaborativa no processo decisório clareia o caminho para que o titular da palavra final possa optar pela melhor (e, portanto, mais eficiente) solução.

²³ Ibid. p. 219.

²⁴ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; LAGASTA NETO, C. (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Atlas, 2008.

²⁵ DI SALVO, Op. Cit. p. 38.

²⁶ O conceito de democracia administrativa está relacionado ao de pluralismo administrativo. Compreende a percepção de que a legitimação democrática do exercício do poder estatal não se conforma tão só pela qualidade das leis e pela subordinação da atuação administrativa a elas. É necessário que concorra, para essa legitimação, a inclusão participativa do administrado. Destaca Di Salvo que “a representatividade do administrado sobre a atuação administrativa é o que passa a dar nova tônica à democracia administrativa, que se vincula à democracia participativa”. Di SALVO, Op. Cit. p. 27. Ideia semelhante foi incorporada ao direito processual civil através do conceito de contraditório participativo, que, por sua vez, confere às partes maior representatividade no curso do processo civil, devendo ser consideradas de forma efetiva e incluídas no processo de construção da decisão judicial (vide CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Capítulo I: Das normas fundamentais do Processo Civil (arts. 1º a 15). In: ALVIM, Teresa Arruda... [et. al.] coord. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015., p. 58.

Por isso que a doutrina francesa vem aludindo à importância da contratualização da ação pública, que é uma decorrência direta da modernização institucional da Administração Pública. Oliveira e Schwanka, citando Jean-Pierre Gaudin, apontam que na França esse fenômeno, que se imbrica com a descentralização, possui um enfoque de dupla renovação: (i) formas de participação e consulta pública e (ii) formas de coordenação entre instituições e atores sociais que participam da ação pública.²⁷

Essa política de contratualização compreende uma série de procedimentos de ação pública que implicam em uma negociação explícita de objetivos, compromissos em projetos conjuntos e cooperação financeira dentro de um cronograma preciso entre atores públicos e privados, o que, em última análise, são menos obrigações legais do que compromissos políticos.²⁸ Daí por que a expressão governar por contratos (*gouverner par contrat*), no Brasil recebida pela ideia de *Administração Consensual*, por sua vez sinalizando a opção por uma forma de gestão administrativa que abdica da unilateralidade para valorizar o acordo, a negociação, a coordenação, a colaboração, a transação.

É nesse sentido a irretocável síntese feita por Odete Medauar:

“A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesse entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.”²⁹

²⁷ OLIVEIRA; SCHWANKA, Op. Cit. p. 37.

²⁸ GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. Paris: Presses de Sciences Politiques. 2007, p. 20.

²⁹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

Toda essa conjuntura é que viabiliza a mediação como método de resolução de controvérsias na Administração Pública. Resultado da propagação do ideal democrático para além das fronteiras do campo político, a mediação tem por principal função compor conflitos e concertar interesses estatais e privados, incluindo o administrado no processo de *densificação do interesse público*, que não é monopólio estatal. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração. Já faz algum tempo, assevera Dallari, que “o particular está deixando de ser considerado um adversário da Administração Pública, para transformar-se em agente de realização de interesses públicos”³⁰.

A mediação é, portanto, ferramenta adequada para concretizar a eficiência administrativa, seja porque cria uma via menos onerosa, mais célere e mais versátil para a composição do conflito ou para a administração dos interesses, seja porque concorre para a legitimação do processo decisório mediante a promoção do pluralismo administrativo, revelando-se, assim, imprescindível para dar concretude ao consensualismo.

Antes, porém, de discorrer sobre a implementação da mediação no TCU, convém tecer considerações sobre a compatibilidade da transação com a Administração Pública.

3. TRANSAÇÃO NO PODER PÚBLICO VS. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Ao escrever sobre os desafios da modernização da gestão pública na França após a década de 1960, Jacques Chevallier anotou que o principal obstáculo à implementação de um modelo eficiente naquele país consistia no próprio direito administrativo, que constituía uma “estrutura rígida, uma camisa de força real, que é um obstáculo à ação, um obstáculo à mudança”. Isso se devia à própria base dogmática do direito administrativo, que aliava a imperatividade e a indisponibilidade como marcas indeléveis da atuação do Estado. Daí por que arremata o professor: “a

³⁰ DALLARI, Adilson de Abreu. **Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular**. Revista Interesse Público, n. 13, 2002., p. 16.

gestão pressupõe uma ruptura radical com os pressupostos que fundaram o modelo clássico de Administração.³¹

De fato, embora há quase duas décadas já se escreva sobre o tema no Brasil, só mais recentemente é que se nota um engajamento mais frutífero pela Administração na implementação de técnicas consensuais. Isso porque, entre outros fatores, pelo menos em um primeiro momento, uma parcela mais cética de estudiosos resistiu apontando que a transação seria incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, não estando o gestor autorizado a dispor acerca de um interesse que não lhe pertenceria.

Isso é uma meia-verdade. De fato, tem razão a crítica quanto à impossibilidade de o gestor, em seu próprio interesse, vir a dispor sobre o interesse público. Ôbice também não há quanto à transação pelo poder público quando o interesse nela corresponde ao interesse institucional da Administração positivado em lei (v.g., acordo em sede judicial firmado pela Procuradoria de um Município).³² Situação diversa, porém, é a da transação quando inexistente essa autorização legal. Poderia, nesse caso, o gestor transigir?

Não assiste razão à resposta negativa geral a essa questão, uma vez que, ao invocar o princípio da indisponibilidade do interesse público

³¹ “Plus le genre, la continuité du droit administratif se manifeste par la stabilisation de son cadre conceptue: forgées de manière progressive, par le choeur à deux voix de la jurisprudence et de la doctrine, les grandes notions sur il il reste se smal amalgamées les un autos aux, en formant un tissu conceptuel remarquablement cohé-rent et homogène; et ce tissu a résisté aux transformations pourtant trois partisans qui ont affecté la place de l’administration dans la société. Tous ces traits expliquent que la suprématie du droit administratif sur le droit constitutionnel n’ait pas été réellement contestée”. In: CHEVALLIER, Op. Cit., p. 17.

³² Nesse sentido, escreve Talamini: “A verdadeira questão reside em identificar quando há interesse público no caso concreto – ou até, muitas vezes: *‘de que lado está’ o interesse público. O interesse público não coincide necessariamente com as posições concretas defendidas por aqueles que ocupam os cargos públicos. A noção de interesse público não pode ser utilizada como um escudo, um pretexto para a Administração não cumprir os valores fundamentais do ordenamento. Deve-se combater essa invocação vazia, meramente retórica, do ‘interesse público’ – tão mais perniciosa porque sempre se quer fazer acompanhar dos atributos da ‘supremacia’ e ‘indisponibilidade’, ínsitos ao verdadeiro interesse público’.* (grifos nossos) In: TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria)**. Revista de Processo, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017.

como óbice à transação, o intérprete faz uma leitura desatualizada e assistemática do conjunto de normas que regem, atualmente, o direito administrativo: desconsidera que o interesse público é bem mais amplo que o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública, bem como que o princípio da eficiência pode admitir a transação em preferência à solução unilateral.

A perquirição do conteúdo do interesse público nos leva à clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Melo, formulada a partir das lições colhidas na obra de Alessi³³, que o divide em interesse público primário e secundário, identificando-se o primeiro com o interesse social, o interesse da sociedade ou da comunidade, e o último com o interesse tão só do aparelho estatal como uma entidade personalizada.

O interesse público a ser confrontado pela hipótese não pode ignorar a dupla acepção de sua natureza. Sendo assim, a indisponibilidade do interesse público não pode vedar a renúncia a determinadas posições jurídicas, nem o reconhecimento de direitos legítimos ou trocas bilaterais entre Administração e administrado quando estas se revelarem desejáveis ao interesse público primário. A sociedade tem interesse legítimo no atendimento a suas demandas com a celeridade, economia e qualidade que, em alguns casos, podem ser atingidas por meio de acordos. Transigir, em muitas hipóteses, não significa abrir mão do interesse público, mas atingi-lo de forma mais expedita.³⁴

Sob a perspectiva da eficiência, a consensualidade é, também, em diversas situações, preferível. A Administração Pública tem um caráter instrumental, e desde a virada do século o ideal administrativo a que se aspira é o desapego ao formalismo estéril para a adoção de um modelo que olha menos para o procedimento e mais para os resultados. É preciso, nas precisas lições de Adilson Dallari, “superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência.”³⁵

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A noção jurídica de “interesse público”**. In: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁴ DALLARI, Op. Cit. p. 24.

³⁵ *Ibid.*, p. 23.