UNIVERSIDADE TECNOLÓGICA FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MICHELLE DOS SANTOS GONSALES

ANÁLISE DA PRÁTICA DA COMPOSIÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DA UTFPR

DISSERTAÇÃO

CURITIBA
2018

MICHELLE DOS SANTOS GONSALES

ANÁLISE DA PRÁTICA DA COMPOSIÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DA UTFPR

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Administração Pública, do Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional - PROFIAP da Universidade Tecnológica Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Dario Eduardo Amaral Dergint.

CURITIBA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca UTFPR - Câmpus Londrina

G639a Gonsales, Michelle dos Santos
Análise da prática da composição consensual de conflitos no âmbito dos contratos da UTFPR / Michelle dos Santos Gonsales. – Curitiba: [s.n.], 2018.
94 f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Dario Eduardo Amaral Dergint
Dissertação (Mestrado) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Administração Pública em Rede Nacional – PROFIAP. Curitiba, 2018.
Bibliografia: f. 91-94

1. Administração Pública. 2. Contratos - Administração de Conflitos. 3. Contratos Administrativos. 4. Direito Administrativo. I. Dergint, Dario Eduardo Amaral, orient. II. Universidade Tecnológica Federal do Paraná. III. Programa de Pós-Graduação em Administração Pública em Rede Nacional – PROFIAP. IV. Título.

CDD: 351

Ficha catalográfica elaborada por Simone Cristina Menolli – CRB 9/1500

TERMO DE APROVAÇÃO DE DISSERTAÇÃO Nº 007

A Dissertação de Mestrado intitulada:

Análise da Prática da Composição Consensual de Conflitos no Âmbito dos Contratos da UTFPR

defendida em sessão pública pelo candidato:

Nome do Candidato:	**MICHELLE DOS SANTOS GONSALES**
Instituição / Campus:	Universidade Tecnológica Federal do Paraná - Campus

no dia 27 de setembro de 2018, foi julgada para a obtenção do título de Mestre em Administração Pública, eixo de pesquisa em Transformação e Inovação Organizacional.

Banca Examinadora:

Componentes da Banca (Nomes)			Instituição / Campus
Prof. Dr.	Dario Eduardo Amaral Dergint	Presidente	UTFPR - Curitiba
Prof(a). Dr(a).	Rosângela de Fátima Stankowitz	Membro 1	UTFPR - Curitiba
Prof(a). Dr(a).	Vivian Amaro Czelusniak	Membro 2	UniCuritiba

A via original deste documento encontra-se arquivada na Secretaria do Programa, contendo a assinatura da Coordenação após a entrega da versão corrigida do trabalho.

Curitiba, _____ de _____ de 2018.

Profª. Rosângela de Fátima Stankowitz, Drª.
Nome do Coordenador do PROFIAP-UTFPR

Assinatura e Carimbo

Dedico este trabalho ao meu querido filho,
Gabriel, que me encoraja a prosseguir.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a Deus que me capacitou para que eu concluísse mais uma etapa. Aos meus pais pelo cuidado, detalhes tão preciosos no meu dia-a-dia. Ao meu filho que arrasa no companheirismo, amo-te mais que tudo! Ao meu namorado Caio pela paciência e pela companhia que tanto me faz bem. Ao meu orientador Dario pelo empenho dedicado a este trabalho, pelas ideias e sugestões, mas também pelas conversas e divagações. Aprendi muito nessa trajetória com você, e juntos formamos uma boa dupla! À minha coorientadora Rosângela que sempre foi muito prestativa e fundamental para a conclusão deste trabalho. Aos meus amigos. Ah! Esses eu não consigo listar sem correr o risco de ser injusta. Mas terei que fazê-lo sob pena de reclamações. Obrigada Luana, Amanda, Camila, Luciene e Thaty pelas mensagens, conversas, jantares, vocês não imaginam como deixaram minha caminhada mais leve. Ao grupo mais animado da UTFPR: Bebidas e Comidas. Os melhores eventos gastronômicos a gente vê por aqui. Aos queridos (im)pertinentes, em especial ao Renê, aprendo muito com vocês. Aos meus colegas de mestrado, em especial à Sandy, ao Fernando e ao Fábio, que sempre foram tão prestativos. Enfim, sou grata a cada um que ouviu as minhas reclamações, ajudou nas minhas reflexões, mas que também comemorou cada etapa comigo. Um brinde!

- É pecado sonhar?
- Não, Capitu. Nunca foi.
- Então por que essa divindade nos dá golpes tão fortes de realidade e parte nossos sonhos?
- Divindade não destrói sonhos, Capitu. Somos nós que ficamos esperando, ao invés de fazer acontecer.

(Dom Casmurro)

RESUMO

GONSALES, Michelle dos Santos. **Análise da prática da composição consensual de conflitos no âmbito dos contratos da UTFPR.** 2018. 101 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) - Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional – PROFIAP, Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

Posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 e às Reformas realizadas na Administração Pública a partir da década de 90, buscou-se a superação de métodos burocráticos de atuação por práticas mais eficientes, valendo-se da transposição de institutos do Direito Privado para o âmbito do Direito Público. Diante dos novos paradigmas do Direito Administrativo – a constitucionalização, a contratualização e a abertura à consensualidade -, a Administração Pública passa a buscar uma atuação em conformidade com esses novos paradigmas. Assim, a questão que precisa ser verificada é em que medida a abertura à consensualidade pode contribuir para a resolução de conflitos contratuais dos entes da Administração Pública? Dessa maneira, este trabalho tem como objetivo propor um conjunto de ações baseado na prática da composição consensual de conflitos contratuais em uma Instituição Pública de Ensino Superior. Para tanto, foi feito um levantamento bibliográfico sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, a contratualização na Administração Pública e a consensualidade na resolução de conflitos contratuais da Administração Pública, assim como, aplicou-se um questionário nos setores administrativos responsáveis pelos contratos da Instituição. Trata-se de uma pesquisa de campo que investiga a realidade das relações contratuais na Universidade Tecnológica Federal do Paraná - UTFPR. Como resultado principal, verificou-se que existe a viabilidade legal de compor consensualmente os conflitos contratuais na UTFPR por meio da autocomposição, como alternativa à penalização dos contratados e a judicialização dos contratos, com vistas a gerir de forma mais eficiente a coisa pública. Para isso, propõe-se um conjunto de ações, tais como, capacitação dos servidores por meio de cursos, treinamentos e o intercâmbio entre os câmpus da UTFPR e outras Instituições Públicas, para possibilitar a implementação da consensualidade de maneira homogênea e colaborativa em toda a Instituição.

Palavras-chave: Constitucionalização. Contratualização. Institutos Consensuais. Composição consensual de conflitos.

ABSTRACT

GONSALES, Michelle dos Santos. **Practical analysis of consensual composition of conflicts concerning contracts of UTFPR.** 2018. 101 p. Dissertation (Professional Master Degree in Public Administration) Professional Master's Program in Public Administration in National Network - PROFIAP - Federal University of Technology - Paraná. Curitiba, 2018.

Posterior to the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and to the reforms performed in the Public Administration as from the 1990s, we have sought an overcoming of bureaucratic methods, aiming at a more efficient practice, transposing institutes of Private Law to the scope of Public law. Facing the new paradigms of Administrative Law – the constitutionalisation, the contracting process and openness to consensuality -, the public administration starts seeking an operation in accordance to these new paradigms. Given that, the question to be verified is at which extent the openness to consensuality can contribute to the resolution of contractual conflicts of the Public Administration. Thus, this paper aims at proposing a set of actions based on the practice of consensual composition of contractual conflicts in a public higher education institution. Therefore, a literature review was made to verify the constitutionalisation of administrative law, the contracting process of public administration and the consensuality in the resolution of contractual conflicts of public administration, as well as a questionnaire in the administrative sectors responsible for the institution's contracts. It is a field research which investigates the reality of contractual relations in the Federal University of Technology of Paraná – UTFPR. As a main result, it was possible to verify that there is legal viability to consensually compose the contractual conflicts at UTFPR through auto-composition, as an alternative to penalization of contracted parties and judicialization of contracts, in view of managing public affairs more efficiently. For this, a set of actions is proposed, aiming at the capacitation of civil servants through training courses and exchange among campuses of UTFPR and other public institutions, which can make possible for this practice to be implemented homogeneously and collaboratively through the whole institution.

Keywords: Constitutionalisation. Contracting Process. Consensual Institutes. Consensual Composition of Conflicts.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Justificativas das questões do questionário 65
Quadro 2 – Dificuldades em contratos de obras e engenharia 69
Quadro 3 – Dificuldades em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva 70
Quadro 4 – Dificuldades em contratos de serviços continuados sem dedicação exclusiva 71
Quadro 5 – Dificuldades em contratos de compras de bens permanentes..... 72
Quadro 6 – Dificuldades em contratos de concessão 73

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Procedimentos adotados em contratos de obras e engenharia 70

Gráfico 2 – Procedimentos adotados em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva 71

Gráfico 3 – Procedimentos adotados em contratos de serviços continuados sem dedicação exclusiva 72

Gráfico 4 – Procedimentos adotados em contratos de compras de bens permanentes 73

Gráfico 5 – Procedimentos adotados em contratos de concessão 74

Gráfico 6 – Procedimentos adotados em outros contratos 74

Gráfico 7 – Métodos de Composição Consensual conhecidos pelos pesquisados 76

Gráfico 8 – Como o pesquisado tomou conhecimento da Arbitragem 76

Gráfico 9 – Como o pesquisado tomou conhecimento da Conciliação 77

Gráfico 10 – Como o pesquisado tomou conta da Mediação 77

Gráfico 11 – Métodos aplicados na UTFPR 78

Gráfico 12 – Características relevantes na aplicação de métodos de composição consensual de conflitos 79

LISTA DE ABREVIATURAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC	Código de Processo Civil
MC	Medida Cautelar
MS	Mandado de Segurança

LISTA DE SIGLAS

DF	Distrito Federal
DIRPLAD	Diretoria de Planejamento e Administração
MG	Minas Gerais
RS	Rio Grande do Sul
UTFPR	Universidade Tecnológica Federal do Paraná
UTFPR-AP	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Apucarana
UTFPR-CM	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Campo Mourão
UTFPR-CP	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Cornélio Procópio
UTFPR-CT	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Curitiba
UTFPR-DV	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Dois Vizinhos
UTFPR-FB	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Francisco Beltrão
UTFPR-GP	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Guarapuava
UTFPR-LD	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Londrina
UTFPR-MD	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Medianeira
UTFPR-PB	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Pato Branco
UTFPR-PG	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Ponta Grossa
UTFPR-SH	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Santa Helena
UTFPR-TD	Universidade Tecnológica Federal do Paraná – Câmpus Toledo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 14

1.1 DELIMITAÇÃO E MOTIVAÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA 14

1.2 OBJETIVOS 15

1.3 JUSTIFICATIVA DO TRABALHO 16

1.4 METODOLOGIA 16

1.5 ESTRUTURA DO TRABALHO 17

2 REFERENCIAL TEÓRICO 19

2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO 21

2.1.1 Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público *versus* Interesse Privado 22

2.1.2 Aspectos Contemporâneos do Direito Público e do Direito Privado 25

2.2 CONTRATUALIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 27

2.2.1 Contratos 27

2.2.2 Contratos da Administração e Contratos Administrativos 29

2.2.3 Cláusulas Exorbitantes e os Novos Paradigmas 31

2.3 CONSENSUALIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 37

2.3.1 Direito Privado Administrativo: Abertura à Consensualidade 37

2.3.2 Aspectos Principiológicos e Jurídicos da Confiança nas Relações Contratuais da Administração Pública Diante da Consensualidade 41

2.3.3 Institutos de Consensualidade Aplicáveis aos Contratos Públicos 49

2.3.4 Benefícios da Composição Consensual de Conflitos para a Administração Pública 54

2.3.5 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal 56

2.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O REFERENCIAL TEÓRICO 57

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS 60

3.1 CLASSIFICAÇÃO DA PESQUISA 60

3.2 UNIVERSO DA PESQUISA 61

3.3 MÉTODOS EMPREGADOS 61

3.4 COLETA DOS DADOS: QUESTIONÁRIO 63

3.5 TRATAMENTO E INTERPRETAÇÃO DOS DADOS 67

3.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A METODOLOGIA 68

4 RESULTADOS DA PESQUISA 69

5 PROPOSTA DE AÇÃO 83

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 87

REFERÊNCIAS 91

APÊNDICE A – QUESTIONÁRIO DA PESQUISA 95

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, introduz-se a temática apresentando sua contextualização, delimitando e motivando o problema, objeto de estudo. Após, expõem-se os objetivos, justifica-se a importância do trabalho proposto, seguindo-se da metodologia aplicada e, por fim, apresenta-se a estrutura do trabalho.

1.1 DELIMITAÇÃO E MOTIVAÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA

Posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 e às Reformas realizadas na Administração Pública a partir da década de 90, buscou-se a superação de métodos burocráticos de atuação por práticas mais eficientes, valendo-se da transposição de institutos do Direito Privado para o âmbito do Direito Público.

Fala-se, nesse novo contexto, no binômio publicização do Direito Privado *versus* privatização do Direito Público, em que a constitucionalização dos ramos do direito (não apenas o público, mas também o privado), a contratualização (o meio pelo qual a Administração Pública encontra para realizar suas atividades, ampliadas em razão do modelo do Estado Social) e a consensualidade (a busca por instrumentos que valorizem o diálogo entre a Administração e o particular) são as tendências que permeiam a prática administrativa contemporânea.

As Instituições Públicas de Ensino, que na maior parte dos casos são autarquias que integram a administração indireta do Estado, devem, portanto, atuar em conformidade com esses novos paradigmas do Direito Administrativo. Uma questão que se coloca é como a abertura à consensualidade do direito administrativo, que emprega instrumentos privatísticos nas relações jurídicas nas quais a Administração Pública faz parte, pode contribuir para a melhoria das práticas contratuais dessas Instituições.

Os contratos que as Instituições Públicas de Ensino pactuam com particulares podem apresentar problemas em sua execução, por vezes, pela natureza do objeto, outras vezes em razão da amplitude desses contratos que envolvem muitas fases de execução e altos valores empregados. Porém, os contratos de pequeno vulto também podem apresentar problemas em sua execução por motivos que fogem à alçada do administrador no ato da contratação. Assim, uma alternativa que se coloca é a aplicação de institutos privatísticos na resolução das dificuldades que surgem durante a execução desses contratos, de forma a melhorar as práticas administrativas contratuais.

Levando em consideração o contexto apresentado, o problema de pesquisa deste trabalho surgiu da seguinte pergunta: como a abertura à consensualidade do Direito Administrativo, com o emprego de instrumentos do Direito Privado, pode melhorar as práticas contratuais administrativas das Instituições Públicas de Ensino Superior?

Portanto, o presente trabalho procura trazer aplicações práticas à pesquisa realizada no âmbito do Direito Administrativo, que tem como objeto de estudo a Administração Pública.[1] Trata-se de um estudo pertinente à uma Instituição Pública de Ensino Superior e também as demais Instituições Públicas que busquem viabilizar a resolução consensual dos conflitos contratuais. Está em consonância com as discussões doutrinárias atuais sobre o Direito Administrativo brasileiro contemporâneo e as práticas administrativas baseadas na consensualidade, notadamente nos contratos públicos.

1.2 OBJETIVOS

A presente pesquisa tem como objetivo geral propor um conjunto de ações orientadas à prática de composição consensual dos conflitos contratuais de uma Instituição Pública de Ensino Superior.

Para responder ao objetivo geral foram traçados os seguintes objetivos específicos:

a) Apresentar os novos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo: a constitucionalização do direito administrativo, a contratualização na Administração Pública e a abertura à consensualidade;
b) Investigar as práticas administrativas de uma Instituição Pública de Ensino Superior em relação aos conflitos no âmbito das relações contratuais;
c) Verificar quais e como institutos de composição consensual de conflito podem beneficiar as práticas administrativas contratuais de uma Instituição Pública de Ensino Superior.

[1] A melhor doutrina entende ser a Administração Pública o objeto de estudo do direito administrativo, que visa a disciplinar a atividade administrativa pública. Por todos, Meirelles (2009, p. 39-41); Di Pietro (2013, p. 5); Justen Filho (2015, p. 101), entre outros.

1.3 JUSTIFICATIVA DO TRABALHO

O PROFIAP – Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública – é um programa de mestrado profissional com finalidade prática de contribuir com estudos pertinentes à melhoria dos processos inerentes ao cotidiano da Administração Pública.

A Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR) é parte integrante da Administração Pública indireta e realiza contratações para alcançar sua finalidade. Por vezes, surgem dificuldades na execução desses contratos que podem causar prejuízo à Administração. Em vista disso, torna-se imprescindível os estudos que tenham como objetivo as boas práticas contratuais em sua atuação. Nesse contexto, este trabalho contribui com a Instituição ao propor um conjunto de ações baseado na composição consensual dos conflitos contratuais para propiciar maior eficiência administrativa. Esta proposta pode ser adaptada e estendida a outras Instituições Públicas.

1.4 METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa aplicada, quanto à sua finalidade. Exploratória e prescritiva, quanto aos objetivos. Em relação à abordagem e ao tratamento, bem como à natureza dos dados, classifica-se como pesquisa qualitativa. Quanto aos procedimentos e ao método, pertence à classificação empírica-indutiva, uma vez que a coleta de dados ocorreu diretamente na unidade de pesquisa escolhida – UTFPR – para a partir disso propor um conjunto de ações que também possa ser aplicada em outras Instituições Públicas.

Foi feito um levantamento bibliográfico, com vistas a estudar o contexto do problema e a estruturar o instrumento elaborado para a coleta dos dados, que foi realizada por aplicação de questionário eletrônico, encaminhado por *e-mail* aos setores (DESEG – departamento de serviços gerais; DEMAP – departamento de materiais e patrimônio; e, DEPRO – departamento de projetos e obras) da Diretoria de Planejamento e Administração (DIRPLAD) responsáveis pelas contratações na Instituição.

As questões foram divididas em dois blocos: o primeiro bloco busca investigar as práticas contratuais da Instituição, notadamente quanto aos conflitos contratuais. O segundo bloco busca a percepção dos pesquisados quanto aos métodos de composição consensual de conflitos.

Após a coleta, tratamento, análise e interpretação dos dados, voltou-se ao referencial teórico para a verificação da viabilidade legal da proposta de aplicar ferramentas de composição consensual aos conflitos contratuais da UTFPR.

1.5 ESTRUTURA DO TRABALHO

As dissertações dedicam um capítulo à revisão bibliográfica, com o propósito de "fornecer fundamentação teórica ao trabalho, bem como a identificação do estágio atual do conhecimento referente ao tema" (GIL, 2010, p. 29-30). Assim, após o capítulo primeiro que apresenta a introdução da pesquisa, no capítulo dois faz-se uma revisão bibliográfica que expõe os novos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo. Aborda-se em sua primeira seção a constitucionalização desse ramo do direito, apresentando um rápido histórico de seu desenvolvimento e de sua institucionalização. Trata-se do interesse público e os princípios que o permeiam, notadamente a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Nesse mesmo contexto, identificam-se os aspectos contemporâneos do público e do privado, importantes conceitos para a compreensão da temática.

Na segunda seção, desenvolve-se o tema da contratualização na Administração Pública, abordando o conceito de contratos, a diferenciação doutrinária entre contratos da Administração e contratos administrativos e, por fim, as cláusulas exorbitantes, em que se apresenta seu contexto histórico e as discussões atuais sobre o instituto, notadamente sua mitigação diante da nova realidade administrativa.

Na terceira seção, desenvolve-se a consensualidade aplicada à resolução de conflitos contratuais da Administração Pública, dividindo-a em quatro subseções: abertura à consensualidade do direito administrativo com o chamado "Direito Privado Administrativo"; aspectos principiológicos e jurídicos da confiança nas relações contratuais da Administração Pública diante da consensualidade; institutos de consensualidade aplicáveis aos contratos públicos, tais como arbitragem, mediação, conciliação e negociação; e, benefícios da composição consensual de conflitos para a Administração Pública, como a redução de custos e a celeridade dos procedimentos. Por fim, na quarta seção, apontam-se as considerações finais sobre o referencial teórico.

O terceiro capítulo aborda os procedimentos metodológicos. Em sua primeira seção classifica-se a pesquisa, na segunda e terceira seções apresentam-se, respectivamente, os instrumentos empregados para o levantamento bibliográfico, a coleta de dados, e a unidade de

pesquisa escolhida. Na quarta seção, expõe-se o tratamento e a interpretação dos dados. Finaliza-se, na quinta seção, com as considerações finais sobre os procedimentos metodológicos aplicados à pesquisa.

No capítulo quarto, apresentam-se os resultados da pesquisa com a exposição dos dados tabulados, tratados, analisados e interpretados segundo as técnicas expostas no capítulo anterior.

No capítulo quinto, apresenta-se uma proposta de ações, a partir do referencial teórico e dos dados coletados, baseada na composição consensual dos conflitos para a Instituição Pública de Ensino Superior investigada e, no sexto capítulo, são feitas as considerações finais sobre a presente pesquisa.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Para compreender como o Estado brasileiro se organiza e a lógica do Direito Administrativo no Brasil contemporâneo é necessário investigar sua origem que tem uma trajetória histórica e social própria.

Bucci (2002) ensina que o Direito Administrativo é uma criação francesa e que nas Administrações Públicas dos países latino-americanos, como no caso do Brasil, foram transpostos os modelos espanhol e português, de inspiração basicamente francesa (BUCCI, 2002, p. 41). Porém, apesar da remissão ao Direito Administrativo francês, aqui não foi adotado o modelo em sua totalidade com o sistema de jurisdição dualista[2], que tem no contencioso administrativo[3] a "espinha dorsal do sistema francês" (BUCCI, 2002, p. 53).

No Brasil, o que se viu foi a criação de um Conselho de Estado no período do Império, dotado apenas de atribuições consultivas. Com o advento da República, o direito administrativo sofre influência também do direito estadunidense e adota a unidade de jurisdição, com a extinção do Poder Moderador e do Conselho de Estado (BARREIROS, 2016, p. 31).

Assim, aqui, como nos países anglo-saxônicos[4] (Estados Unidos, por exemplo), adotou-se o sistema de jurisdição una, no qual "o julgamento dos litígios em que a Administração é parte compete aos juízes e tribunais comuns. Admitem-se órgãos ou varas especializadas, mas inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição" (MEDAUAR, 2014, p. 211).

O Direito Administrativo brasileiro também recebeu influências do modelo norte-americano, especialmente em relação às agências reguladoras[5]. Com isso, formou-se um modelo híbrido com características peculiares, principalmente em razão da fundação colonial do Estado Brasileiro (BUCCI, 2002, p. 41). Esse hibridismo gera tensões e contradições que

---

[2] "O *sistema de jurisdição dupla*, *de dualidade de jurisdição* ou *dualista* caracteriza-se pela existência paralela de duas ordens de jurisdição: a jurisdição ordinária ou comum e a jurisdição administrativa, esta destinada a julgar litígios que envolvem a Administração Pública". (MEDAUAR, 2014, p. 205).

[3] "A criação mais original do direito administrativo francês, sua verdadeira marca característica, é o contencioso administrativo, cujas raízes estão ligadas à resistência histórica da Administração contra a intervenção dos juízes. A criação da justiça administrativa foi resultado da supressão dos parlamentos judiciários do antigo regime, pela Revolução de 1789, e a sua substituição por tribunais de menor expressão, tendo sido separadas as autoridades administrativa e judiciária" (BUCCI, 2002, p. 44-45).

[4] Esse sistema teve origem na Inglaterra, em meados do século XVII. "Da Inglaterra o sistema passou para as colônias norte-americanas; depois previsto na Constituição de 1787 e daí exerceu influência nos países sul-americanos" (MEDAUAR, 2014, p. 212).

[5] "O direito administrativo americano se forma estreitamente unido com o nascimento e desenvolvimento das agências. Na prática, o direito administrativo nos Estados Unidos é o direito das agências" (BUCCI, 2002, p. 58).

> [...] ajudam a explicar o surgimento e a permanência da Administração paralela, isto é, uma prática reiterada de comportamentos à margem do direito, seja para contornar formalismos legais e realizar os seus fins, seja simplesmente para fraudar os desígnios da lei, sob a capa legitimadora da agilidade, da flexibilidade ou da eficiência administrativa. (BUCCI, 2002, p. 91).

Importante para a análise do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo, uma contradição trazida por esse modelo híbrido – a função do Direito Administrativo de organizar a estrutura administrativa e ao mesmo tempo de ser instrumento jurídico de contenção do poder dentro dessa mesma estrutura – gera efeitos (negativos) que se apresentam pelo fato de

> [...] o Direito Administrativo estar na base do Estado de direito e ter criado um quadro de legalidade que se fixou como padrão institucional mínimo para o exercício da autoridade em qualquer democracia liberal e, antagonicamente, ter construído o arcabouço de uma relação jurídica 'unilateral, autoritária e verticalizada' com os cidadãos. (BUCCI, 2002, p. 96).

Para Bucci (2002), os países que adotaram o Direito Administrativo francês, recentemente, têm evoluído no sentido da contratualização e da consensualidade, o que permite o abrandamento do segundo polo da contradição citada acima – a contenção do poder – por meio do controle e participação social. Porém, no Brasil, essas "formas novas ou renovadas da gestão administrativa pública, ainda quando se apresentam como 'parceria' ou acordo, constroem-se sobre uma base conceitual antiga e carregam os condicionantes do modelo que se buscava superar" (BUCCI, 2002, p. 96).

Em verdade, o direito administrativo brasileiro sofre a influência em seu desenvolvimento de vários outros sistemas. Di Pietro (2011) constata que, além do direito francês e norte-americano, há contribuições do direito italiano – conceitos de mérito, autarquia, entidade paraestatal, noção de interesse público –, do direito espanhol, do português e do alemão – sendo especificamente desse último, a proteção à confiança como corolário do princípio da segurança jurídica, a constitucionalização dos princípios e a centralidade no ordenamento jurídico da pessoa humana (DI PIETRO, 2011, p. 22-26).

Porém, apesar dessas influências, o Direito Administrativo brasileiro é síntese, principalmente, dos modelos francês e norte-americano que, por apresentarem bases muito distintas, resultou em um modelo lacunoso quanto à organização e falho quanto ao controle, uma vez que transporta elementos de ambos os sistemas de maneira fragmentada, ou ainda, como no caso do modelo francês, sem sua principal característica – o contencioso administrativo (BUCCI, 2002, p. 226).

A partir dessa rápida contextualização sobre a formação do Direito Administrativo brasileiro, apresenta-se seus novos paradigmas em 3 (três) seções: 1. Constitucionalização do Direito Administrativo; 2. Contratualização na Administração Pública; e 3. Abertura à consensualidade.

2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A Constituição Federal estrutura o Direito Administrativo, delineando os seus princípios fundamentais e indicando quais as situações em que será indispensável a existência de regras, além de fornecer as diretivas de desenvolvimento do sistema normativo (JUSTEN FILHO, 2015, p. 199).

Enquanto o Direito Constitucional dispõe sobre a organização do Estado e os direitos fundamentais, o Direito Administrativo "é a área do direito que se ocupa do estudo da instituição estatal, em sua vertente executiva". Assim, pode-se falar em "correspondência entre a formulação da constituição dirigente[6], especialmente a partir da obra de José Joaquim Gomes Canotilho, e a ideia de um direito administrativo voltado à concretização, pela Administração Pública, dos ditames constitucionais [...]" (BUCCI, 2002, p. 248).

O Direito Administrativo, assim como os diversos ramos do Direito, está em permanente transformação e sob o influxo da constitucionalização que conduz à reformulação do entendimento acerca da atuação estatal. Nesse contexto, a coordenação dos interesses ganha espaço, em que "o efeito desta transformação recai principalmente na tarefa de tornar efetiva a equação política entre os direitos fundamentais do indivíduo e as competências do Estado" (CASTRO; FIGUEROA, 2013, p. 190). Barreiros (2016), nesse sentido, ensina que

> [...] à base das transformações pelas quais vem passando o Direito Administrativo está a sua constitucionalização, tomando-se a democracia e os direitos fundamentais como valores que estruturarão a atuação administrativa, a partir de princípios e regras que os veiculem. (BARREIROS, 2016, p. 36).

Para Medauar (2003), é por intermédio dessa atuação intervencionista do Estado nas esferas que antes eram reservadas somente à autonomia privada – setor econômico e social – que resulta o fenômeno denominado *publicização do privado*. Ao passo que, de outro lado, as

---

[6] "J. J. Gomes Canotilho – Sentido dirigente da Constituição: Canotilho ressalta que a Constituição deve ser um plano que irá direcionar a atuação do Estado notadamente por meio das normas programáticas inseridas no seu texto. A CF/88 brasileira é exemplo de uma Constituição dirigente, principalmente devido às diversas normas programáticas dos direitos sociais. Assim, a CF/88, além de limitar o poder do Estado, traz normas que direcionam a sua atividade" (CRUZ, 2017, p. 9-10).

grandes organizações, as associações e os grupos privados passam a exercer pressão sobre o Estado, colaborando na gestão de atividades de interesse geral e solucionando problemas mediante acordos e negociações, o que gera a chamada *privatização do público* (MEDAUAR, 2003, p. 115). Medauar (2003) menciona também, nesse processo, a ocorrência de outros fenômenos, tais como

> [...] flexibilização das relações público-privado; enfraquecimento da separação entre setor público e setor privado; intercâmbio e conexão entre público e privado; a atenção se desloca dos critérios de diferenciação entre público e privado para os critérios de coexistência e de imbricação entre ambos. (MEDAUAR, 2003, p. 115).

No direito brasileiro, a constitucionalização do direito administrativo sempre existiu, sob certos aspectos, mas acentuou-se após a promulgação da Constituição de 1988 e as emendas constitucionais que se seguiram. Portanto, para Di Pietro (2013), isso não é um dado novo. Porém, o sentido mais recente da constitucionalização do direito administrativo é em relação aos princípios e valores que passaram a orientar a atuação dos três poderes do Estado Brasileiro. Nesse contexto, a autora observa que

> [...] novas elaborações doutrinárias do direito administrativo começaram a conflitar com antigas construções doutrinárias, em especial no que diz respeito à noção de serviço público, que entrou em crise a partir do momento em que a Administração Pública assumiu novas funções e passou a exercê-las pelos métodos de *gestão privada*, em movimento que se poderia chamar de *privatizações do direito administrativo*, que começou talvez na metade do século XX; paralelamente, intensifica-se o movimento oposto de *publicização do direito privado*, também verificado no Brasil, com o Código Civil de 2002 e a própria constitucionalização do direito civil. (DI PIETRO, 2013, p. 7-8).

É nessa conjuntura que esses movimentos de privatização do direito público e de publicização do direito privado convergem-se para um ponto comum, que tem, para Di Pietro (2013), como princípio inspirador a supremacia do interesse público.

2.1.1 Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público *versus* Interesse Privado

Para Di Pietro (2013), o Direito Administrativo nasceu e se desenvolveu fundamentado em duas ideias opostas:

> [...] de um lado, a da *proteção aos direitos individuais* diante do Estado, que serve de fundamento ao *princípio da legalidade*, um dos esteios do Estado de Direito (e a outros princípios que se sucedem com o objetivo de limitar a liberdade decisória da Administração Pública). De outro lado, a *necessidade de satisfação do interesse*

> *público*, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (pelo poder de polícia e intervenção), quer para conceder benefícios e utilidades para o cidadão (pelo fomento e prestação de serviços públicos). (DI PIETRO, 2013, p. 11).

Daí que surge a bipolaridade presente no Direito Administrativo: "liberdade do cidadão e autoridade da Administração Pública; restrições e prerrogativas". Ou seja, para garantir a liberdade do cidadão impõe-se a submissão do Estado à lei e para garantir a autoridade da Administração Pública, são outorgadas as prerrogativas e privilégios que têm como fim assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular (DI PIETRO, 2013, p. 12).

A compreensão do significado de interesse público é fundamental nesse ramo do direito, uma vez ser tal instituto a base conceitual do regime jurídico-administrativo[7] e que está presente nos princípios que o caracterizam (LOSSO, 2008, p. 24). Marçal Justen Filho (2015) dispõe que a doutrina reiteradamente se refere ao interesse público sem, contudo, defini-lo. Porém, também reconhece a dificuldade em fazê-lo por se tratar de conceito jurídico indeterminado, "o que afasta a exatidão de conteúdo" (JUSTEN FILHO, 2015, p. 136-137).

Interesse público para Ferraz e Dallari (2012) é o "interesse comum da coletividade, do conjunto dos cidadãos". Para os autores, trata-se do "interesse primário, que não se confunde com o mero interesse do aparelhamento administrativo (interesse público secundário) ou com o interesse pessoal do agente público". (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 120). Esses interesses secundários só serão atendíveis caso sejam coincidentes com os primários, "motivo pelo qual as prerrogativas da Administração não podem ser utilizadas de forma legítima para alcançar interesses ou conveniências secundárias do aparelho estatal ou dos governantes". Assim, tais interesses também representam um "limite à utilização de cláusulas exorbitantes nas contratações com particulares" (LOSSO, 2008, p. 125-126).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012) conceitua interesse público como "o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem" (MELLO, 2012, p. 62), e por se tratar de interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição por serem inapropriáveis. Para Mello (2012), o importante é compreender que na administração os bens e interesses não estão entregues à livre disposição do

---

[7] "A expressão *regime jurídico* é utilizada para indicar um feixe de normas dentro do conjunto total do ordenamento jurídico. Sob esse ângulo, o regime jurídico é um subsistema normativo. [...]. Mas, em termos mais precisos, a expressão 'regime jurídico' indica o conjunto de normas jurídicas que dispõem sobre um certo sujeito, bem ou atividade. As normas que compõem o regime jurídico podem integrar diferentes ramos do direito. Assim, o regime jurídico da contratação administrativa envolve normas de direito civil, de direito comercial, de direito penal etc." (JUSTEN FILHO, 2015, p. 127).

administrador, mas antes, "para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela" (MELLO, 2012, p. 76-77).

Autores administrativistas[8] apontam como princípios basilares do regime jurídico-administrativo, entre outros, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público diz respeito à superioridade sobre os demais interesses da sociedade, ou seja, os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. Já a indisponibilidade indicaria a "impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, configurando-se como uma decorrência de sua supremacia" (JUSTEN FILHO, 2015, p. 132).

Ao dispor sobre os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, Justen Filho (2015) apresenta quatro objeções. A primeira objeção dispõe que para o direito administrativo não existe um fundamento jurídico único, assim, "a existência de um princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público não acarreta a exclusão de outros princípios", encontrando-se no mesmo nível hierárquico que os demais, ou seja, a solução deverá ser buscada mediante a ponderação e diante do caso concreto. Em segundo lugar, não existe interesse público unitário, uma vez que "o regime de direito administrativo envolve a afirmação de uma pluralidade de interesses igualmente considerados públicos" (JUSTEN FILHO, 2015, p. 132-133).

Na terceira objeção ele discorre sobre a impropriedade da afirmação da existência de conflito *a priori* entre direitos subjetivos[9] e interesses jurídicos[10], devendo-se novamente aplicar a ponderação quando contrapostos no caso concreto. Na quarta, o autor versa sobre a ausência de conteúdo do "interesse público", por se tratar de conceito jurídico indeterminado, conforme já exposto anteriormente, e conceitua-o negativamente como aquilo que não se confunde com o interesse do Estado, que é do aparato administrativo, do agente público, da sociedade, da totalidade de sujeitos privados, e nem com o da maioria dos sujeitos privados (JUSTEN FILHO, 2015, p. 135-140).

---

[8] Por todos: Justen Filho (2015, p. 132); Meirelles (2009, p. 105-106) e Araújo (2014, p. 73-75).

[9] "Quando o ordenamento jurídico atribui a um ou mais sujeitos a possibilidade de exigir uma conduta específica (consistente num fazer ou numa abstenção) relativamente a um ou mais sujeitos" (JUSTEN FILHO, 2015, p. 135).

[10] "Posição produzida pela ordem jurídica, mas que não envolve a atribuição do dever de algum sujeito realizar uma prestação específica em benefício de outro sujeito determinado" (JUSTEN FILHO, 2015, p. 135).

Assim, os princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e da indisponibilidade do interesse público cedem lugar à ponderação de valores no caso concreto e ao reconhecimento de uma multiplicidade de interesses públicos que merecem tutela. Nesse sentido,

> [...] o movimento doutrinário em curso no século XXI busca o afastamento dessa barreira, tal como superada, no século XX, aquela que, pelo mesmo fundamento, impedia o exame do mérito administrativo. O reconhecimento de que há uma multiplicidade de interesses públicos na sociedade que se entrelaçam em relações complexas enseja o incremento da participação social (na identificação e satisfação desses interesses) e a eclosão de figuras consensuais capazes de mais bem atender a essa finalidade. (BARREIROS, 2016, p. 48).

Com isso, reconhece-se "a natureza instrumental das prerrogativas públicas e a possibilidade de seu afastamento pontual e motivado em uma dada situação concreta. Esse afastamento não implica em renúncia peremptória ao uso dessa prerrogativa e não está vedado pelo ordenamento jurídico" (BARREIROS, 2016, p. 48-49).

2.1.2 Aspectos Contemporâneos do Direito Público e do Direito Privado

Odete Medauar (2003) dispõe que o tema "esfera pública e esfera privada" mostra-se vinculado à ideia de separação entre Estado e sociedade. Essa divisão reflete no interior do sistema jurídico no qual surge a dualidade entre direito público e direito privado (MEDAUAR, 2003, p. 115). Assim, a doutrina clássica divide o direito em dois grandes ramos: público e privado, em que o primeiro, precipuamente, visa a regulação dos interesses estatais e sociais, enquanto que o segundo tutela, predominantemente, os interesses individuais.

Porém, "o fracionamento da Ciência do Direito em dois ramos, o 'público' e o 'privado', e mesmo a subdivisão destes em diversas disciplinas, é mais de natureza pedagógica que científica [...]". Inequivocamente, o direito administrativo é disciplina do ramo do direito público, "seja pelo critério do 'interesse dominante' (supremacia do interesse público sobre o do particular, prerrogativas de autoridade), seja pelo critério do 'sujeito da relação jurídica', com as autarquias, fundações e entidades criadas pelo Estado" (ARAÚJO, 2014, p. 25). Porém, atualmente, cada vez mais esses ramos (público e privado) têm se comunicado, amenizando ou, em alguns casos, até mesmo desaparecendo essa linha que os divide.

No âmbito do direito administrativista, fala-se também em Direito Público Administrativo em oposição a Direito Privado Administrativo. Di Pietro (2013) ensina que tais expressões já foram utilizadas em estudos realizados anteriormente, como por exemplo, por

Jean Lamarque, que tratou da aplicação do direito privado aos serviços públicos administrativos (DI PIETRO, 2013, p. 6). Medauar (2003), ao tratar sobre o Direito Administrativo e o direito privado, ensina que a intenção

> [...] de alcançar total autonomia, de afirmar-se como ramo dotado de objeto, princípios e institutos próprios, levou o direito administrativo distanciar-se do direito privado. Os quadros político-institucionais vigentes no século XIX, como se viu, propiciavam a separação entre esfera pública e esfera privada, com repercussão no afastamento do direito privado e do direito público. [...] Embora nos seus momentos embrionários o direito administrativo apresentasse forte carga privatista, ocorreu em seguida publicização generalizada e repúdio em bloco do direito civil. [...] Este momento, corresponde à metade do século XIX e primeira metade do século XX, assinala a acentuada distinção dogmática entre direito público e direito privado; a doutrina dedicou-se a encontrar critérios de diferenciação entre os termos dessa grande dicotomia e a fixar entendimento no tocante a sua permanência ou eliminação. (MEDAUAR, 2003, p. 170).

No entanto, com a crescente dinâmica intervencionista do Estado, advinda a partir da segunda metade do século XX, as atividades da Administração pública passam a ser norteadas, em parte, pelo direito privado, adotando esquemas privados, primeiramente com a criação de entes públicos econômicos regidos pelo direito privado e, após, com a extensão das fórmulas privadas a outras áreas de atuação. Medauar (2003) explica que "com origem na doutrina espanhola, difundiu-se na década de 90 do século 20 a expressão *fuga do direito administrativo*, para expressar o crescente uso de fórmulas do direito privado na atividade administrativa" (MEDAUAR, 2003, p. 174-175). Assim, continua a autora:

> [...] os processos de publicização do direito privado e de privatização do público demonstram, de modo claro, a confluência entre os dois setores, a qual se torna, assim, um dos corolários das transformações da atuação estatal e da vida da sociedade, a partir da década de 70 do século XX. Disso resulta a coexistência, com igual dignidade, do direito administrativo e do direito privado, possível de ser interpretada como proximidade entre o direito público e o direito privado. (MEDAUAR, 2003, p. 174).

O que se viu a partir da década de 90 do século XX foi um alargamento do direito administrativo que hoje abarca um rol muito mais amplo do que no final do século XIX e primeira metade do século XX. Na doutrina mais contemporânea, principalmente em relação àquela que aponta tendências e mudanças no direito administrativo, o tema direito público versus direito privado recebe especial atenção. Aqui, o público e o privado não são mais vistos apenas como conceitos antagônicos, mas intercambiáveis, interagindo entre si e resultando em novas perspectivas para o direito administrativo contemporâneo e a atuação do Estado.

2.2 CONTRATUALIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os contratos públicos apresentam relevância em diversos aspectos, tais como o político, econômico e social. Porém, é em seu aspecto político que se observa a relação existente entre a democratização do Estado e a ampliação da utilização do instituto dos contratos pela Administração Pública. Assim, ao contrário de um Estado autoritário que requisita compulsoriamente os bens e serviços por intermédio de seus governantes, no Estado democrático os mesmos bens e serviços devem ser obtidos com a observância de certos procedimentos e limitações (JUSTEN FILHO, 2014, p. 16).

Os contratos realizados pela administração, no contexto de Estado Democrático pós Constituição de 1988, são reconhecidos como essenciais ao desenvolvimento das atividades da Administração Pública na perquirição por sua finalidade: o interesse público. Corroborando com essa ideia, Nery (2013) explica que:

> [...] os instrumentos contratuais surgem por arregimentar dois eixos de inspiração constitucional: a maior participação privada na atividade administrativa e a demanda por novos métodos de atuação da Administração Pública com o fim de atendimento aos fins promocionais do Estado. Não é demais assentar o consensualismo como princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro, caro à teoria geral dos contratos e, no âmbito do direito administrativo, consectário da imperatividade de se equilibrar o poder da Administração com a vontade dos administrados. (NERY, 2013, p. 99).

Em razão disso, a contratualização passa a ocupar lugar de destaque nas práticas administrativas, em que a teoria dos contratos administrativos constitui "um dos pontos mais importantes no estudo do direito administrativo, não somente pela relevância da sua aplicação, como ainda porque aqui se encontra a fronteira menos definida do direito público com o direito privado" (CAVALCANTI, 1960, p. 309 *apud* NERY, 2013, p. 92).

Passa-se, portanto, ao estudo dos contratos, dos contratos da administração e dos contratos administrativos, para após tratar sobre as cláusulas exorbitantes, que atualmente têm sido objeto de reconstrução conceitual.

2.2.1 Contratos

Contrato pode ser entendido como "acordo de vontade, preordenado a produzir determinados efeitos jurídicos" (ARAÚJO, 2014, p. 704). As definições de contrato variam, mas todas elas "partem do postulado da autonomia da vontade e concluem pela consequência

da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*)" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 918). Logo, a partir do acordo de vontades configuram-se as características gerais do contrato. Mello (2012) ensina que "seus traços nucleares residem na *consensualidade* para a formação do vínculo e na *autoridade* de seus termos, os quais se impõe igualmente para ambos os contratantes" (MELLO, 2012, p. 626).

Os elementos fundamentais da teoria do contrato administrativo surgem no início do século XX, ainda no Estado liberal, com o Conselho de Estado francês. Em relação aos contratos realizados pela Administração Pública, ensina Medauar (2003) que

> [...] a própria ideia de um contrato em que o Poder Público fosse parte suscitou dúvidas e controvérsias. Alegava-se que a Administração não poderia celebrar contratos em virtude da posição de supremacia de que desfrutava em relação ao particular; o atendimento ao interesse público, por outro lado, impediria todo tipo de vínculo contratual; argumentava-se, ainda, que as relações entre a Administração e particulares só nasciam mediante a edição de atos administrativos. (MEDAUAR, 2003, p. 206-207).

Como no início da elaboração do Direito Administrativo ocorreu a pura e simples transposição de institutos do direito civil – como, por exemplo, do contrato –, muitos autores não conseguiram desligar-se da forma como foram disciplinados no Código Civil e negavam "a existência de institutos análogos no direito administrativo, com características próprias, peculiares à necessidade da Administração Pública e à consecução do interesse público" (DI PIETRO, 2013, p. 3).

Em posição intermediária, autores entendiam ser possível o estudo do Direito Administrativo a partir de categorias jurídicas ou de superconceitos que não estão comprometidos com as duas ramificações do direito: público e privado. "Parte-se do instituto tal como tratado pela teoria geral do direito e não pelo direito civil. A noção categorial ou superconceitos não se localiza no direito civil nem no direito público: ela encontra-se na teoria geral do direito" (DI PIETRO, 2013, p. 3-4). Constrói-se, portanto, uma noção categorial de contrato que não está comprometida nem com o público nem com o privado e, a partir disso, os demais ramos vão acrescentando as características que lhes são próprias. Para Di Pietro (2013), autores que negam que o contrato administrativo seja de fato um contrato incorrem no erro de considerar apenas esses institutos à luz do direito civil. Assim,

> [...] eles colocam o superconceito no direito civil e não na teoria geral do direito. É o que fazem aqueles que pretendem enquadrar, por exemplo, o contrato administrativo no conceito de contrato formulado pelo direito civil, com a consequência inevitável de lhe negarem a existência como tal. (DI PIETRO, 2013, p. 4).

Contrato, portanto, é um conceito que pertence à teoria geral do direito, mais exatamente uma categoria jurídica ou arquétipo que resulta da "unidade ontológica do Direito", em que ao adicionar-se o específico passa a situar-se ou no direito privado ou no direito público. (ARAÚJO, 2014, p. 704).

Assim, a primeira classificação sobre contratos é a que separa em privado e público e para configurar o contrato em um ramo ou outro do direito, leva-se em consideração "a sua sujeição ao regime jurídico[11] de direito privado ou de direito público, o que traz como reflexo imediato a caracterização da posição que cada uma das partes assume na relação contratual". Nesse sentido, o que caracteriza o contrato público é a "posição de preponderância na relação jurídica que assume o Estado, representada pela inserção, explicita ou implícita, de estipulações que lhe confiram essa supremacia, atribuindo ao ajuste o regime jurídico de direito público" (ARAÚJO, 1992, p. 121).

2.2.2 Contratos da Administração e Contratos Administrativos

Contratos da administração contemplam todos os contratos celebrados pela Administração Pública, qualquer que seja o regime de direito, público ou privado. É gênero que abrange tanto os contratos regidos por normas de direito privado, chamados de contratos privados da administração, quanto àqueles subsumidos integralmente ao direito público, os chamados contratos administrativos.

Portanto, os contratos celebrados pela Administração ou 'contratos da administração' podem ser classificados quanto ao regime jurídico em: 1. Contratos de direito privado, que são geridos pelo direito civil, mas parcialmente derrogadas pelas normas do direito público; 2. Os contratos administrativos, que se dividem em: a) tipicamente administrativos, que não encontram paralelo no direito privado, sendo regidos inteiramente pelo direito público; b) aqueles que têm correspondente no direito privado, porém ainda são regidos pelo direito público (DI PIETRO, 2011, p. 259). A autora ainda dispõe que

> [...] nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade. (DI PIETRO, 2011, p. 254).

---

[11] Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que regime jurídico é uma disciplina jurídica autônoma que "corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito" (MELLO, 2012, p. 53).

Assim, para a autora, o contrato administrativo é a designação dada aos ajustes em que a Administração, nessa qualidade, compactua com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para alcançar as finalidades públicas, de acordo com o regime jurídico de direito público (DI PIETRO, 2011, p. 254). Celso Antônio Bandeira de Mello (2012) conceitua contrato administrativo como sendo

> [...] um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado (MELLO, 2012, p. 633).

Tais contratos (da administração), portanto, diferem entre si quanto à disciplina do vínculo estabelecido, em que os contratos administrativos têm como marca a possibilidade, mas não somente isso, de a Administração instabilizar esse vínculo: ou alterando unilateralmente o pactuado com o contratante ou extinguindo unilateralmente o vínculo, por exemplo. Mello (2012) discorre ainda que "estas prerrogativas derivariam ou da sistemática normativa, que protege acentuadamente determinadas atividades públicas, ou de cláusulas 'contratuais' concebidas como 'exorbitantes'". Em outras palavras, "ou se reputam *implícitas*, seja na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou estão realmente *explícitas* na lei ou em cláusula expressa do contrato" (MELLO, 2012, p. 627-628).

Assim, as prerrogativas da Administração existem de duas maneiras: implicitamente, por força do ordenamento jurídico (princípios, por exemplo), ou expressamente, presentes no próprio texto de lei ou ainda nas cláusulas (exorbitantes) dos contratos pactuados pela Administração.

Porém, tendo em vista a sujeição do Poder Público à finalidade pública, as prerrogativas da Administração não devem ser entendidas como 'poderes' ou 'poderes-deveres', mas sim como 'deveres-poderes', pois ressalta o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, destacando seu aspecto finalístico de que decorrerão suas limitações (MELLO, 2012, p. 72-73). Cita-se nesse sentido:

> O contrato administrativo não é um contrato isonômico: as partes não são colocadas em pé de igualdade no que concerne à intangibilidade dos efeitos do contrato. Isso não significa que a administração não esteja vinculada ao contrato e que este não se imponha por força obrigatória à Administração Pública. De fato, o exercício por parte da Administração dos poderes unilaterais não imuniza a Administração dos deveres decorrentes da vinculação contratual inicial, seja em razão da específica confiança criada no parceiro provado, merecedora de tutela sob o aspecto patrimonial, seja

> porque a utilização de tais poderes não se sobrepõe aos elementos essenciais do contrato [...]. (NERY, 2013, p. 94).

Em relação à terminologia, apesar de haver diferenças conceituais, a legislação brasileira atual apresenta as hipóteses contratuais sob a denominação geral de "contratos", para efeitos de aplicabilidade da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93). Assim, o art. 2º, parágrafo único, da lei em comento, dispõe que:

> Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (BRASIL, 1993).

Justen Filho (2014) ensina que "a lei torna irrelevante a denominação formal atribuída pela norma ou pelas partes para o vínculo jurídico. O fundamental consiste nas características e no conteúdo da relação jurídica" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 55). Portanto, o legislador optou por ampliar a incidência do dispositivo legal às espécies dos contratos da administração, independentemente da denominação adotada pelas partes, bastando estarem presentes os elementos legalmente previstos para a configuração do contrato administrativo.

2.2.3 Cláusulas Exorbitantes e os Novos Paradigmas

Um aspecto positivo do sistema de jurisdição dupla adotado pela França diz respeito "à especialidade dos juízes no tocante ao Direito Administrativo, ao Direito Público e aos problemas da Administração". Foi durante a atuação do Conselho de Estado[12] que se elaborou o núcleo de vários institutos do Direito Administrativo e visou resguardar os direitos dos particulares frente ao poder da Administração (MEDAUAR, 2014, p. 207).

Assim, foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do contrato administrativo, fundamentada nas decisões do Conselho de Estado, conforme tratado acima, e os administrativistas brasileiros, por assentarem seus estudos nos autores franceses, acabam por indiretamente teorizar sobre a jurisprudência francesa (MELLO, 2012, p. 628). É nesse contexto que surge a ideia das prerrogativas administrativas no direito brasileiro, uma vez que "o *droit*

---

[12] "A *jurisdição administrativa* ou *contencioso administrativo* forma um conjunto hierárquico de juízes e/ou tribunais administrativos, encabeçados por um órgão supremo próprio, de regra denominado Conselho de Estado ou Corte Suprema Administrativa, independente do tribunal supremo da jurisdição ordinária, e cujas decisões representam a última instância" (MEDAUAR, 2014, p. 205).

administratif de origem francesa abrigou expressamente a ideia de prerrogativa" (BUCCI, 2002, p. 120). Para Medauar (2003),

> [...] a concepção de contrato regido pelo direito administrativo acabou por firmar-se, separando-se de preceitos tradicionais da teoria do contrato privado, como a igualdade entre as partes e a intangibilidade da vontade inicial das mesmas; formou-se a teoria de um contrato diferenciado do modelo privado, de um contrato em que a Administração contratante dispõe de certas prerrogativas para assegurar o atendimento do interesse geral, sem o sacrifício dos interesses pecuniários do particular contratado. (MEDAUAR, 2003, p. 207).

As cláusulas exorbitantes, "assim denominadas na concepção francesa porque se distanciavam dos preceitos vigentes para contratos privados" (MEDAUAR, 2003, p. 208), possibilitava que a Administração pudesse agir em relação ao particular com alguns privilégios, tais como a modificação e rescisão unilateral do contrato, desde que fosse assegurada a equação financeira do contrato; amplo controle e acompanhamento da execução do contrato; imposição de sanções ao particular contratado etc. "Com essas linhas básicas, difundiu-se a teoria do contrato administrativo na Europa ocidental e na América Latina, inclusive no Brasil" (MEDAUAR, 2003, p. 208).

A relação estabelecida no contrato administrativo é dirigida por princípios específicos do direito administrativo, submetendo-se a suas regras. Tais preceitos visam à satisfação do interesse público e, em razão disso, conferem à Administração Pública prerrogativas de supremacia para concretização da finalidade pública. Por outro lado, também submete a Administração a sujeições, sempre com o propósito de acautelar o interesse público (MELLO, 2012, p. 633). Grego-Santos (2013) relata que

> [...] atuando na consecução de sua missão de representação da coletividade, a Administração Pública está constantemente imbuída da persecução ao interesse público, do que decorre a posição de superioridade que se lhe confere em suas relações com os administrados. A necessidade de garantização da supremacia do interesse público faz com que o regime privado dos contratos de direito privado celebrados pela Administração seja mais ou menos derrogado por normas do regime administrativo, o que dá origem a cláusulas exorbitantes em tais avenças, que as "publicizam" para adequá-las à presença do Estado como parte, conferindo-lhe "caráter administrativo". (GREGO-SANTOS, 2013, p. 130-131).

Assim, a Administração Pública, em razão da vinculação da atuação administrativa ao atendimento do interesse público, mesmo quando figura como parte em um contrato de direito privado, conta com prerrogativas e sujeições próprias do regime jurídico administrativo. É nesse contexto que se verificam as derrogações ao regime privado por normas de direito público.

Hely Lopes Meirelles (2009), ao dispor sobre essas prerrogativas ou cláusulas exorbitantes, explica que tais cláusulas

> [...] excedem do Direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. (MEIRELLES, 2009, p. 216).

O artigo 58 da lei nº 8.666/93[13] traz alguns exemplos de prerrogativas, como modificação unilateral do contrato para adequar-se às finalidades públicas, rescisão unilateral do contrato, fiscalização de sua execução, aplicação de sanções pela inexecução total ou parcial e também ocupação provisória em casos de serviços essenciais. Além disso, há outros exemplos no decorrer da lei, tais como alterações no objeto do contrato[14], retenção dos créditos, assunção do objeto, execução de garantia contratual[15] e exceção do contrato não cumprido[16].

---

[13] Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
III - fiscalizar-lhes a execução;
IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.
§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.
§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. (BRASIL, 1993).

[14] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
I - unilateralmente pela Administração:
a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; (BRASIL, 1993).

[15] Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:
I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;
III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração. (BRASIL, 1993).

[16] Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública,

Para Mello (2012), a existência das cláusulas exorbitantes não representa o "aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual". Mas ao contrário, tais prerrogativas da Administração têm em contrapartida as garantias do particular em relação as suas aspirações econômicas, trata-se de uma "proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado". (MELLO, 2012, p. 635). Assim, para o autor, há duas ordens de interesses que compõe essa relação contratual: o interesse público, mantido pela Administração, que pretende flexibilidade suficiente para atender as vicissitudes administrativas a que está sujeita; e o interesse particular, que pretende a obtenção de lucro, de acordo com o avençado no contrato (MELLO, 2012, p. 636).

Porém, com a disseminação do Estado democrático, a ideia de prerrogativa deixa de ser enunciada amplamente e passa a ser reconhecida de forma circunscrita, restrita a tópicos especiais do Direito Administrativo. Bucci (2002) traz exemplo com efeitos negativos da permanência dos poderes especiais da Administração Pública: "os contratos administrativos e a disciplina processual da Administração Pública, especialmente as prerrogativas asseguradas pelo Código de Processo Civil" (BUCCI, 2002, p. 129). Sobre os contratos administrativos, a autora observa que

> [...] a ideia de prerrogativa, que remanesce com especial relevância no campo dos contratos administrativos, foi exatamente a razão para a grande controvérsia inicial da doutrina quanto à própria existência de tais contratos. Alguns autores, como foi o caso, destacadamente, de Otto Mayer, consideravam uma contradição em termos falar-se no substantivo contrato (instituto jurídico cujo pressuposto é a autonomia da vontade e, em consequência, a igualdade das partes) com o adjetivo administrativo (que pressupunha, ao contrário, a posição de supremacia da Administração)." [...] apesar dessa resistência inicial, "disseminaram-se as relações administrativas de tipo contratual e o contrato administrativo converteu-se numa realidade de fato. (BUCCI, 2002, p. 130).

Atualmente, revela-se uma tendência, principalmente por determinada parcela da doutrina apegada aos princípios do neoliberalismo, de retornar à antiga controvérsia e defender o fim de algumas características do direito administrativo, como, por exemplo, as prerrogativas da Administração Pública nos contratos administrativos, expressas nas cláusulas exorbitantes. Porém, no Brasil, "a concretização desses objetivos torna-se difícil sem que produzam alterações profundas no direito positivo, inclusive na própria Constituição" (DI PIETRO, 2013,

---

grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação; (BRASIL, 1993).

p. 5). Para Di Pietro (2013), também há uma tendência no sentido oposto, de "publicizar alguns institutos de direito privado utilizados pela Administração Pública, como os contratos (por força do art. 62, §3º, da lei nº 8.666, de 21-6-1993[...])"[17] (DI PIETRO, 2013, p. 5).

Assim, a doutrina administrativista brasileira atual vem questionando essa 'fuga da Administração para o direito privado'[18], em que se cogita que a Administração está buscando fugir às sujeições típicas do regime administrativo mais do que abandonar suas prerrogativas. Porém, há concomitantemente,

> [...] a existência de um amplo movimento de contratualização da atividade administrativa, que se reveste de múltiplas formas (e no Brasil recente é exemplo disso a recente introdução do §8º do artigo 37 da Constituição Federal, com a figura do contrato de gestão), a indicar realmente a crise da ideia de prerrogativa e do 'poder de império' a ela subjacente. (BUCCI, 2002, p. 133).

Historicamente, a noção de prerrogativa da Administração foi a maneira encontrada para submeter a autoridade absoluta do monarca à lei. No contexto da França napoleônica, concebeu-se uma legalidade *sui generis*, uma vez que não seria possível instaurar de imediato o primado da legalidade em toda a sua plenitude. A lei aplicável ao Estado continha algumas regalias herdadas do período autoritário. Bucci (2002) entende que "tais prerrogativas hoje só se justificariam com base num fundamento objetivista, isto é, considerando-se a finalidade especial que possam ter para a realização de determinada missão de interesse público" (BUCCI, 2002, p. 144).

Porém, a formação do direito administrativo brasileiro, com a captação apenas de parte do direito francês – não assimilando seu elemento mais avançado, o contencioso administrativo, órgão responsável pelo controle do poder – justifica essa resistência de substrato autoritário, sintetizado na figura das prerrogativas da Administração Pública, símbolo de uma

---

[17] Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. [...]
§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:
I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;
II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público. (BRASIL, 1993).

[18] "Atualmente, fala-se muito em privatização do direito administrativo ou em fuga para o direito privado. Não se trata-se tendências exclusivas do direito brasileiro, mas de praticamente todos os países se seguiram o sistema europeu continental. Em Portugal, o fato constituiu tema do livro de Maria João Estorninho, publicado com o título de Fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Segundo a autora, a expressão fuga para o direito privado deve-se a Fritz Fleiner, sendo utilizada em sua obra 'Instituition des Deutschen Verwaltungsrechts'." (DI PIETRO, 2013, p. 12).

Administração de atos unilaterais, autoritária, verticalizada e hierarquizada, concepção que vem sendo alvo de críticas e revisão pela doutrina (BUCCI, 2002, p. 238).

Na prática contratual administrativa não é diferente, vê-se ainda forte influência da unilateralidade e da verticalidade nas relações travadas entre o Estado e o particular. Assim, é imperioso instaurar "uma série de novos hábitos no bojo das relações administrativas, libertando-as do voluntarismo associado aos 'poderes exorbitantes' e aos sectarismos que opõem a discricionariedade destemperada ao controle não menos excessivo" (FREITAS, 2009, p. 19). Juarez Freitas (2009) defende "[...] a superação lógica antagonizadora, precária e adversarial nas relações de administração. Nesse sentido, continua o autor, a 'contratualização' de determinados institutos decorre desse novo paradigma de redução do unilateralismo (FREITAS, 2009, p. 21). Nesse novo contexto, na seara contratual administrativista,

> [...] verificam-se espaços de indagação e possibilidades de prestígio ao consensualismo e à força criadora da manifestação da vontade, para além de uma ótima reducionista que associa o contrato administrativo à mera manipulação de poderes exorbitantes pela Administração Pública. (NERY, 2013, p. 85).

Busca-se, então, mitigar – já que não é possível sua extinção sem profundas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, como entende Di Pietro (2013) – as cláusulas exorbitantes de acordo com os novos paradigmas do direito administrativo, que encontram na contratualização e na consensualidade as bases para as novas relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Pública e o particular. Portanto,

> [...] se por um prisma tradicional os contratos administrativos não tenderiam à estabilidade – exatamente por força de uma posição superior do Estado sobre o particular –, atualmente, sem prejuízo de tal posição soberana, são notáveis os esforços no sentido de se buscar consensualmente métodos de incremento da paridade e de redução de desigualdades entre o parceiro público e o parceiro privado. (NERY, 2013, p. 98-99).

Para Bucci (2002), há o abandono da "bipolaridade Administração Pública x administrados e passa-se a abordar a relação entre cidadãos e Estado sob uma ótica muita mais precisa e adequada, a da multipolaridade de interesses na sociedade e sua representação no interior do governo e da máquina administrativa" (BUCCI, 2002, p. 74). Estende-se esse entendimento à relação Administração Pública e particular, como sujeitos de uma relação jurídica contratual mais equânime e eficiente.

2.3 CONSENSUALIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As relações contratuais entre Administração Pública e particulares são indispensáveis ao alcance dos objetivos do Estado. Essas relações jurídicas mantidas pela Administração demandam uma interpretação vinculada à finalidade pública, em razão do regime jurídico-administrativo, sem, contudo, deixar de assegurar a confiança dos sujeitos contratuais envolvidos (LOSSO, 2008, p. 22-23).

Desse modo, os princípios da segurança jurídica, boa-fé objetiva e proteção à confiança ganham importância nessas relações contratuais, uma vez que os atos da Administração Pública gozam de presunção de legitimidade, isto é, são considerados legítimos e perfeitos até prova em contrário. O particular vê em tais atos "manifestações públicas orientadas por uma boa-fé qualificada", nos quais deposita sua confiança, pactuando avenças que, em razão disso, merecem ser tuteladas pelo ordenamento jurídico (LOSSO, 2008, p. 130).

Além disso, atualmente, tais relações contratuais também se inserem em um "processo político de consensualidade do desempenho dos poderes políticos". Para Justen Filho (2014), o Estado passa a recorrer a institutos jurídicos consensuais, ao invés de impor unilateralmente deveres e obrigações aos particulares. Esse fato, segundo o autor, "amplia a legitimidade do poder estatal e reduz conflitos" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 16).

Diante desse contexto, estuda-se o fenômeno da abertura à consensualidade no direito administrativo e a aplicabilidade dos institutos consensuais nos contratos administrativos conjuntamente com os aspectos jurídicos da confiança e seus desdobramentos, buscando identificar como o primeiro pode interferir no segundo no que tange as relações contratuais entre a Administração Pública e o particular.

2.3.1 Direito Privado Administrativo: Abertura à Consensualidade

O direito administrativo nasceu na França como um ramo autônomo que rejeitava o direito privado. Porém, mesmo ali, são frequentes os casos em que o juiz administrativo aplica o direito privado, ainda que o regime jurídico (público ou privado) separasse as competências entre a jurisdição comum e administrativa. Logo, essa rejeição ao direito privado nunca foi inteiramente verdadeira (DI PIETRO, 2013, p. 1-2). Di Pietro (2013) resume, a grosso modo, a influência do direito civil sobre o direito administrativo, que parte

> [...] de uma primeira fase do primado do direito civil, para uma fase de publicização do direito civil e, agora, para uma fase de duplo movimento: de um lado, a privatização do direito público, em decorrência da busca mais intensa de institutos do direito privado (chamada, por alguns, de fuga para o direito privado); de outro lado, a chamada constitucionalização do direito administrativo. (DI PIETRO, 2013, p. 7).

Atualmente, é recorrente a temática da privatização do direito administrativo ou da fuga para o direito privado, conforme disposto anteriormente. Porém, "a expressão é muito antiga e parece confirmar a assertiva de que o direito civil sempre esteve presente na Administração Pública, desde as origens do direito administrativo e durante toda a sua evolução" (DI PIETRO, 2013, p. 12). Quiçá usar a expressão "fuga" signifique o reconhecimento de que o direito administrativo nunca derrogou inteiramente o direito privado.

Nesse contexto, observa-se a maior procura por institutos de direito privado, por seu regime jurídico e por modos de atuação próprios da iniciativa privada no âmbito do direito público. No Brasil,

> [...] essa tendência intensificou-se a partir da década de 90, com o movimento de Reforma da Administração Pública, influenciado pelo sistema de *common law* e pelo direito comunitário europeu. Em nome da eficiência, do maior apego aos princípios da ordem econômica (em especial a livre iniciativa e a livre competição) e da defesa dos direitos fundamentais do homem, procuram-se novos institutos, novas formas de atuação das funções administrativas do Estado, novo regime jurídico (que diminua as prerrogativas do poder público e coloque a Administração Pública no mesmo nível do particular). (DI PIETRO, 2013, p. 12-13).

Essa inclinação privatista também é verificada nas práticas consensuais, de negociação e de conciliação que se contrapõe às características da praxe pública, de decisão unilateral, provida de grande carga de desigualdade.

O Estado atual, portanto, inclina-se à transformação de um modelo imperativo para um modelo consensual[19], buscando o interesse público e a eficiência administrativa. Barreiros (2016) sustenta que

> [...] as premissas sobre as quais se embasa a atuação administrativa imperativa (posição verticalizada da Administração na relação com o particular; prerrogativas fixadas em prol da Administração nessa relação; imposição unilateral de suas decisões administrativas) parecem não harmonizar, *a priori*, com a ideia de celebração de acordos pela Administração. À mesma conclusão se pode chegar em relação aos princípios sobre os quais se estrutura o Direito Administrativo brasileiro (supremacia do interesse público sobre o Direito Privado e indisponibilidade do interesse público pela Administração). (BARREIROS, 2016, p. 33-34).

---

[19] Consenso vem do latim *consensus* e significa "concordância ou unanimidade de opiniões, raciocínios, crenças, sentimentos etc. em um grupo de pessoas" (CONSENSO, 2018, n. p.).

Nesse sentido, observa-se a necessidade de repensar as premissas do direito administrativo brasileiro e a atuação do Estado nos moldes de uma administração imperativa, que não está em consonância com os novos paradigmas da atuação estatal, que busca na consensualidade a superação da burocracia e da ineficiência.

Em relação à consensualidade aplicada aos contratos públicos, cita-se:

> Ao lado da maior participação da sociedade civil, por outro prisma, a consensualidade foi responsável pelo aprimoramento dos instrumentos contratuais de que se serve a Administração para a realização da sua atividade pública. Analisando a aplicação da clássica doutrina do contrato administrativo, caracterizada pela desvinculação quase total da feição privatística dos negócios jurídicos e pela presença inafastável das cláusulas exorbitantes, apontam-se preocupações surgidas no sentido de se minorar a desigualdade contratual e as intervenções unilaterais por atos administrativos. (NERY, 2013, p. 87).

A consensualidade, por conseguinte, não somente aumenta significativamente a eficiência nas democracias contemporâneas, como também diminui abusos (legalidade), promove a justiça, traz legitimidade às decisões, e com isso, desenvolve o civismo e torna os comandos (ordem) estatais mais aceitáveis pela sociedade (LOSSO, 2008, p. 21).

Barreiros (2016), nesse sentido, conceitua atuação administrativa consensual como sendo

> [...] toda e qualquer forma de agir da Administração Pública pautada em acordo de vontades, na esfera administrativa ou na judicial, quer se trate de relacionamentos travados no âmbito da própria Administração, quer se refira a relações havidas com o administrado. (BARREIROS, 2016, p. 45).

Para a autora, a ideia de uma Administração Pública consensual está estruturada, portanto, sobre dois pilares essenciais à sua configuração: "busca da eficiência administrativa e valorização da parceria entre a iniciativa privada e a Administração" (BARREIROS, 2016, p. 47). Oliveria e Schwanka (2009), ao tratar sobre a Administração Pública consensual, dispõem:

> Eis os aspectos em que reside a relevância do consensualismo na Administração Pública, inserido em um contexto de Estado em rede e de Governança Pública manifestado em fenômenos como a concertação administrativa e a contratualização administrativa, e exercido por meio de instrumentos como os acordos administrativos, a conciliação e a transação administrativas. (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009, p. 305).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) é o marco fundamental à compreensão da abertura do Direito Administrativo à consensualidade. Porém, é preciso entender que a CF/88 surgiu sob a influência do Estado Burocrático, que apresentava amarras

à implementação de um novo modelo político. A falta de sintonia entre os modelos administrativo e político do Estado resultou na realização da Reforma Administrativa de Gestão do Estado em 1995, em que o princípio da eficiência obteve significativa relevância, ao ponto de ser erigido a princípio constitucional com a promulgação da Emenda Constitucional 19/98 que vinculou a Administração Pública expressamente àquele princípio (BARREIROS, 2016, p. 34-35). Medauar (2003) cita como ideias de fundo das reformas:

> a) Administração a serviço do cidadão, significando um novo modo de relacionar-se com a sociedade; b) transparência; c) Administração eficiente; d) privatização difusa, sob dois aspectos: d1)transferência, ao setor privado, de atribuições públicas, com redução do número de órgãos Administrativos; d2) expansão de práticas inspiradas no direito privado, acarretando, inclusive, técnicas de gestão que priorizam resultados, o chamado *new public management*, de origem inglesa. (MEDAUAR, 2003, p. 133).

Para a concretização da eficiência, tornou-se imperiosa a adoção, portanto, de medidas mais flexíveis e paritárias, sendo

> [...] necessário o redimensionamento das prerrogativas administrativas em busca de uma 'horizontalização' (não absoluta, obviamente) das relações entre Administração e administrado; por outro, haver-se-ia de incrementar o uso de mecanismos de atuação consensual nas relações, ampliando-se o espectro de negociações nelas envolvidas. (BARREIROS, 2016, p. 36).

Assim, a abertura do direito administrativo à consensualidade é fruto de um contexto de mudanças que, apesar de estarem ainda em curso, demonstram uma nova visão da Administração Pública brasileira com os particulares. "No cerne dessa transformação, exercem papeis de destaque o princípio da eficiência, a participação democrática na formação e na execução da decisão administrativa e a construção de uma cultura de consensualidade" (BARREIROS, 2016, p. 45).

Portanto, em razão das mudanças sociais, políticas, econômicas e até mesmo tecnológicas, as relações contratuais que envolvem o Estado precisam assumir um caráter cada vez mais dinâmico e flexível. Os problemas apresentados durante a execução dos contratos públicos precisam de soluções mais céleres e equitativas, com maior colaboração entre os contratantes, visando, com essa atuação colaborativa, maior efetividade, sem prejudicar, contudo, a segurança jurídica e a confiabilidade dessas relações contratuais.

2.3.2 Aspectos Principiológicos e Jurídicos da Confiança nas Relações Contratuais da Administração Pública Diante da Consensualidade

A confiança se mostra indispensável no âmbito das complexas relações modernas que hoje a sociedade está inserida. Facci (2012), ao citar Luhmann, entende que a confiança, elemento fundamental do cotidiano do ser humano, é resultado da necessidade de redução da complexidade da vida contemporânea, permitindo as interações das pessoas na sociedade (FACCI, 2012, p. 242).

Mota (2016) entende que o fator fundamental da necessidade de confiança entre os indivíduos é a imprevisibilidade do comportamento de outras pessoas. Para ele,

> [...] esta imprevisibilidade foi conceituada por Parsons e retomada por Luhmann através do teorema da "dupla contingência" (double contingencyem Parsons; doppelte Kontingenzem Luhmann), conceito necessário para dar conta da possibilidade de interação entre os indivíduos, e da possibilidade da própria ordem social. A consciência desta dupla contingência é uma forma direta de os indivíduos vivenciarem a complexidade social, e por isso se fazem necessários mecanismos que diminuam estas contingências, pré-selecionem as possibilidades de ações dos indivíduos e, consequentemente, reduzam a variedade de comportamentos esperados possíveis. (MOTA, 2016, p. 188-189).

Contingência, neste contexto, significa a possibilidade de selecionar qualquer opção dentre as possíveis deixando as demais em aberto, não significando dependência mútua, mas a seleção entre as alternativas por "dois sistemas psíquicos autônomos, num movimento circular que produz indeterminância" (MOTA, 2016, p. 189). Esse processo é que torna a interação um sistema social.

Assim, ao citar Luhmann, Mota (2016) observa que a confiança está ligada a um problema fundamental da humanidade: a complexidade que, quando extrema e somada à limitada capacidade do conhecimento humano, faz com que se desenvolvam mecanismos para tolerar essa contingência, para ser possível o exercício da vida em sociedade. Continua o autor, "a confiança se manifesta sob diversas formas na vida humana: ela pode estar presente tanto nas nossas relações mais íntimas quanto nas nossas relações com figuras abstratas como as instituições e organizações sociais" (MOTA, 2016, p. 196).

Para Facci (2012) a confiança possui estreita relação com a desconfiança, uma vez que "a vida moderna, pela sua própria complexidade, cria ambiente favorável a um grande nível de desconfiança. A confiança reverte esse ambiente para uma atmosfera de aparente segurança, necessária para o irrecusável enfrentamento do incerto e do arriscado" (FACCI, 2012, p. 242).

É nessa acepção moderna, e consequentemente complexa, que o tema confiança vem sendo tratado cada vez mais por intérpretes e aplicadores do direito, visando a compreensão e devida aplicação de institutos como boa-fé, segurança jurídica, proteção à confiança e etc., que possuem caráter inegavelmente multidisciplinar e que em nosso ordenamento jurídico são consagrados a princípios, explícitos ou implícitos, recebendo grande atenção da doutrina pátria.

No Brasil, há uma forte construção doutrinária sobre o direito administrativo, com a importação de "conceitos e princípios desenvolvidos no direito estrangeiro, os quais posteriormente foram sendo incorporados às decisões administrativas e jurisprudenciais e terminaram, às vezes, por adquirir positividade em textos legais" (BUCCI, 2002, p. 154). Logo, a doutrina pátria se tornou responsável pela formulação dos princípios, fazendo referências à experiência jurisprudencial estrangeira e tendo papel fundamental na sedimentação das interpretações (BUCCI, 2002, p. 155). Porém,

> [...] se, por um lado, os princípios proporcionam a necessária 'respiração' do sistema jurídico, para a elaboração de informações que partem de outros sistemas – como é o caso dos dados sobre a conjuntura econômica, que devem informar a decisão sobre a existência ou inexistência de quebra de equação econômico-financeira do contrato –, por outro lado fundamentar decisões administrativas em princípios caracterizados pela indeterminação é fator de fragilização da própria legalidade. (BUCCI, 2002, p. 167-168).

Humberto Ávila (2016) traz um estudo significativo sobre as espécies normativas, apresentando a superação do modelo dual (princípios e regras) e proposição de uma teoria tripartite, no qual encontram-se as normas de primeiro grau – princípios e regras – e as normas de segundo grau – postulados. Os postulados para o autor são instrumentos normativos metódicos, ou seja, "categorias que impõe condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo" (ÁVILA, 2016, p. 94).

O autor conceitua princípios como sendo

> [...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2016, p. 102).

Portanto, os princípios são normas imediatamente finalísticas, pois estabelecem um estado de coisas[20] que será alcançado quando adotado determinados comportamentos. "Os princípios são normas cuja qualidade frontal, é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante". Assim, ao estabelecerem um fim a ser atingido, os princípios exigem a promoção de um estado de coisas, ou bens jurídicos, que impõe condutas necessárias à sua realização ou preservação. "Daí afirmar-se que os princípios são *normas-do-que-deve-ser* (*ought-to-be-norms*): seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas (*state of affairs*)" (ÁVILA, 2016, p. 95-96).

Os princípios também possuem caráter prospectivo, uma vez que determinam um estado de coisas a ser construído, porém primariamente prospectivo, já que para verificar qual comportamento é adequado para a busca de um estado ideal de coisa, deve-se levar em consideração comportamentos passados e sua relação com um estado de coisas já conquistado (ÁVILA, 2016, p. 99-100).

E por fim, os princípios possuem a pretensão de complementariedade por não ter a pretensão de gerar uma solução específica, mas contribuem, ao lado de outros motivos, para a tomada de decisão.

Ainda em relação aos princípios, porém no âmbito do direito administrativo, Bucci (2002) classifica-os em fundamentais e ocasionais. Os primeiros "fazem parte os princípios inafastáveis da prática administrativa, porque são da essência do Estado de direito [...]" (BUCCI, 2002, p. 162), como o princípio da legalidade. Já na segunda categoria estão as "máximas que sintetizam uma prática administrativa extraída de uma racionalidade não necessariamente expressa em lei" (BUCCI, 2002, p. 162), como o princípio do paralelismo das formas[21].

Por ser considerada um valor, a confiança requer proteção e alguns princípios jurídicos estão vinculados a essa tutela, dentre eles o princípio da segurança jurídica, o princípio da boa-fé e o princípio da proteção a confiança (LOSSO, 2008, p. 61). No direito administrativo, tais princípios são vistos como institutos intercambiáveis ou expressões sinônimas.

Almiro do Couto e Silva (2004), ao tratar sobre esses princípios, leciona que "são ideias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se

---

[20] "Estado de coisas pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado de coisas transforma-se em *fim* quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação" (ÁVILA, 2016, p. 95).

[21] Paulo Bonavides explica que o princípio do paralelismo das formas dispõe que "um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-lo" (BONAVIDES, 2006, p. 106). Ou seja, se por meio lei um ato administrativo é realizado, apenas por meio de lei ele será extinto.

particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras" (COUTO E SILVA, 2004, p. 272). Assim, apesar de estarem intimamente ligados, eles apresentam algumas diferenças importantes que merecem atenção.

Para Ferraz e Dallari (2012), o princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas, em sua mais imediata acepção, "impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas mesmo que tenha ocorrido algum desvio da legalidade durante sua constituição" (FERRAZ; DELLARI, 2012, p. 115). Para os autores, a segurança das relações jurídicas é um superprincípio, que determina a existência do próprio sistema jurídico (FERRAZ; DELLARI, 2012, p. 117).

Tal princípio tem estreita ligação com o princípio da confiança. Ao tratar sobre o Estado de Direito, Canotilho (1993) abordou como subprincípios concretizadores desse modelo de Estado os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Para o autor,

> [...] o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de direito o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão. Estes princípios apontam sobretudo para a necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos, postulando uma teoria da legislação, preocupada em racionalizar e optimizar os princípios jurídicos de legislação inerentes ao Estado de direito. (CANOTILHO, 1993, p. 371-372).

Couto e Silva (2004) dispõe ser quase unânime "o entendimento de que o 'princípio da proteção da confiança' tem como matriz constitucional o 'princípio da segurança jurídica', que é subprincípio, ainda que não expresso, do princípio do Estado de Direito" (COUTO E SILVA, 2004, p. 274).

No direito alemão e no direito comunitário europeu, influenciado pelo primeiro, "'segurança jurídica' (*Rechtssicherheit*) é expressão que geralmente designa a parte objetiva do conceito, ou então simplesmente o 'princípio da segurança jurídica'"; enquanto que a parte subjetiva é identificada como proteção à confiança ou princípio da proteção à confiança (*Vertrauensschutz*) no direito germânico, e proteção à confiança legítima ou princípio da proteção à confiança legítima no direito comunitário europeu (COUTO E SILVA, 2004, p. 275).

A ideia de segurança, portanto, se traduz em duas faces: uma objetiva, "que envolve questões de limites à retroatividade dos atos estatais" e diz respeito à proteção ao direito

adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF)[22]; e uma subjetiva, "ligada à proteção da confiança das pessoas nos atos, condutas e procedimentos estatais" (LOSSO, 2008, p. 69).

Atualmente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, a despeito das estreitas correlações existentes entre eles. Assim, nessas duas faces, são reconhecidos os princípios da segurança jurídica (aspecto objetivo) e o da proteção à confiança (aspecto subjetivo). Para Canotilho,

> [...] a ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da protecção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos. (CANOTILHO, 1993, p. 372).

Para o autor, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, que integram o princípio geral de segurança, estão umbilicalmente ligados e representam a confiança do cidadão de que seus atos ou as decisões públicas que incidam sobre direitos, posições jurídicas ou relações, praticados ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, apresentam efeitos jurídicos duradouros, previstos com base nessas mesmas normas (CANOTILHO, 1993, p. 373).

Apesar de não constar expressamente na Constituição Federal de 1988, o princípio da segurança jurídica foi declarado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos MC 2.900-RS, MS n° 24268/MG e MS 22357/DF, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, como princípio constitucional, subprincípio do princípio do Estado de Direito.

Esse fato consolida a ideia de que "tanto a legalidade como a segurança jurídica são princípios constitucionais que, em face do caso concreto, deverão ser sopesados e ponderados, para definir qual deles fará com que a decisão realize a justiça material" (COUTO E SILVA, 2004, p. 288). É nesse sentido que se orientou o direito da União Europeia, apoiado nas contribuições doutrinárias e jurisprudenciais do direito alemão.

Além disso, o princípio em tela permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro e consta, de maneira expressa, em diversos dispositivos infraconstitucionais, como por exemplo, na Lei nº 9.784/99 – que regula o processo administrativo federal. Em seu art. 2º, parágrafo

---

[22] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

único, XIII[23], impede a alteração de ato ou situação jurídica por força de aplicação retroativa de nova interpretação do texto legal; e no art. 55[24], quando determina a convalidação de decisões proferidas com vícios sanáveis, que não acarretem lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros.

Em relação à Boa-fé, Stoco (2002) ensina que pode ser entendida como um conceito ético-social, não havendo um conceito puramente jurídico (STOCO, 2002, p. 38). Anteriormente, referia-se à boa-fé apenas com a intenção do sujeito de direito, a boa-fé subjetiva. Porém, já no Direito Romano, considerava-se a ideia de uma boa-fé direcionada à conduta das partes, sobremaneira nas relações negociais e contratuais (TARTUCE, 2016, p. 623). Mas foi com o surgimento do jusnaturalismo[25], no Direito Comparado, que a boa-fé adquiriu essa nova faceta relacionada à conduta dos negociantes, sendo aqui denominada de boa-fé objetiva (TARTUCE, 2016, p. 623-624).

Isto posto, atualmente boa-fé objetiva é conceituada como sendo a exigência de conduta leal dos participantes da relação jurídica (TARTUCE, 2016, p. 625) relacionando-se com os deveres anexos de conduta, inserto a qualquer negócio jurídico, não sendo necessária a previsão no instrumento negocial. Couto e Silva ensina que

> [...] a boa-fé objetiva tenha um relevo maior no campo do direito das obrigações, especialmente em razão do vasto espectro de "deveres anexos" que a ela se vinculam e do papel que desempenha como base teórica da *culpa in contrahendo*, da responsabilidade pré e pós-negociaI, é irrecusável, modernamente, sua importância em todo o território do direito privado. (COUTO E SILVA, 2004, p. 273).

O princípio da boa-fé, apesar de ter origem no Direito Privado, não se restringe a ele, pelo contrário, expande-se por todo o ordenamento jurídico, inclusive ao Direito Público, podendo ser percebida marcadamente nos contratos administrativos e na responsabilidade pré-negocial do Estado (COUTO E SILVA, 2004, p. 273). Assim, a boa-fé tem sido entendida como uma cláusula geral, possibilitando à norma que a veicula uma grande flexibilidade, uma vez que "a característica maior dessa modalidade normativa é a indeterminação das consequências

---

[23] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

[24] Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

[25] Traz Norberto Bobbio: "O Jusnaturalismo é uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um 'direito natural' (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo)" (BOBBIO, 1992, p. 655).

de sua inobservância, cabendo ao juiz avaliar e determinar seus efeitos adequando-os às peculiaridades do caso concreto" (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 81).

No direito positivo brasileiro, a boa-fé objetiva assume maior importância com o advento do Código do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que a adotaram como um dos princípios fundamentais do direito das obrigações. Assim,

> [...] no campo dos contratos, a boa-fé objetiva assumiu a categoria de limite da autonomia da vontade, bem como de norma básica de interpretação e cumprimento dos negócios jurídicos, além de funcionar, a própria boa-fé objetiva, como fonte legal de deveres e obrigações, a par daqueles contraídos voluntariamente no ajuste contratual. Consiste o princípio da boa-fé objetiva em exigir do agente que pratique o ato jurídico sempre pautado em valores acatados pelos costumes identificados com a ideia de lealdade e lisura. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 78-79).

Desse modo, confere-se maior segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos sujeitos contratuais confiar nos efeitos programados e esperados dos contratos pactuados entre as partes.

Losso (2008) esclarece que, como a boa-fé objetiva é um princípio que objetiva comportamentos leais nas relações bilaterais e "também no Direito Administrativo estaria vinculado a uma via de mão dupla, onde tanto a Administração Pública quanto o administrado deveriam estar imbuídos dessa conduta reta e leal" (LOSSO, 2008, p. 77).

É em seu sentido objetivo que a boa-fé se aproxima do princípio da proteção à confiança, interagindo e atuando conjuntamente sem, contudo, confundir-se (LOSSO, 2008, p. 76).

Quanto ao princípio da proteção à confiança (*vertrauensschtz*), ele tem origem no direito alemão, "de origem jurisprudencial, teve como marco de seu surgimento uma série de decisões prolatadas que visavam impor limites à retratabilidade de atos administrativos cuja ocorrência poderia causar prejuízos aos destinatários" (LOSSO, 2008, p. 83). Posteriormente, o princípio da proteção à confiança foi positivado no Direito Alemão, sendo ponderado com o princípio da legalidade (LOSSO, 2008, p. 87).

O primeiro caso em que se mencionou o princípio da proteção à confiança foi um processo em que uma viúva de funcionário público obteve promessa, mediante ato administrativo, de que teria sua pensão normalmente paga caso se transferisse de Berlin Oriental para Ocidental. Após a mudança, passou a receber a pensão. Contudo, as autoridades constataram ilegalidade do ato por vício de competência e revisaram o ato retirando o benefício, além de exigir a devolução de todo o valor pago com base no ato considerado ilegal. O caso foi

apreciado pelo Poder Judiciário que entendeu que, mesmo que houvesse ilegalidade, o princípio da proteção à confiança na ponderação com o princípio da legalidade teria maior relevância no caso concreto, determinando a manutenção do ato (LOSSO, 2008, p. 83-84).

Assim, a ideia de confiança defende a manutenção dos atos administrativos, em que os efeitos se prolongam no tempo e que com isso gera no administrado uma expectativa legítima de continuidade, ainda que tais atos estejam eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. "A proteção da confiança tem por pano de fundo a necessidade de estabilização das relações entre a administração pública e os administrados" (ROCHA; DINIZ, 2008, p. 167).

O princípio da proteção à confiança no direito brasileiro surge inicialmente em outros âmbitos que não no direito administrativo, como por exemplo, no direito consumerista[26], no direito tributário[27], no direito penal[28] e no direito trabalhista[29]. No direito administrativo, a evolução do princípio em comento seguiu os passos de outros países[30], primeiramente com abordagem jurisprudencial, com embasamento doutrinário, para, por fim, chegar a positivação em diplomas legais (LOSSO, 2008, p. 94). Porém, o princípio em comento ainda não se encontra expressamente positivado.

No âmbito do direito administrativo, o princípio da proteção à confiança exerce influência em todas as atividades do Estado em razão de tal princípio decorrer do princípio da segurança jurídica que, por sua vez, decorre do Estado de Direito[31] (LOSSO, 2008, p. 62). Portanto, a proteção da confiança tem um caráter mais amplo, "deduzida de forma imediata da segurança jurídica e de forma mediata do Estado de Direito". Porém, continua o autor, "não há

---

[26] Vinculação da oferta, proibição de publicidade abusiva ou enganosa, comércio eletrônico, responsabilidade solidária etc.

[27] Proibição de retroatividade das leis gravosas, exigência da não-surpresa, vedação da imprevisibilidade etc.

[28] Crimes culposos. Por esse princípio no direito penal quem cumpre os seus próprios deveres de cuidado tem o direito de acreditar que terceiros também o farão. Haverá crime culposo quando houver a quebra do dever geral de cuidado.

[29] Princípio da primazia da realidade: Art. 422 - Nas localidades em que não houver serviço de emissão de carteiras poderão os empregadores admitir menores como empregados, independentemente de apresentação de carteiras, desde que exibam os documentos referidos nas alíneas "a", "d" e "f" do art. 417. Esses documentos ficarão em poder do empregador e, instalado o serviço de emissão de carteiras, serão entregues à repartição emissora, para os efeitos do § 2º do referido artigo. (BRASIL, 1943).

[30] "A exemplo do que ocorreu na Alemanha, na Espanha e na França, depreende-se que também no Brasil o princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo foi recepcionado inicialmente pela jurisprudência e pela doutrina para somente depois ser positivado" (LOSSO, 2008, p. 114).

[31] "Quanto ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. Este sentido mais fraco do conceito corresponde, segundo a doutrina, à noção alemã de Rechtsstaat, flexível o suficiente para abrigar Estados autoritários e mesmo totalitários que estabeleçam e sigam algum tipo de legalidade. Todavia, em uma visão substantiva do fenômeno, não é possível ignorar a origem e o conteúdo da legalidade em questão, isto é, sua legitimidade e sua justiça. Esta perspectiva é que se encontra subjacente ao conceito anglo-saxão de *rule of the law* e que se procurou incorporar à ideia latina contemporânea de Estado de direito, *État de droit, Stato di diritto*". (BARROSO, 2010, p. 58).

o viés obrigatório da bilateralidade" (LOSSO, 2008, p. 78). Assim, nem sempre a proteção à confiança estará vinculada à boa-fé do administrado, uma vez que a confiança depositada está na presunção de validade e veracidade dos atos administrativos. Isso significa que

> [...] em atos concretos praticados contra a ordem jurídica, os destinatários somente poderão invocar o princípio da proteção à confiança se demonstrado comportamento objetivo e subjetivo de boa-fé. Contudo, tal demonstração seria despicienda se o ato tiver caráter normativo ou em relação aos precedentes administrativos. (LOSSO, 2008, p. 78).

Para Couto e Silva (2004), o princípio em análise traz duas implicações ou "impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais" ou ainda "atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos" (COUTO E SILVA, 2004, p. 274).

Losso (2008) expõe a diferença da proteção à confiança nos aspectos *ex ante* e *ex post*, para fins de concretização da segurança jurídica. No aspecto *ex ante*, o princípio em tela aproxima-se de aspectos objetivos que se relacionam com a ordem jurídica propriamente dita (legalidade, irretroatividade das normas etc.). No aspecto *ex post*, o princípio da proteção à confiança trata dos aspectos subjetivos e que objetiva a estabilidade das relações jurídicas decorrentes da ação estatal, impondo comportamentos ao Poder Público (LOSSO, 2008, p. 71).

Portanto, o princípio da proteção à confiança tem ampla aplicação no direito Administrativo e impõe-se a sua análise nas relações obrigacionais entre a Administração Pública e os particulares. O novo papel do Estado pressupõe o respeito ao direito fundamental à boa administração e, nesse contexto, busca-se "a geração de ambiente institucional favorável a parceiros produtivos, com a redução dos entraves oriundos da quebra reiterada de confiança" (FREITAS, 2009, p. 20). Tais relações são indispensáveis à consecução dos objetivos desse novo Estado, sobremaneira o interesse público, e apresentam maior consensualidade experimentada pela Administração Pública na atualidade (LOSSO, 2008, p. 122).

2.3.3 Institutos de Consensualidade Aplicáveis aos Contratos Públicos

A ideia de administração consensual não se restringe ao uso dos contratos administrativos em seu significado clássico. Aliás, para a aplicação da consensualidade na atuação administrativa, a própria ideia de Administração Pública deve ser repensada: "em lugar

da Administração monológica, avessa à comunicação com a sociedade erige-se uma Administração dialógica, paritária e consensual; em lugar do Estado impositor, apresenta-se o Estado mediador" (BARREIROS, 2016, p. 46).

A prática da consensualidade no âmbito da Administração Pública está em processo de construção, na qual precisa de aprimoramento por parte das Instituições, visando a profissionalização desta prática colaborativa.

São inúmeros institutos de consensualidade aplicáveis à Administração Pública e aos contratos públicos, dentre eles a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação. O traço diferencial entre conciliação, mediação e arbitragem de um lado e negociação de outro reside na existência ou não de um terceiro imparcial. No primeiro caso tem-se o mediador, conciliador ou árbitro, enquanto que no segundo, pode ser realizada pelos próprios interessados.

Primeiramente, tratar-se-á da conciliação e mediação, meios de autocomposição, ou seja, em que as partes entram em consenso, com a presença de um conciliador ou mediador, imparcial e independente ao processo. A conciliação

> [...] é realizada quando duas ou mais pessoas buscam pôr fim às divergências existentes entre elas de uma maneira consensual. Pretende-se, com isso, que as próprias partes alcancem uma solução de forma conjunta e participativa, existindo um conciliador que age como facilitador do acordo. (FERNANDES, 2017, p. 17).

A mediação, por sua vez, ocorre quando "uma terceira pessoa, imparcial e independente, orientará as partes envolvidas em uma controvérsia no intuito de auxiliá-las a melhor compreender a situação em que se encontram e assim chegarem a um acordo" (FERNANDES, 2017, p. 17-18).

A principal diferença entre a conciliação e a mediação é que enquanto na conciliação o foco está na solução de conflitos[32] pontuais e esporádicos, na mediação as partes "possuem uma relação continuada e intensa ou ainda quando a solução do conflito gerará uma nova relação entre as partes, necessitando que haja uma convivência harmônica" (FERNANDES, 2017, p. 18).

Assim, a escolha do meio mais adequado se dá na análise do caso concreto. Ou seja,

> [...] se o conflito possuir elementos preponderantemente subjetivos, com necessidade de pacificação da convivência entre as partes, recomenda-se a mediação, a qual busca compreender e superar o conflito. Entretanto, caso o foco seja apenas solucionar um conflito pontual e esporádico, sem se preocupar com a questão emocional subjacente,

[32] "Conflito é um estado antagônico de ideias, pessoas ou interesses e não passa, basicamente, da existência de opiniões e de situações divergentes ou incompatíveis" (BERG, 2012, p. 17).

> a conciliação é a técnica indicada, sendo um procedimento mais rápido e objetivo. (FERNANDES, 2017, p. 18).

Já a arbitragem é instrumento de heterocomposição de conflitos, uma vez que se outorga a um árbitro a decisão sobre uma demanda de forma impositiva para as partes, como uma sentença judicial. Assim, na arbitragem, as partes, de maneira consensual, decidem submeter a decisão do conflito a um terceiro imparcial e de confiança, que decidirá sobre a questão (FERNANDES, 2017, p. 18).

Em relação à utilização da arbitragem pela Administração Pública, "a visão tradicional de vinculação da Administração Pública à legalidade administrativa estrita sustentou o argumento doutrinário segundo o qual o Estado somente poderia se utilizar da arbitragem quando existente norma autorizadora expressa para tal finalidade" (BARREIROS, 2016, p. 77). Porém, este argumento, apesar de impedir uma maior utilização do instituto pelos entes públicos, não foi suficiente para conter a abertura do Direito Administrativo à consensualidade. "Ao revés, com vistas a superá-lo, houve uma proliferação de normas específicas autorizadoras do uso da via arbitral em diversos diplomas especiais" (BARREIROS, 2016, p. 77).

Neste contexto, o ordenamento jurídico brasileiro registrou uma crescente tendência no reconhecimento da arbitragem, mas não somente, como via possível de solução de conflitos que envolvem o Poder Público. Para Barreiros "este movimento coaduna-se com o de abertura da Administração ao agir consensual, revelando o crescimento da importância do consenso em lugar de comando" (BARREIROS, 2016, p. 80).

A Lei nº 9.307/96, também conhecida como Lei da Arbitragem, foi alterada pela Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015, ampliando o âmbito de aplicação do instituto, dispondo a nova redação em seu artigo 1º, §1º, que a "administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (BRASIL, 1996). No mesmo sentido, a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 dispõe sobre a "autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública" (BRASIL, 2015a).

Diante disso, se pode o Poder Público optar pela arbitragem (heterocomposição), conciliação e mediação (autocomposição), institutos que demandam alto grau de consensualidade, não há impedimento na celebração de outros institutos de mesma natureza, uma vez que *in eo quod plus est semper inest et minus* (quem pode o mais, pode o menos).[33] Nesse sentido, surge também a convenção processual aplicável ao processo judicial.

---

[33] "S. m. 1. Axioma jurídico. 2. Axioma, aforismo, máxima, sentença, proverbio [...]" (FERREIRA, 2004).

A promulgação do Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) traz a cláusula geral de negociação processual atípica[34] (art. 190)[35] que também se aplica à negociação processual envolvendo o Poder Público (BARREIROS, 2016, p. 30). Nesse sentido, a autora ainda dispõe que se

> [...] o objeto litigioso de uma ação de improbidade pode vir a ser objeto de acordo de leniência[36], com disposição, pelo Poder Público, do exercício de sua prerrogativa sancionatória. À vista de um espaço de consensualidade dessa magnitude, não se poderá negar a admissibilidade de a Fazenda Pública valer-se do art. 190 do CPC/2015 para, por exemplo, regrar aspectos procedimentais daquela demanda, voltando a melhor conformar o processo às peculiaridades do caso concreto. (BARREIROS, 2016, p. 92-93).

Em vista disso, essa cláusula geral de negociação processual do mesmo modo se apresenta como um instrumento aplicável ao Poder Público e que permite promover uma simplificação procedimental, afastando-se a atuação estatal de formalidades supérfluas e morosas.

A convenção processual, portanto, demonstra expertise do agente público, pois evita-se com isso demanda judicial futura ou programa-se a solução judicial da lide. Barreiros conceitua o instituto como "negócio jurídico bilateral ou plurilateral cujas vontades conformadoras dirigem-se ao atendimento de interesse comum, consistente na disposição sobre situações jurídicas processuais ou sobre o procedimento, em processo atual ou futuro" (BARREIROS, 2016, p. 143). Trata-se, portanto, de verdadeiro instrumento de gestão processual apto a assegurar celeridade e segurança às partes.

Há hipóteses em que o ordenamento jurídico prevê expressamente a possibilidade de celebração dessas convenções processuais pelo Poder Público, porém, a falta de regulamentação não impossibilita a utilização desse instituto pelas pessoas jurídicas de direito público (BARREIROS, 2016, p. 306-307). Nesse sentido, leciona Justen Filho (2015) que

> [...] o silêncio quanto aos meios não significa vedação à atividade administrativa. Se o fim tem, obrigatoriamente, de ser realizado, é evidente que a omissão quanto à

---

[34] Quando a Administração está diante de um texto normativo enunciado sob a forma de cláusula geral, como o art. 190 do CPC/2015, verifica-se o exercício de um poder-dever discricionário em que se confere poderes ou atribuições jurídicas aos entes administrativos sem, com isso, indicar precisamente o que deve ser feito ou a maneira de fazê-lo (BARREIROS, 2016, p. 315).

[35] Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2015b).

[36] O acordo de leniência é instrumento consensual regulado pela Lei nº 12.846/2013.

> disciplina sobre os meios de sua realização não caracteriza ausência de autorização para a escolha. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 214)

Porém, esse exercício discricionário não confere à Administração total liberdade, o Poder Público deve submissão aos princípios constitucionais e administrativos que condicionam sua atuação. Nesse sentido, continua o autor,

> [...] a autonomia decisória da autoridade estatal não se desenvolve fora ou acima das normas jurídicas. É criada pelo ordenamento jurídico, que determina as suas balizas. Em alguns casos, os limites à autonomia consistem nos princípios mais gerais, nos valores fundamentais. Em outros casos, a norma instituidora da discricionariedade estabelece limites mais precisos e determinados. [...] Justamente por isso, é absolutamente incorreto afirmar que, configurada a existência de competência discricionária, existiria um poder decisório insuscetível de controle. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 224).

Assim, esses atos negociais devem sempre buscar o atendimento do interesse público, levando em consideração os princípios aplicáveis a eles, tais como o princípio da eficiência. Logo, "a flexibilização procedimental, levada a efeito unilateralmente pelo órgão jurisdicional [...] ou por meio de negócios processuais, favorece o alcance de soluções processuais eficientes" (BARREIROS, 2016, p. 368).

A Emenda Constitucional nº 94 de 15 de dezembro de 2016 incluiu um dispositivo na Constituição Federal que permite acordos na Administração Pública em relação aos precatórios (art. 100, §20, CF). Trata-se da possibilidade de fazer acordos diretos perante os Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios com redução de até 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado. Para isso, é necessário que os valores sejam superiores a 15% (quinze por cento) do montante incluído no orçamento das entidades de Direito Público de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até o dia 1º (primeiro) de julho do ano anterior, e que não penda recurso ou defesa judicial em relação ao crédito, além de observados os requisitos definidos em regulamentação do ente federado (BRASIL, 1988).

Diante disso, percebe-se que, em razão da dinamicidade das relações sociais modernas, a consensualidade e a via negocial são fontes alternativas viáveis para a Administração Pública. Porém, quando a Administração Pública emprega institutos do direito privado, eles aparecem sempre parcialmente derrogados por normas de direito público, fazendo com que se sujeitem a um regime jurídico híbrido, o chamado "direito privado administrativo". Nessas situações, surgindo dúvidas sobre qual norma aplicar, o critério defendido por Di Pietro (2013) é o de que

“o direito aplicável é o privado, sempre que não derrogada por regra ou princípio de direito público” (DI PIETRO, 2013, p. 17).

2.3.4 Benefícios da Composição Consensual de Conflitos para a Administração Pública

Como exposto anteriormente, o Brasil adotou o sistema de jurisdição una, em que não há uma justiça administrativa especializada, “o que dificultaria a compreensão adequada das questões referentes à Administração Pública” (MEDAUAR, 2014, p. 212).

Questões técnicas fogem do entendimento do juiz, conhecedor dos aspectos jurídicos da questão, mas que, obviamente, não detém o conhecimento necessário para julgar da maneira mais adequada o caso concreto, solicitando por vezes o auxílio de órgãos técnicos ou de especialistas para o embasamento de suas decisões. Tudo isso torna o caminho percorrido para a solução do conflito lento e ineficaz, custando valores expressivos aos cofres públicos. Somando-se a isso há a sobrecarga do Poder Judiciário, em que “os litígios contra a Administração vêm aumentando, representando cerca de 80% (oitenta por cento) das ações em tramitação no Judiciário brasileiro [...]” (MEDAUAR, 2014, p. 212-213).

Assim, com o objetivo de garantir de forma, não apenas eficiente, mas também eficaz o acesso à justiça, mostra-se necessária a utilização de formas alternativas de solução de conflitos, com técnicas diferenciadas, que simplifique os procedimentos. Nesse contexto, a resolução consensual dos conflitos que envolvem a Administração Pública vem ao encontro dos novos paradigmas do direito administrativo e da abertura à consensualidade na Administração Pública, rompendo com o modelo de justiça que confere primazia ao conflito.

Por meio dessa alteração de paradigmas, pretende-se alcançar o envolvimento do Estado quanto à criação de políticas públicas de incentivo à utilização de métodos de composição consensual de conflitos, que estão assumindo posição relevante nas relações jurídicas e possibilitando maiores reflexões por parte dos aplicadores do Direito. Assim,

> [...] as técnicas autocompositivas vêm sendo implementadas, no Serviço Público, como uma tendência desafiadora, que evoca a construção de uma prática pautada nos princípios da razoabilidade, da autonomia da vontade e da paz social. A autocomposição visa a um resultado a ser alcançado pelo consenso, possibilitando, por conseguinte, a resolução de conflitos por meio instrumentos menos dispendiosos aos cofres públicos. (MARASCHIN; TAPETY, 2017, p. 5).

Portanto, é preciso romper com a cultura consolidada na solução judicial dos litígios e promover ações de fomento e capacitação direcionadas à disseminação da teoria e das práticas

de resolução pacífica de conflitos. A habilidade em gerenciar conflitos torna-se, no atual contexto, essencial para o êxito das organizações e seus colaboradores.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos que envolvam o Poder Público apresentam algumas vantagens que a judicialização não alcançaria. Assim, primeiramente, na solução consensual

> [...] por ser produzida a partir do diálogo em que se identificam, se confrontam e se compatibilizam todos os interesses relevantes, será criativa em uma medida que jamais poderia resultar de qualquer decisão unilateral, já que soluções não pensadas inicialmente surgem da exposição clara de necessidade e preocupações e do debate franco de possibilidades de solução. (SOUZA, 2016, p. 296).

Essa criatividade também é necessária para que a solução apresentada seja eficiente, já que harmonizará os interesses convergentes, uma vez que "administrar conflitos é chegar a um acordo que seja satisfatório para as partes envolvidas, onde os dois lados foram ouvidos e respeitados. Consiste na utilização das estratégias mais adequadas para lidar-se com cada conjuntura" (BERG, 2012, p. 20).

Outra vantagem é que tal solução será legítima, uma vez que tem a adesão e a aceitação de todos os envolvidos para que ela seja efetivada e, por ser resultado de um processo democrático e eficiente, também será sustentável em razão de seus atores não a questionarem, mas sim contribuir para a sua efetivação, procurando o diálogo caso haja outro impasse. Por fim, "será ainda implementada da forma mais rápida e econômica possível, já que conta com a boa vontade dos envolvidos e o debate democrático deverá ter levado em conta os custos e benefícios imanentes a cada alternativa de solução" (SOUZA, 2016, p. 296). Trata-se aqui da construção do consenso, da facilitação de diálogos ou ainda da mediação participativa na resolução de problemas ou conflitos.

Apesar de Souza (2016) discorrer sobre esses métodos consensuais no âmbito das políticas públicas – que envolvem situações extremamente complexas e atores sociais, políticos e econômicos de diversas esferas públicas, terceiro setor e particulares –, podem ser eles também aplicados no âmbito dos contratos públicos, que envolve partes e objeto já identificados, o que facilita ainda mais a construção do consenso. Porém, para a construção do consenso no caso dos contratos realizados pela Administração, é importante a presença de pessoas preparadas e capacitadas para esta situação, sejam servidores ou terceiros, uma vez que envolve tanto uma relação de desigualdade entre as partes, em razão das prerrogativas da Administração Pública, quanto de complexidade da matéria, ou ainda, de desgaste da relação estabelecida.

Assim, os benefícios de ter o conflito solucionado por meio dos métodos consensuais são o menor custo financeiro, a rapidez no trâmite processual e a justiça para as partes envolvidas, justificando sua aplicabilidade no âmbito das relações contratuais da Administração Pública que deve visar uma atuação segundo esses parâmetros.

2.3.5 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

A Procuradoria Jurídica da UTFPR possui funções de assessoramento e consultoria jurídica à Reitoria e pró-reitorias em seus processos internos. Ela integra a Procuradoria-Geral Federal (PGF) que está vinculada à Advocacia-Geral da União (AGU). Porém, a representação judicial da UTFPR não é feita por sua Procuradoria, mas feita diretamente pela Procuradoria Federal no Paraná.

A AGU tem uma Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF) que foi criada com o intuito de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolviam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, sendo seu objeto ampliado posteriormente abrangendo controvérsias entre entes da Administração Pública Federal e entre estes e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 2012, p. 7). Segundo a cartilha que dispõe sobre a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal

> A CCAF além de tentar evitar a judicialização de novas demandas também encerra processos já judicializados, reduzindo sobremaneira o tempo na solução desses conflitos. Também ganha cada vez mais força a idéia de que a Câmara de Conciliação possibilita a articulação de políticas públicas, já que os órgãos públicos por meio das reuniões de conciliação são estimulados a dialogarem e cooperarem um com o outro. (BRASIL, 2012, p. 7).

A CCAF foi instituída pela Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, prevendo a competência de promover a resolução, no âmbito da Advocacia-Geral da União, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por meio de conciliação ou arbitramento. Em 2008, foi estendida a possibilidade de solução administrativa para controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal, conforme a Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008 (BRASIL, 2012, p. 9).

Já em 2009, a Portaria AGU nº 1.099/2008 foi alterada pela Portaria AGU nº 481, de 06 de abril de 2009, para incluir a possibilidade de conciliação com a Administração Pública

Federal de Municípios que fossem Capital de Estado ou que possuam mais de duzentos mil habitantes. Em 2010, sobreveio o Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que ampliou a competência da CCAF, prevendo a possibilidade de promover a resolução de conflitos judicializados e de controvérsias administrativas, por meio de conciliação, entre entes e órgãos da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios (sem o limitador do número de habitantes) (BRASIL, 2012, p. 9-10).

A cartilha trata a conciliação e mediação como sinônimos e que dispõe serem métodos extrajudiciais de solução de conflitos, por intermédio de um Conciliador integrante da Advocacia Pública Federal e que realiza reuniões de conciliação com os representantes de órgãos e entes da Administração Pública, aplicando técnicas específicas para a resolução consensual de controvérsias e com observância dos princípios constitucionais e da legislação (BRASIL, 2012, p. 12).

Quando não ocorrer a conciliação, e somente nos casos envolvendo órgãos e entes da Administração Pública Federal, poderá ser proposto, ao Consultor-Geral da União, o arbitramento das controvérsias, que será feito por meio de parecer da Consultoria-Geral da União. Importante frisar que não se trata da mesma arbitragem prevista na Lei n° 9.307, de 23.09.1996 (Lei da Arbitragem) (BRASIL, 2012, p. 12).

Assim, percebe-se que Administração Pública Federal vem aplicando a composição consensual em suas controvérsias, criando câmaras específicas e capacitando servidores para conduzir o procedimento conciliatório. A UTFPR, como ente da Administração Pública Federal, portanto, deve seguir a tendência à consensualidade adequando sua atuação aos novos paradigmas do direito Administrativo contemporâneo, buscando uma Administração Pública mais eficiente e cooperativa.

2.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O REFERENCIAL TEÓRICO

O direito, como ciência social, transforma-se no tempo e no espaço no qual se manifesta. Em razão disso, as relações estabelecidas no âmbito do direito também não permanecem estáticas. Assim também acontece entre seus ramos que dialogam e estabelecem novas conexões entre si, como, por exemplo, as relações estabelecidas entre Direito Privado e o Direito Público e, a partir desse diálogo, criam-se novos paradigmas.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF88) e das reformas Administrativas ocorridas a partir da década de 90, novos paradigmas surgem ao Direito

Administrativo brasileiro contemporâneo: a constitucionalização desse ramo do direito, a contratualização na atuação da Administração Pública e a abertura à consensualidade.

A constitucionalização do Direito Administrativo conduz à reformulação do entendimento acerca do que seja a atuação estatal e possibilita novas relações entre a Administração Pública e os administrados, influenciando diretamente essas relações que passam a ser baseadas nos princípios do Estado Democrático de Direito e na tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Nesse cenário, ocorre um duplo movimento: de publicização do direito privado, em que o Estado passa a atuar em áreas antes reservadas somente à esfera privada, e de privatização do direito público, em que a iniciativa privada passa a colaborar na gestão de atividades de interesse geral, porém ambos os movimentos convergindo para o alcance do interesse público. Para a doutrina administrativista contemporânea (BUCCI, 2002; MEDAUAR, 2003; DI PIETRO, 2013; BARREIROS, 2016), principalmente em relação àquela que aponta tendências e mudanças no âmbito do Direito Administrativo, direito público e direito privado não são mais vistos como ramos antagônicos, mas sim intercambiáveis, que interagem entre si e resultam em novas perspectivas para o Direito Administrativo contemporâneo e para a atuação do Estado Moderno.

Os contratos administrativos, importante instrumento para executar as atividades essenciais do Estado na busca por sua finalidade (MEIRELLES, 2009; MELLO, 2012; JUSTEN FILHO, 2014), diante das transformações ocorridas nas últimas décadas, ainda que submetidos a um regime especial com a presença das cláusulas exorbitantes, abrem-se à consensualidade com vistas a incutir eficiência e equidade nas relações contratuais do Estado. Desta forma, defende-se a abertura à consensualidade na atuação da Administração Pública e a maior procura por institutos do direito privado, por seu regime jurídico e por modos de atuação próprios da iniciativa privada no âmbito do Direito Público.

Assim, em razão dessa dinamicidade das relações sociais modernas e da incapacidade da legislação em acompanhar tais mudanças, abre-se caminho para a consensualidade e para a via negocial como fontes adequadas e possíveis à atuação do Estado. Buscam-se soluções mais céleres e equitativas aos problemas que surgem das relações jurídicas da Administração Pública, como, por exemplo, na execução dos contratos administrativos, com maior colaboração entre os contratantes, visando maior eficiência, mas sem prejudicar, contudo, a segurança jurídica e a confiabilidade dessas relações contratuais (COUTO E SILVA, 2004; LOSSO, 2008; FACCI, 2012; MOTA, 2016).

Nesses casos, são numerosos os institutos de consensualidade que podem ser aplicáveis aos contratos públicos, tanto heterocompositivos quanto autocompositivos. Dentre eles citam-se a conciliação, a mediação, a arbitragem, a convenção processual e a negociação (Lei nº 9.307/96 alterada pela Lei 13.129/2015; Lei nº 13.140/2015; Código de Processo Civil de 2015).

A consensualidade, que visa dar maior liberdade às relações jurídicas, tem o seu emprego no âmbito da Administração Pública brasileira ainda em processo de construção. É necessário informar e divulgar os instrumentos jurídicos consensuais nas Instituições Públicas e buscar a sua adequação e seu aprimoramento por meio do fomento e da profissionalização desta prática colaborativa. Deve o Estado, portanto, por intermédio de seus órgãos e entidades, criar políticas públicas de incentivo à utilização de métodos de composição consensual de conflitos, possibilitando maior reflexão por parte dos aplicadores do direito e dos administradores públicos (MARASCHIN; TAPETY, 2017).

À vista disso, surge a composição consensual dos conflitos contratuais como alternativa à Administração Pública, em consonância com os novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo e que, inclusive, já vem sendo aplicada no âmbito da Administração Pública Federal, como, por exemplo, pela Advocacia-Geral da União (AGU).

Diante desse contexto, parte-se para a investigação de uma realidade fática – a natureza dos conflitos contratuais no âmbito da UTFPR, formas de solução adotadas, o conhecimento e a percepção dos servidores quanto aos métodos de resolução consensual dos conflitos – para propor um conjunto de ações baseado na composição consensual de conflitos, por meio do cotejamento dos dados coletados na pesquisa de campo e das teorias desenvolvidas no referencial teórico.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Neste capítulo, apresentam-se a classificação, os métodos empregados, o universo e a amostra da presente pesquisa, assim como as técnicas usadas nos procedimentos de coleta, tratamento e análise dos dados.

3.1 CLASSIFICAÇÃO DA PESQUISA

A presente pesquisa pode ser classificada quanto à sua finalidade, seus objetivos, à natureza dos dados, aos procedimentos e ao métodos adotados para a sua elaboração.

Trata-se de pesquisa aplicada, quanto à sua finalidade, por estar voltada "à aquisição de conhecimentos com vistas a aplicação numa situação específica" (GIL, 2017, p. 26). Portanto, em razão de sua natureza, a pesquisa não tem como produto um estudo puramente científico, "mas sim uma pesquisa com base científica no intuito de desenvolver novas técnicas, procedimentos, estratégias ou processos diretamente aplicáveis ao universo do trabalho" (COSTA; COSTA, 2011, p. 61). Verifica-se as práticas contratuais atuais de uma instituição pública de ensino superior – a Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR) – para propor um conjunto de ações voltadas à consensualidade a partir dessa realidade fática.

A pesquisa é exploratória e prescritiva, quanto aos objetivos. Exploratória pois visa proporcionar maior familiaridade com o problema, tornando-o mais explícito, e prescritiva em razão de propor um conjunto de ações ao final da pesquisa (SILVEIRA; CÓRDOVA, 2009, p. 35).

Em relação à abordagem e tratamento, bem como a natureza dos dados, classifica-se como qualitativa, uma vez que se preocupa com a compreensão de uma prática organizacional e não com sua representatividade numérica, que na visão de Silveira e Córdova (2009) são relativos aos "aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais" (SILVEIRA; CÓRDOVA, 2009, p. 32).

Quanto aos procedimentos e ao método, é uma pesquisa empírica-indutiva. Na pesquisa de campo, de natureza empírica, as investigações – além da pesquisa bibliográfica e/ou documental – realizam-se por coleta de dados junto a pessoas, com diferentes recursos de pesquisa (SILVEIRA; CÓRDOVA, 2009, p. 37). Neste trabalho, a coleta de dados ocorreu nas Diretorias de Planejamento e Administração (DIRPLAD's) da UTFPR, por meio de aplicação de questionário. O método é considerado indutivo pois parte de uma realidade fática para

elaborar um conjunto de ações que pode vir a ser aplicada na Instituição objeto de estudo, mas também em outras Instituições Públicas.

3.2 UNIVERSO DA PESQUISA

A UTFPR, enquanto pessoa jurídica de direito, realiza algumas de suas atividades mediante contratações e, em razão disso, foi escolhido como universo da pesquisa[37]. Atualmente, a UTFPR possui 13 (treze) câmpus instalados nas cidades de Apucarana, Campo Mourão, Cornélio Procópio, Dois Vizinhos, Francisco Beltrão, Guarapuava, Londrina, Medianeira, Pato Branco, Ponta Grossa, Santa Helena e Toledo, em que cada câmpus possui sua própria estrutura administrativa. As Diretorias de Planejamento e Administração (DIRPLAD) são responsáveis pelas atividades de planejamento, execução e controle da gestão orçamentária, financeira e patrimonial em âmbito local e onde ficam os setores que gerenciam os contratos da Instituição (DESEG – departamento de serviços gerais; DEMAP – departamento de materiais e patrimônio; e, DEPRO – departamento de projetos e obras).

A DIRPLAD é, portanto, a Diretoria responsável por gerir os contratos em cada câmpus, sendo seus departamentos (DESEG, DEMAP e DEPRO) responsáveis pelos contratos de acordo com sua especificidade. Assim, o universo da pesquisa constitui-se pelo conjunto das 13 (treze) DIRPLAD's, com pelo menos um respondente por câmpus (treze).

3.3 MÉTODOS EMPREGADOS

Em relação à abordagem teórica, que precede toda pesquisa empírica, adota-se para o levantamento bibliográfico a pesquisa bibliográfica e documental, realizado por consulta a livros, artigos científicos, teses e dissertações, sites institucionais e sites oficiais da Administração Pública.

Para Gil (2010), a pesquisa bibliográfica e a documental possuem muitos pontos semelhantes, uma vez que ambas as modalidades se utilizam de dados já existentes, sendo a natureza das fontes sua principal diferença. O autor dispõe que a pesquisa bibliográfica "fundamenta-se em material elaborado por autores com o propósito específico de ser lido por públicos específicos" enquanto a pesquisa documental "vale-se de toda sorte de documentos, elaborados com finalidades diversas" (GIL, 2010, p. 30).

---

[37] "'Universo da pesquisa', significa o conjunto, a totalidade de elementos que possuem determinadas características definidas para um estudo" (BARROS; LEHFELD, 2007, p. 101).

Há fontes que serão consideradas ora como bibliográfica ora como documental. O que Gil (2017) observa é que seja reputada "fonte documental quando o material consultado for interno à organização, e fonte bibliográfica quando obtido em bibliotecas ou bases de dados" (GIL, 2017, p. 29).

O levantamento bibliográfico teve como foco o estudo de autores administrativistas contemporâneos que apresentam os novos paradigmas deste ramo do direito, sem, contudo, deixar de referenciar os autores clássicos, com suas construções conceituais já consagradas. Na pesquisa jurídica, Adeodato (1998) dispõe também ser importante "o estudo de documentos como leis, repertórios de jurisprudência, sentenças, contratos, anais legislativos, pareceres e etc., constituindo uma vertente específica da pesquisa bibliográfica que podemos chamar de documental" (ADEODATO, 1998, p. 175).

No referencial teórico destacam-se alguns tipos de fontes jurídicas, tais como: doutrina e legislação. A pesquisa concentrou-se em doutrina[38] especializada, com autores renomados da área do direito administrativo, consultados em livros, periódicos e bases de dados de diferentes universidades e bibliotecas, e que trazem aspectos contemporâneos aplicados à Administração Pública na temática estudada. Na seção de que trata da "Constitucionalização do Direito Administrativo", destacam-se autores como Justen Filho (2015), Barreiros (2016), Bucci (2002), Medauar (2003) e Di Pietro (2013). Já na segunda seção, que dispõe sobre a "Contratualização na Administração Pública", Mello (2012), Meirelles (2009), Justen Filho (2015), Bucci (2002), Medauar (2003) e Di Pietro (2011; 2013). Na última seção, "Abertura à Consensualidade", apresenta-se, além dos já citados, Ávila (2016), Facci (2012), Mota (2016), Couto e Silva (2004), Losso (2008), Barreiros (2016) e a EAGU – Escola da Advocacia-Geral da União (2017).

Por se tratar de pesquisa empírica, o levantamento de dados se deu diretamente no local onde os fenômenos ocorreram. Na pesquisa de campo, observam-se os fatos e fenômenos que ocorrem espontaneamente, coletam-se os dados referentes a eles e registram-se as variáveis relevantes para posteriormente analisá-los (LAKATOS; MARCONI, 2017, p. 169).

---

[38] "[...] é a atividade intelectual que, sobre os fenômenos que focaliza, aponta os princípios científicos do Direito Administrativo [que é o caso desse estudo], relaciona-os com outras disciplinas e produz subsídios e orientação para a produção de novas normas. Seu patrimônio constitui-se das obras e estudos dos juristas, de seu ensinamento e opinião sobre a aplicabilidade e sua extensão, relativamente às leis e outras normas jurídicas, das conceituações dos institutos jurídicos, da comparação com o direito estrangeiro, e que influenciam a formação do direito positivo: por essa razão, a doutrina é considerada, também no âmbito do Direito Administrativo, como fonte mediata do Direito, que se faz sentir especialmente como fonte supletiva de omissões ou deficiências da lei, como repositório dos princípios e conceitos do Direito e principalmente como atividade interpretativa dos textos legais e sua aplicação". (ARAÚJO, 2014, p. 66).

3.4 COLETA DOS DADOS: QUESTIONÁRIO

Para Barros e Lehfeld (2007), "a coleta de dados é a fase da pesquisa em que se indaga a realidade e se obtêm dados pela aplicação de técnicas" (BARROS; LEHFELD, 2007, p. 105). A técnica de coleta de dados aplicada neste trabalho foi o questionário[39], elaborado em formulário eletrônico (*Google Forms*) e em arquivo Word e encaminhado por *e-mail* aos responsáveis das Diretorias de Planejamento e Administração (DIRPLAD's), setor incumbido das contratações na Instituição, dos 13 (treze) câmpus da UTFPR.

Antes da aplicação do questionário, o projeto de pesquisa foi encaminhado ao Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da UTFPR, uma vez que a pesquisa envolve seres humanos, visando a defesa dos interesses dos sujeitos participantes da pesquisa de modo a manter a pesquisa dentro de padrões éticos.

O *link* para acesso ao formulário eletrônico e o documento em Word foram enviados por *e-mail* encaminhado aos setores (DESEG, DEMAP e DEPRO) da DIRPLAD's dos 13 (treze) câmpus da UTFPR, juntamente com explicação dos objetivos da pesquisa e a importância da participação e devolução do questionário em tempo hábil à pesquisadora. Constaram em anexo os termos de "Compromisso e de confiabilidade de dados" e de "Consentimento livre e esclarecido – TCLE", para caso o pesquisado tivesse interesse em imprimi-lo.

As questões foram divididas em dois blocos de acordo com a sua finalidade. No primeiro bloco encontram-se as questões que verificam as práticas contratuais atuais da Instituição.

Bloco 1: na questão 1, alínea "a", pede-se para listar as principais dificuldades, de acordo com a natureza dos contratos mais praticados na Instituição: obras[40] e engenharia[41];

---

[39] "Por questionário entende-se um conjunto de questões que são respondidas por escrito ao pesquisado. [...] A elaboração do questionário consiste basicamente em traduzir os objetivos específicos da pesquisa em itens bem redigidos". (GIL, 2017, p. 94-95).

[40] "Embora o conceito de obra não tenha contornos bem definidos no direito e seja definido por lei de forma exemplificativa (art. 6º, I), pode-se dizer que obra é toda e qualquer criação material nova ou incorporação de coisa nova à estrutura já existente. A ideia de novidade deve dirigir o conteúdo do conceito, a fim de adaptar-se à exemplificação legal de que obra é toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta." (BRASIL, 2014, p. 9).

[41] "Serviço de engenharia é a atividade destinada a garantir a fruição de utilidade já existente ou a proporcionar a utilização de funcionalidade nova em coisa/bem material já existente. Não se cria coisa nova. Pelo contrário, o serviço consiste no conserto, na conservação, operação, reparação, adaptação ou manutenção de um bem material específico já construído ou fabricado. Ou, ainda, na instalação ou montagem de objeto em algo já existente. Objetiva-se, assim, manter-se ou aumentar-se a eficiência da utilidade a que se destina ou pode se destinar um bem perfeito e acabado." (BRASIL, 2014, p. 11).

serviços continuados com e sem dedicação exclusiva[42]; compras[43] de bens permanentes; concessão de uso[44]; outros contratos (para indicação do pesquisado). Trata-se de questão aberta na qual o pesquisado pode discorrer amplamente sobre essas dificuldades. Na questão 1, alínea "b", listam-se alguns procedimentos para que o pesquisado marque quais foram adotados para resolver as dificuldades, também de acordo com a natureza dos contratos. Trata-se de questão de múltipla escolha, na qual o pesquisado pode marcar mais de uma alternativa. Na questão 2, pede-se para que o pesquisado liste quais as normativas seguidas pelos servidores para resolver as dificuldades advindas da execução dos contratos. Trata-se de questão aberta, na qual o pesquisado lista todas as normativas seguidas. Na questão 4, alínea "a", verifica-se se a Instituição utiliza métodos de resolução de conflito e, em caso afirmativo. Trata-se de questão de alternativa, podendo assinalar apenas sim ou não.

No segundo bloco, as questões investigaram a percepção e o conhecimento do servidor quanto aos métodos de composição consensual de conflitos.

Bloco 2: na questão 3, alínea "a" e "b", verifica se o servidor conhece os métodos de composição consensual de conflitos – arbitragem; conciliação; mediação; autocomposição; e outros, especifique – e como os conheceu – cursos oferecidos pela UTFPR; treinamentos fornecidos pela UTFPR; cursos fornecidos por outras empresas/ em outros locais; treinamentos oferecidos por outras empresas/ em outros locais; trabalhos técnicos científicos/ verbalmente; outros, especifique. Listam-se os métodos e listam-se como foram conhecidos, ambas são de múltipla escolha com a opção de marcar mais de uma alternativa. Na questão 4, alínea "b", investiga se, caso a resposta da questão 4, alínea "a" for positiva – indicando a aplicação de

---

[42] "No que tange à diferença entre serviço com dedicação exclusiva de mão de obra e sem dedicação exclusiva, esclarecemos que não é necessariamente o objeto do contrato que define a condição do serviço como "COM" ou "SEM" dedicação exclusiva de mão de obra, mas sim o modelo de execução contratual.
No primeiro caso, os empregados da contratada são alocados para trabalhar continuamente nas dependências do órgão, com dedicação exclusiva. A execução dos serviços segue uma rotina específica estabelecida e supervisionada pelo órgão. Como exemplos, citam-se os contratos de limpeza, vigilância, recepção, portaria, que, via de regra, requerem disponibilização contínua e permanente dos empregados nas dependências do órgão. Já no segundo caso, o de serviço sem dedicação exclusiva de mão de obra, não há alocação contínua de empregados da contratada nas dependências do órgão, nem dedicação exclusiva. São exemplos comuns os serviços de lavanderia, manutenção preventiva ou corretiva de equipamentos, locação de máquinas, etc. A efetiva execução da atividade contratada será realizada, apenas, quando provocada a demanda." (BRASIL, 2017, n. p.).

[43] "Toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa. A compra sempre se realiza por intermédio de um contrato bilateral, com direito e obrigações e com pagamento de preço, como contra prestação da transferência do domínio do bem. De acordo com o Art. 14, é necessária a caracterização do objeto da compra, adotando sempre que possível, as vantagens do setor privado, o princípio da padronização e o sistema de registro de preços." (VIEIRA, 2005, p. 10).

[44] "É o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta a terceiros a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação." (DI PIETRO, 2011, p. 331).

métodos compositivos na Instituição – esses métodos são eficazes, ou seja, alcançam seus objetivos e por que são ou não são. Trata-se de questão discursiva em que o pesquisado explicita sua opinião pessoal sobre o tema. Por fim, na questão 5, alíneas "a" e "b", busca verificar a percepção do servidor quanto as características observáveis ao aplicar esses métodos compositivos – celeridade; simplicidade nos procedimentos; flexibilidade; preservação da relação; economia de custos; redução de demandas judiciais; protelação da outra parte; informalidade; insegurança jurídica; depende da predisposição das partes; mais trabalhoso para as partes; não aplicação de sanções legais aos inadimplentes; outras, especifique – e se eles são considerados vantagens ou desvantagens.

O Quadro 1 demonstra, de forma resumida, as questões do questionário relacionando-as aos objetivos específicos da pesquisa.

Quadro 1 – Justificativas das questões do questionário

Nº	Questão	Justificativa
1	Relate:	
1.a	Quais as principais dificuldades encontradas na execução dos contratos da UTFPR de: Obras e serviços de engenharia; serviços continuados com dedicação exclusiva; serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão-de-obra; compras de bens permanentes; concessão; outros.	Relacionada ao objetivo específico 2. Busca-se verificar, por intermédio de relatos de servidores, quais as principais dificuldades encontradas na execução dos contratos da UTFPR de acordo com sua natureza. Indicam-se os contratos mais usuais da instituição com a opção "outros" para a complementação de acordo com a realidade do respectivo câmpus.
1.b	Marque com um X quais os principais procedimentos adotados para superar cada uma dessas dificuldades que surgiram durante a execução dos contratos. ( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:	Relacionada ao objetivo específico 2. Partindo-se das dificuldades encontradas na execução dos contratos da UTFPR, busca-se listar os principais procedimentos adotados para a sua superação/solução.
2	Em relação aos procedimentos adotados para superar as dificuldades surgidas durante a execução dos contratos, existe alguma diretriz ou recomendação formal a seguir? ( ) Não. ( ) Sim. Especifique:	Relacionada ao objetivo específico 2. Diante do princípio da legalidade, aplicável à Administração Pública, nesta questão busca-se verificar se há e quais as normativas utilizadas pelos servidores da Instituição para solucionar as dificuldades identificadas na execução dos contratos.
3	Em relação aos Métodos de Composição Consensual de Conflitos:	
3.a	Marque com (X) se você conhece os métodos listados: Arbitragem ( ) Sim ( ) Não Mediação ( ) Sim ( ) Não Conciliação ( ) Sim ( ) Não Autocomposição ( ) Sim ( ) Não ( ) Outros. Especifique:	Relacionada ao objetivo específico 3. Verifica-se se o servidor tem conhecimento dos Métodos de Composição Consensual de Conflitos listados ou, ainda, se conhece outros, especificando-os.

3.b	Marque com (X) de que forma você tomou conhecimento do método: ( ) Cursos fornecidos pela UTFPR ( ) Treinamentos fornecidos pela UTFPR ( ) Cursos fornecidos por outras empresas / em outros locais ( ) Treinamentos fornecidos por outras empresas/ em outros locais ( ) Trabalhos técnico-científicos ( ) Verbalmente ( ) Outra(s) formas. Quais?	Relacionada aos objetivos específicos 2 e 3. Busca-se conhecer o modo como o servidor tomou conhecimento dos Métodos de Composição Consensual de Conflitos, com o intuito de verificar se foi por meios informais ou formais de acesso e qual a participação da Instituição nesse processo.
4	Em relação às práticas contratuais atuais na Instituição:	
4.a	Aplica-se algum desses métodos de composição consensual na resolução dos conflitos que surgem durante a execução dos contratos da UTFPR? ( ) Não. ( ) Sim. Quais?	Relacionada aos objetivos específicos 2 e 3. Busca-se investigar se a Instituição já aplica algum método de composição consensual de conflitos.
4.b	Se a resposta da alínea anterior for "Sim", responda: Esse(s) método(s) aplicado(s) na resolução dos conflitos é(são) eficaz(es), ou seja, alcançam o seu objetivo? ( ) Sim. ( ) Não. Justifique.	Relacionada aos objetivos específicos 2 e 3. Busca-se saber quais os métodos de composição consensual de conflitos são aplicados e se eles são eficazes, na percepção do servidor.
5	Na sua percepção:	
5.a	Marque com X as características que você considera RELEVANTES na aplicação dos métodos de composição consensual de conflitos. ( ) Celeridade ( ) Simplicidade nos procedimentos ( )Flexibilidade. ( ) Preservação da relação ( ) Economia de custos ( ) Redução de demandas judiciais ( ) Protelação da outra parte ( ) Informalidade (falta de protocolos) ( ) Insegurança jurídica. ( ) Depende de predisposição das partes. ( ) Mais trabalhoso para as partes. ( ) Não aplicação de sanções legais aos inadimplentes. ( ) Outra. Especifique:	Relacionada aos objetivos específicos 2 e 3. A partir de um rol exemplificativo, busca-se a percepção do servidor quanto à relevância das características que ele observa na aplicação dos Métodos de Composição Consensual de Conflito, com a opção de indicar outras características que ele observa e que também considera relevantes.
5.b	Nas características selecionadas como relevantes, marque se você as considera uma VANTAGEM ou uma DESVANTAGEM.	Relacionada aos objetivos específicos 2 e 3. Tem como objetivo verificar se as características selecionadas são, na opinião do servidor, consideradas vantagens ou desvantagens para a Administração Pública.
6	Qual câmpus você atua?	Tem como objetivo verificar se houve pelo menos uma resposta de cada câmpus - amostra escolhida.

FONTE: Autoria própria.

3.5 TRATAMENTO E INTERPRETAÇÃO DOS DADOS

O passo seguinte à coleta de dados é o seu tratamento. Este é momento em que os dados são "examinados e transformam-se em elementos importantes para a comprovação ou não das hipóteses" (BARROS; LEHFELD, 2007, p. 110). Após a seleção dos dados passíveis de análise e interpretação, o tratamento dos dados envolve os procedimentos de classificação, codificação e tabulação. A interpretação dos dados consiste em "estabelecer a ligação entre os resultados obtidos com outros já conhecidos" (GIL, 2017, p. 103), ou ainda, na "atividade que leva o pesquisador a dar um significado mais amplo às respostas" (BARROS; LEHFELD, 2007, p. 111).

A classificação e a codificação dos dados são definidas, respectivamente, por Barros e Lehfeld (2007, p. 110) como "a divisão dos dados em partes, dando-lhe ordem, colocando cada um em seu lugar" e como "um processo utilizado para a colocação de cada informação em categorias, atribuindo-lhes um símbolo. [...] Como se vê, a codificação abrange as tarefas de classificação de dados e atribuição de símbolos (códigos)" (BARROS; LEHFELD, 2007, p. 110).

Assim, os dados coletados na pesquisa são ordenados de acordos com os blocos definidos na seção anterior. Primeiramente, separam-se as questões do bloco 1 (um), que tratam das práticas contratuais realizadas pelos servidores atualmente na Instituição, das questões do bloco 2 (dois), que tratam da percepção e conhecimento do servidor quanto aos métodos de composição consensual de conflitos.

Na tabulação, os dados obtidos da classificação e da codificação são apresentados em tabelas e gráficos, o que auxilia a análise e a interpretação. Assim, a partir da disposição gráfica dos dados, é possível verificar as relações existentes entre os fenômenos estudados e as teorias adotadas no referencial teórico.

As respostas que apresentaram divergências foram verificadas por meio do uso da técnica de triangulação dos dados, que na pesquisa tem o propósito de "consolidar suas conclusões a respeito do fenômeno que está sendo investigado" (ZAPPELLINI; FEUERSCHÜTTE, 2015, p. 246-247). Assim, eventuais dúvidas que surgiram no tratamento dos dados foram prontamente sanadas, evitando vieses no resultado.

Foi a partir da análise do contexto considerado, verificando o que se faz e o que se conhece, e do estudo da viabilidade legal da utilização de instrumentos de composição consensual de conflitos, verificando o que o ordenamento jurídico permite, que se propôs um conjunto de ações para a Instituição.

3.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A METODOLOGIA

O levantamento bibliográfico foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica e documental e a coleta de dados por intermédio de aplicação de questionário nos setores das Diretorias de Planejamento e Administração (DIRPLAD's) responsáveis pela gestão e fiscalização dos contratos dos 13 (treze) câmpus da UTFPR.

Após a tabulação dos dados, que expõe os dados em tabelas e gráficos para melhor visualização das respostas, a análise e a interpretação dos dados são feitas separando-os em dois blocos. No primeiro bloco encontram-se as respostas das questões que investigam as práticas contratuais realizadas pelos servidores atualmente na Instituição. No segundo bloco, as respostas das questões sobre a percepção e o conhecimento do servidor quanto aos métodos de composição consensual de conflitos.

Investiga-se, portanto, as ações relativas aos conflitos contratuais na Instituição e a percepção dos servidores que atuam com os contratos quanto aos métodos de composição consensual, relacionando esses dados com as teorias do Direito Administrativo contemporâneo apresentadas no referencial teórico, para propor ao final da pesquisa um conjunto de ações para a Instituição baseada na composição consensual de conflitos contratuais.

4 RESULTADOS DA PESQUISA

O questionário abrangeu os setores das DIRPLAD'S que atuam com contratos, como DESEG – Departamento de Serviços Gerais; DEMAP – Departamento de Materiais e Patrimônio; e DEPRO – Departamento de Projetos e Obras. Como cada departamento atua em contratos de natureza diferentes, nas questões havia a opção "não houve" para os setores que não executavam aquele determinado contrato. Com isso, buscou-se uma maior quantidade de respostas independentemente do departamento que atuava o servidor. O objetivo da separação das dificuldades em relação à natureza dos contratos é verificar em quais contratos há maior demanda em compor os conflitos contratais.

Na questão 1 (um), alínea "a", pede-se para que o pesquisado relate quais as principais dificuldades encontradas na execução dos contratos, de acordo com sua natureza. Na alínea "b", pede-se para selecionar os procedimentos adotados para superar as dificuldades que surgiram durante a execução desses contratos, também de acordo com sua natureza, podendo o pesquisado marcar mais de uma alternativa.

Em relação aos contratos de obras e engenharia, 7 (sete) respostas informaram, na alínea "a", que o departamento não atuava com esse tipo de contrato ou que "não houve" dificuldades, não respondendo, em consequência, a alínea "b".

Das demais respostas, resumem-se os relatos nas seguintes dificuldades:

Quadro 2 – Dificuldades em contratos de obras e engenharia

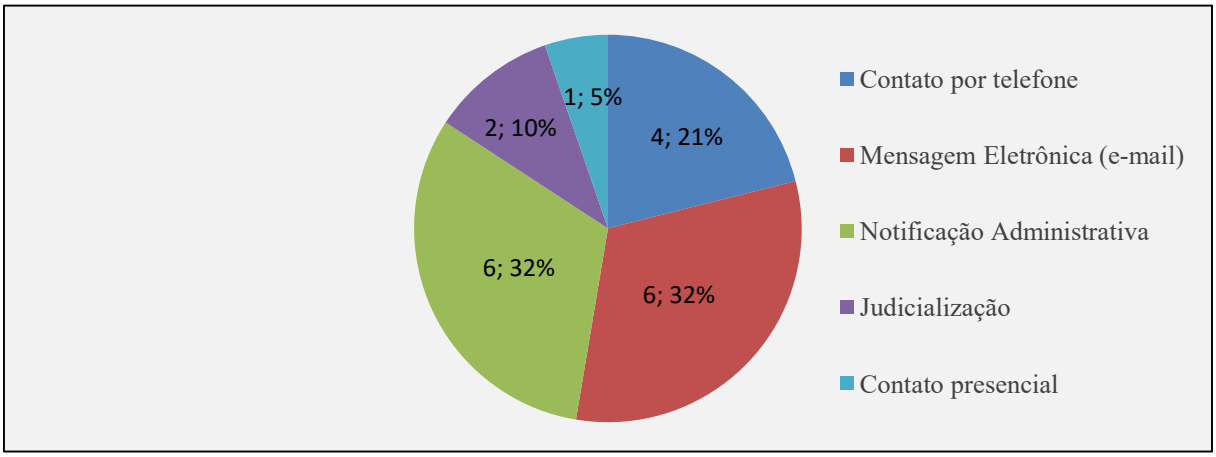
Questões técnicas	1. Falta de preparo técnico. 2. Ajustes de valores. 3. Especificações técnicas. 4. Erros nos projetos. 5. Falta de equipe técnica para análise. 6. Furos nas planilhas licitadas. 7. Planilha de gasto/custos referente a termos aditivos de valores. 8. Acordos sobre itens e quantidades utilizados.
Inadimplemento parcial ou total	1. Serviços mal executados. 2. Reparos da obra após sua conclusão. 3. Cumprimento de prazos. 4. Atraso no pagamento das notas. 5. Cumprimento de prazo de execução.

FONTE: Autoria própria.

Os procedimentos marcados para superar as dificuldades em contratos de obras e engenharia foram: 4 (quatro) respostas para "contato por telefone"; 6 (seis) respostas para

"mensagem eletrônica (*e-mail*)"; 6 (seis) respostas para "notificação administrativa"; 2 (duas) respostas para "judicialização"; e 1 (uma) resposta para "outros: reunião com a contratada, contato presencial".

Gráfico 1 – Procedimentos adotados em contratos de obras e engenharia



FONTE: Autoria própria.

Em relação aos contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva, houve 2 (duas) respostas informaram, na alínea "a", que o departamento não atuava com esse tipo de contrato, não respondendo, em consequência, a alínea "b".

Das demais respostas, resumem-se os relatos nas seguintes dificuldades:

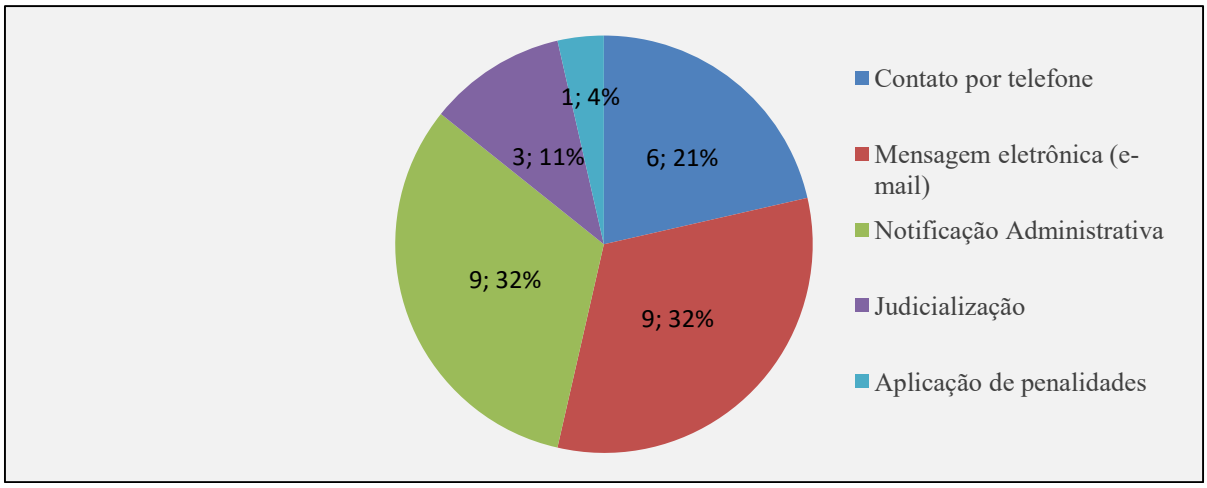
Quadro 3 – Dificuldades em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva

Questões técnicas	1. Problemas na fiscalização. 2. Empresas com sede em cidade diversa do câmpus. 3. Servidores que não respeitam o procedimento para solicitação de demandas. 4. Falta de servidores. 5. Falta de capacitação para a fiscalização dos contratos. 6. Empresas sem conhecimento técnico de questões contábeis. 7. Relacionamento preposto-gestor de contratos. 8. Rotatividade de funcionários. 9. Trocas frequentes de empresa. 10. Rescisão contratual a pedido da contratante. 11. Falta de funcionários ou setor com conhecimento contábil na empresa.
Inadimplemento parcial ou total	1. Serviços mal executados. 2. Não fornecimento de insumos e materiais de proteção. 3. Inexecução parcial do objeto do contrato. 4. Atraso no pagamento dos funcionários. 5. Não manutenção da regularidade fiscal e trabalhista. 6. Atrasos na apresentação de documentos relativos à fiscalização do contrato.

FONTE: Autoria própria.

Os procedimentos marcados para superar as dificuldades em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva foram: 6 (seis) respostas para "contato por telefone"; 9 (nove) respostas para "mensagem eletrônica (*e-mail*)"; 9 (nove) respostas para "notificação administrativa"; 3 (três) respostas para "judicialização"; e 1 (uma) resposta para "outros: aplicação de penalidades".

Gráfico 2 – Procedimentos adotados em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva



FONTE: Autoria própria.

Em relação aos contratos de serviços continuados sem dedicação exclusiva, houve 3 (três) respostas informaram, na alínea "a", que o departamento não atuava com esse tipo de contrato ou que "não houve" dificuldades, não respondendo, em consequência, a alínea "b".

Das demais respostas, resumem-se os relatos nas seguintes dificuldades:

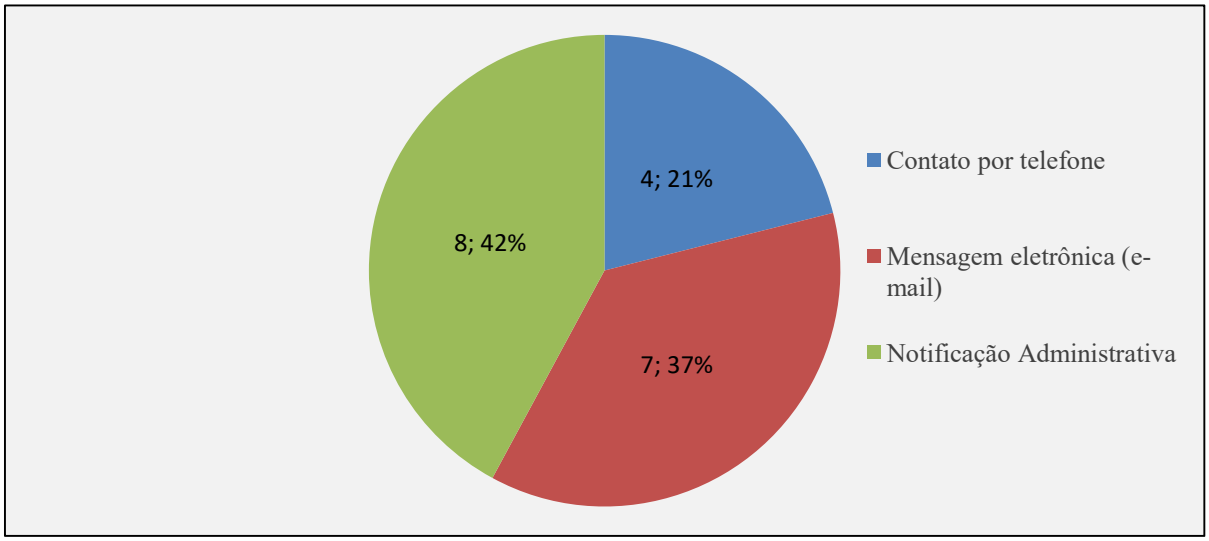
Quadro 4 - Dificuldades em contratos de serviços continuados sem dedicação exclusiva

Questões técnicas	1. Empresas com sede em cidade diversa do câmpus. 2. Lançamento de despesas não contratadas. 3. Gestão patrimonial requisitado e cedido à contratada. 4. Gestão da avaliação dos usuários. 5. Administração de contratos de natureza muito diferente. 6. Gestão do tempo do fiscal de contrato com as atividades diárias do setor. 7. Monopólio da cobertura da operadora de telefonia no câmpus. 8. Rescisão contratual a pedido da contratante.
Inadimplemento parcial ou total	1. Atrasos na execução. 2. Inexecução dos serviços. 3. Não manutenção da regularidade fiscal. 4. Não cumprimento dos prazos. 5. Não cumprimento ou mudança do cardápio previsto em edital, no caso do R.U.

FONTE: Autoria própria.

Os procedimentos marcados para superar as dificuldades em contratos de serviços continuados sem dedicação exclusiva foram: 4 (quatro) respostas para "contato por telefone"; 7 (sete) respostas para "mensagem eletrônica (*e-mail*)"; e 8 (oito) respostas para "notificação administrativa".

Gráfico 3 – Procedimentos adotados em contratos de serviços continuados sem dedicação exclusiva



FONTE: Autoria própria.

Em relação aos contratos de compras de bens permanentes, houve 7 (sete) respostas informaram, na alínea "a", que o departamento não atuava com esse tipo de contrato ou que "não houve" dificuldades, não respondendo, em consequência, a alínea "b".

Das demais respostas, resumem-se os relatos nas seguintes dificuldades:

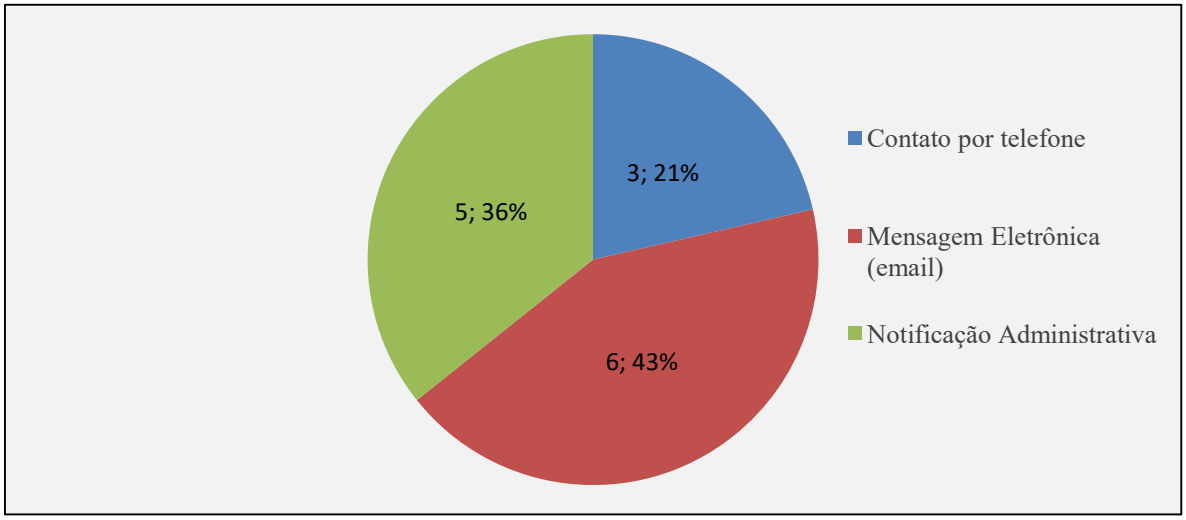
Quadro 5 – Dificuldades em contratos de compras de bens permanentes

Questões técnicas	1. Atendimento das Especificações técnicas.
Inadimplemento parcial ou total	1. Produtos de baixa qualidade. 2. Atrasos na entrega de materiais. 3. Entrega de material diferente do requisitado.

FONTE: Autoria própria.

Os procedimentos marcados para superar as dificuldades em contratos de compras de bens permanentes foram: 3 (três) respostas para "contato por telefone"; 6 (seis) respostas para "mensagem eletrônica (*e-mail*)"; e, 5 (cinco) respostas para "notificação administrativa".

Gráfico 4 – Procedimentos adotados em contratos de compras de bens permanentes



FONTE: Autoria própria.

Em relação aos contratos de concessão, houve 9 (nove) respostas informaram, na alínea "a", que o departamento não atua com esse tipo de contrato ou que "não houve" dificuldades ou ainda que "não há cessão de espaço", não respondendo, em consequência, a alínea "b".

Das demais respostas, resumem-se os relatos nas seguintes dificuldades:

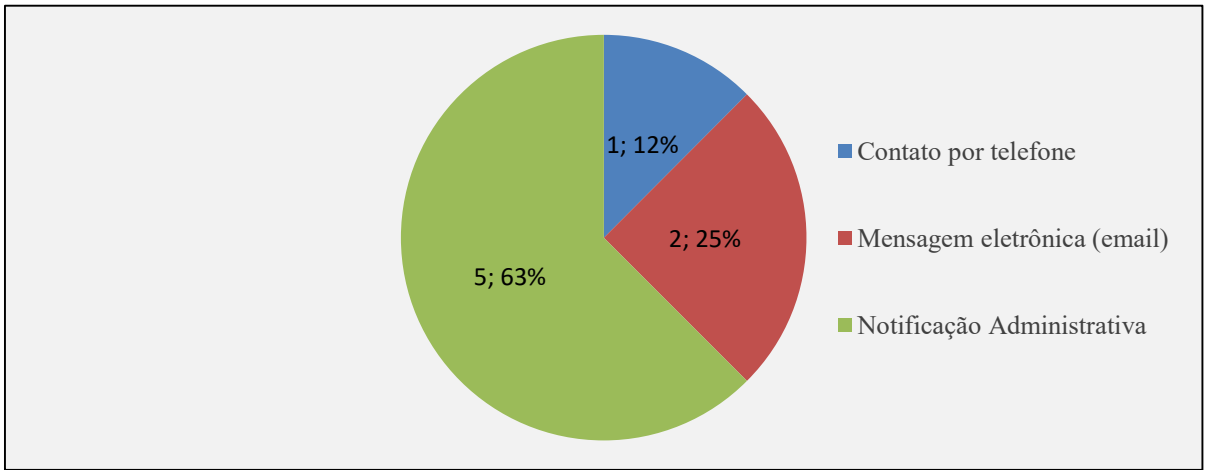
Quadro 6 – Dificuldades em contratos de concessão

Questões técnicas	1. Problemas na execução do contrato. 2. Reclamações dos usuários quantos aos valores cobrados pelos serviços prestados.
Inadimplemento parcial ou total	1. Não manutenção da regularidade fiscal durante o contrato. 2. Não pagamento de alugueis ou pagamento em atraso.

FONTE: Autoria própria.

Os procedimentos marcados para superar as dificuldades em contratos de concessões foram: 1 (uma) resposta para "contato por telefone"; 2 (duas) respostas para "mensagem eletrônica (*e-mail*)"; e, 5 (cinco) respostas para 'notificação administrativa".

Gráfico 5 – Procedimentos adotados em contratos de concessão

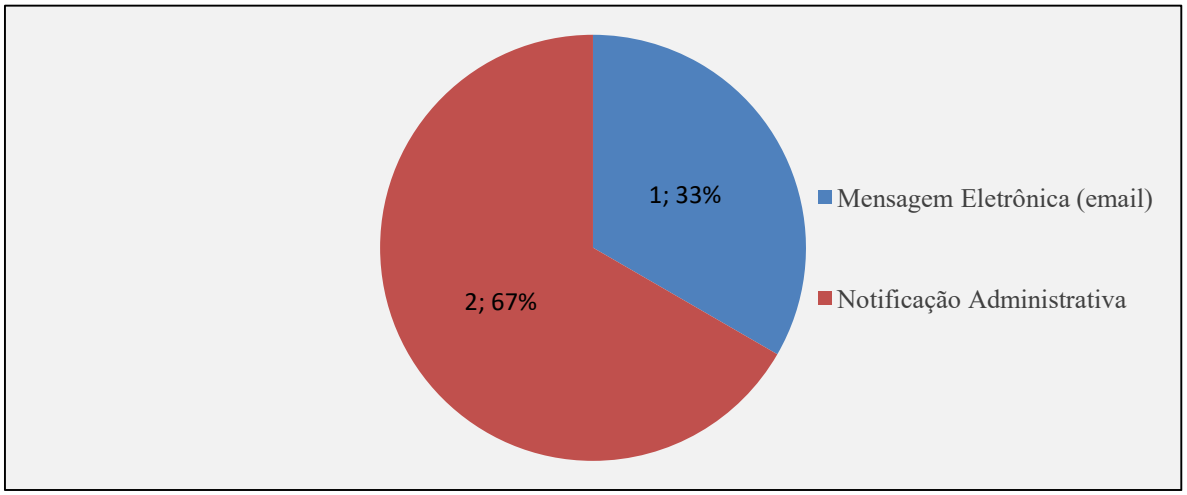


FONTE: Autoria própria.

Em relação a "outros tipos de contratos", houve apenas 1 (uma) resposta informando a dificuldade "entrega ou cumprimento do serviço conforme estabelecido em contrato", porém não informou qual o tipo de contrato no campo solicitado. Os procedimentos marcados para superar a dificuldade foram: 1 (uma) resposta para "mensagem eletrônica (*e-mail*)" e 2 (duas) para "notificação administrativa".

Contudo, verifica-se uma contradição nessa questão. As duas respostas na opção "notificação administrativa" não condizem com a participação de apenas um pesquisado em "outros tipos de contratos", uma vez que cada participante poderia escolher mais de uma opção de procedimentos adotados, mas não duas vezes a mesma opção.

Gráfico 6 – Procedimentos adotados em outros contratos



FONTE: Autoria própria.

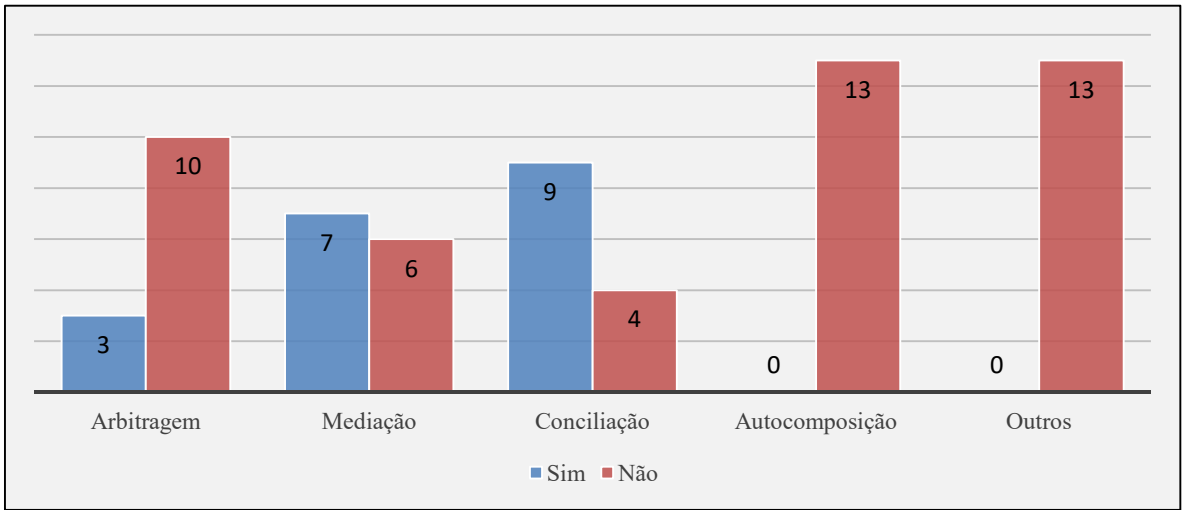
Na questão 2 (dois), pergunta-se se em relação aos procedimentos adotados em 1.b existe alguma diretriz ou recomendação formal a seguir. Das 13 (treze) respostas, 5 (cinco)/ 38,5% (trinta e oito vírgula cinco por cento) dos pesquisados responderam que não e 8 (oito)/ 61,5% (sessenta e um vírgula cinco por cento) que sim, sendo citadas uma vez: Lei nº 8.666/93; Lei 10.520/02; Decreto 5.450/05; Regulamento para gestão de contratos; Cursos específicos de fiscalização; UTFPR está concluindo manual de aplicações de penalidades; Termo de referência da licitação e contrato; Existe um procedimento a seguir, mas não na forma de regulamentação e sim algo comum realizado no câmpus. Inicialmente via *e-mail* ou telefone, posterior notificação administrativa e por último a judicialização; aguardando a normatização de um regulamento para sancionar as empresas; Processo de penalização quando não há o cumprimento do contrato. Enquanto que a IN 05/2017 do MPDG foi citada 4 (quatro) vezes.

A IN 05/2017 do MPDG, citada 4 (quatro) vezes nas respostas, dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. É um importante instrumento na gestão e fiscalização da execução contratual, que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados.

Dentre as atividades previstas no seu art. 39 para os gestores e fiscais de contrato estão: prestar apoio à instrução processual e encaminhar a documentação pertinente referente a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos e etc. ao setor de contratos para a devida formalização dos procedimentos com vistas a assegurar o cumprimento das cláusulas pactuadas e a solução de problemas relativos ao objeto. Nesse sentido, a IN em comento corrobora a proposta de ação do trabalho ao dispor ser possível a alteração do contrato em determinados casos e desde que cumpridos certos requisitos para resolver problemas com o fim de assegurar que o pactuado seja cumprido pelas partes.

A questão 3 (três) trata dos métodos de composição consensual de conflitos. A alínea "a" pergunta quais dos métodos listados os pesquisadores conhecem: arbitragem recebeu 3 (três) respostas positivas, mediação 7 (sete) respostas positivas e conciliação 9 (nove) respostas positivas. Autocomposição e "outros" não receberam respostas positivas.

Gráfico 7 – Métodos de Composição Consensual conhecidos pelos pesquisados

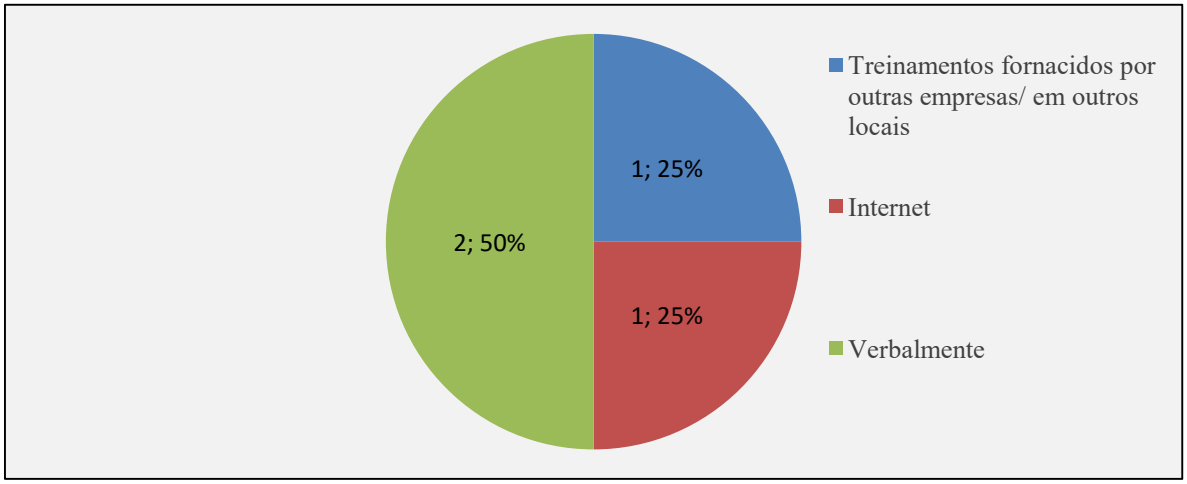


FONTE: Autoria própria.

A alínea "b" questiona de que forma os pesquisados tomaram conhecimento dos métodos listados como "sim" na alínea anterior.

Em Arbitragem foram contabilizadas 2 (duas) respostas para "verbalmente", 1 (uma) resposta para "treinamentos fornecidos por outras empresas/ outros locais" e 1 (uma) resposta para "internet".

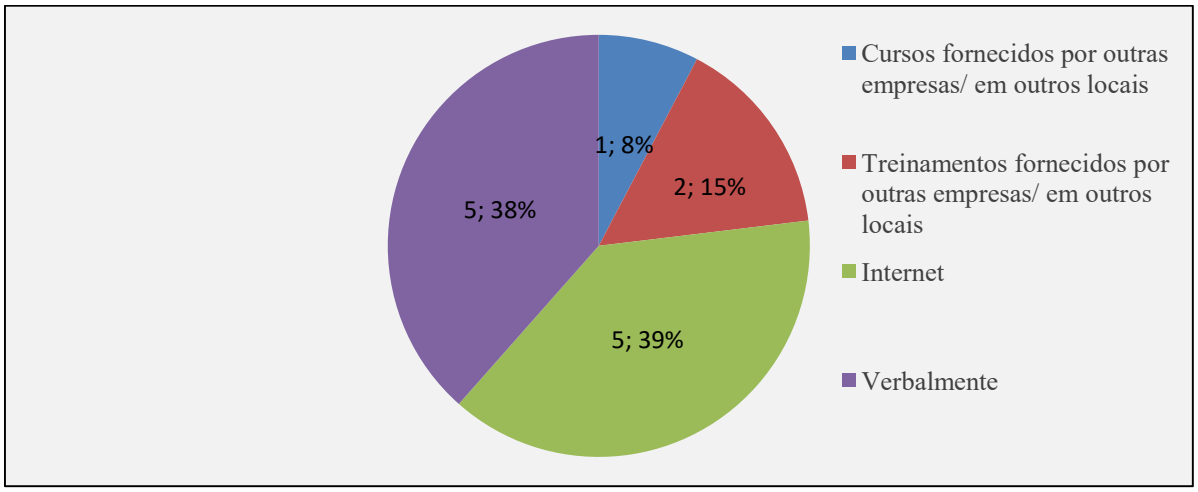
Gráfico 8 – Como o pesquisado tomou conhecimento da Arbitragem



FONTE: Autoria própria.

Em Conciliação foram contabilizadas 5 (cinco) respostas para "internet", 2 (duas) respostas para "treinamentos oferecidos por outras empresas / em outros locais", 1 (uma) resposta para "trabalhos técnico-científicos" e 1 (uma) resposta para "verbalmente".

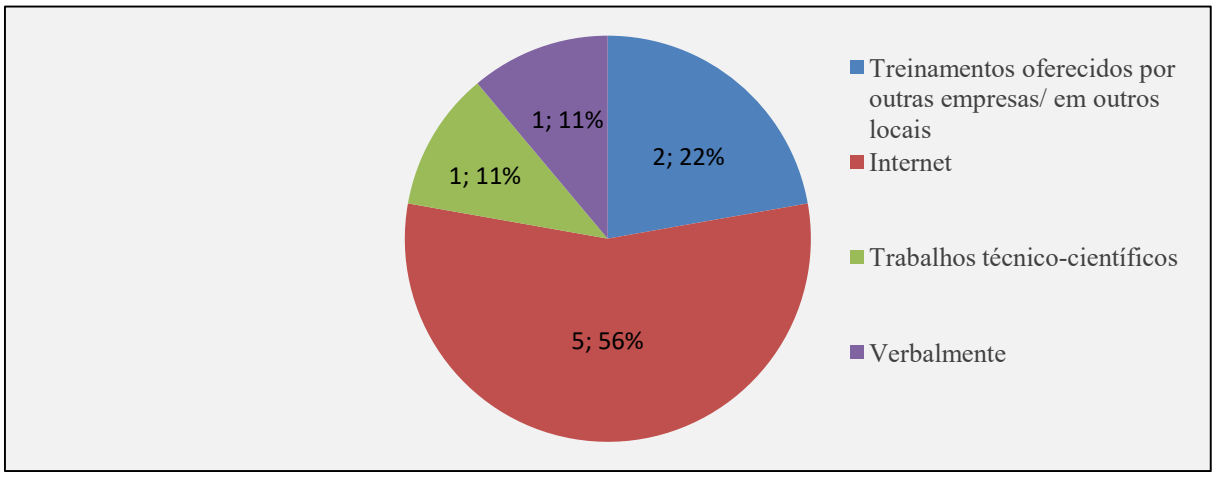
Gráfico 9 – Como o pesquisado tomou conhecimento da Conciliação



FONTE: Autoria própria.

Em Mediação foram contabilizadas 5 (cinco) respostas para "internet", 5 (cinco) respostas para "verbalmente", 1 (uma) resposta para "cursos oferecidos por outras empresas/ outros locais" e 2 (duas) respostas para "treinamentos oferecidos por outras empresas/ outros locais".

Gráfico 10 – Como o pesquisado tomou conta da Mediação

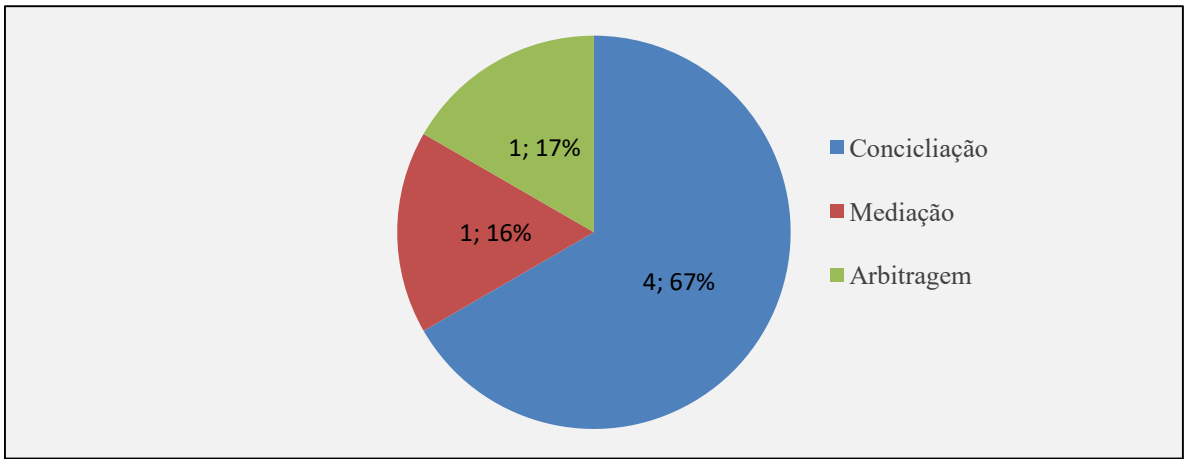


FONTE: Autoria própria.

A questão 4 (quatro) trata das práticas contratuais atuais na Instituição. Na alínea "a" pergunta-se se algum desses métodos de composição consensual de conflitos conhecidos pelos pesquisados são aplicados na UTFPR. Das 13 respostas, 8 (oito) ou 61,5% (sessenta e um vírgula cinco por cento) indicaram que "não" e 5 (cinco) ou 38,5% (trinta e oito vírgula cinco por cento) indicaram "sim". Das 5 (cinco) respostas que indicaram que se aplicam esses métodos na UTFPR foram contabilizadas 4 (quatro) respostas para Conciliação, 1 (uma)

resposta para Mediação e 1 (uma) resposta para Arbitragem. Uma das respostas indicou o uso de “notificação administrativa”.

Gráfico 11 – Métodos aplicados na UTFPR



FONTE: Autoria própria.

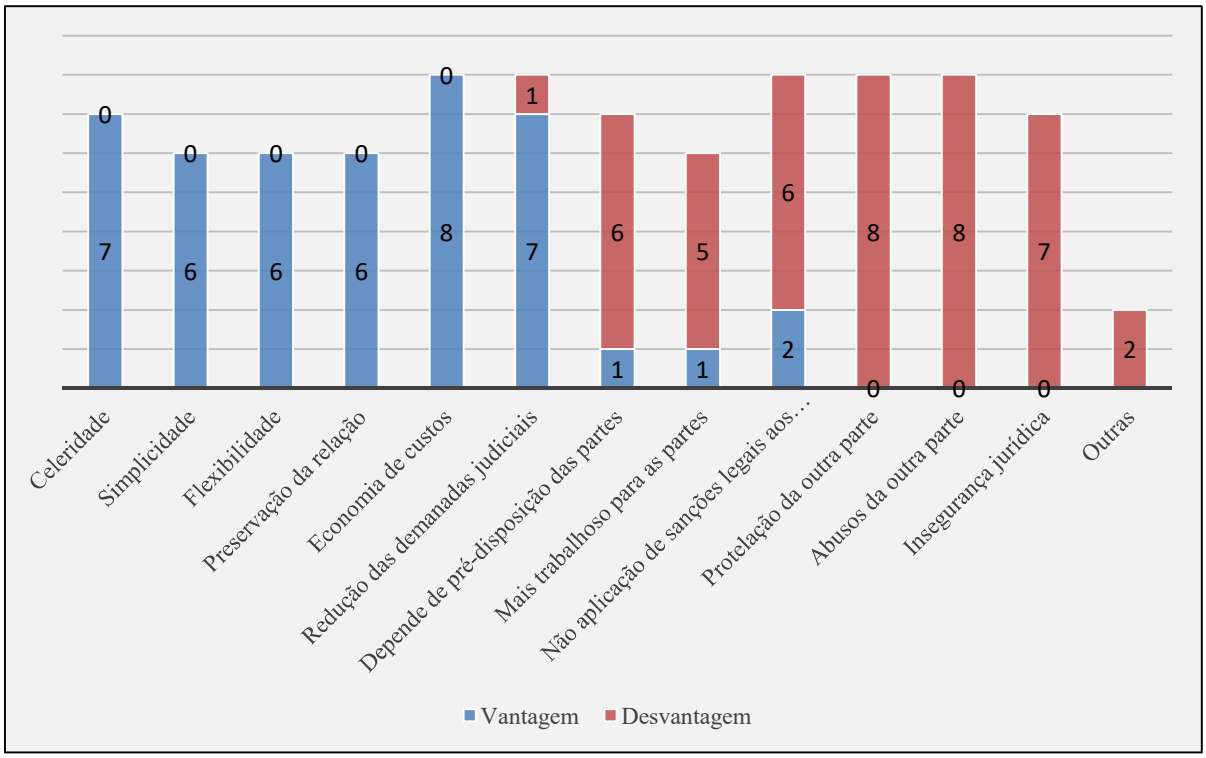
Na alínea “b”, pergunta-se, caso o pesquisado tenha respondido “sim” na alínea anterior, se considera esses métodos eficazes. Obteve-se 5 (cinco) respostas, sendo 2 (duas) “sim”, são eficazes; 1 (uma) “algumas vezes sim e outras não”; 1 (uma) “a maior parte das vezes sim, pois como fiscal de contrato não podemos interferir muito nas ações da contratada. Apenas notificamos e penalizamos conforme manda o contrato”; e 1 (uma) “não em todos os casos”.

Na questão 5, busca-se a percepção do pesquisado quanto aos métodos de composição consensual de conflitos. Na alínea “a” pede-se para marcar quais características considera relevantes na aplicação desses métodos e na alínea “b” se essas características são consideradas vantagens ou desvantagens.

Dentre as características marcadas, foram consideradas “vantagens”: “celeridade” com 7 (sete) respostas; “simplicidade nos procedimentos” com 6 (seis) respostas; “flexibilidade” com 6 (seis) respostas; “preservação da relação” com 6 (seis) respostas; “economia de custos” com 8 (oito) respostas; “redução das demandas judiciais” com 7 (sete) respostas; “depende de predisposição das partes” com 1 (uma) resposta; “mais trabalhoso para as partes” com 1 (uma) resposta”; e, “não aplicação de sanções legais aos inadimplentes” com 2 (duas) respostas. Foram consideradas “desvantagens”: “redução de demandas judiciais” com 1 (uma) resposta; “protelação da outra parte” com 8 (oito) respostas; “abusos da outra parte” com 8 (oito) respostas; “insegurança jurídica” com 7 (sete) respostas; “depende de predisposição das partes” com 6 (seis) respostas; “mais trabalhoso para as partes” com 5 (cinco) respostas; “não aplicação

de sanções legais aos inadimplentes” com 6 (seis) respostas; e, “outras” com 2 (duas) respostas, mas sem especificar quais características.

Gráfico 12 – Características relevantes na aplicação de métodos de composição consensual de conflitos



FONTE: Autoria própria.

A questão 6 (seis) teve como objetivo verificar se a amostra escolhida – mínimo de 13 (treze) respostas, sendo pelo menos uma resposta por câmpus – foi atingida com sucesso. Foram obtidas 13 (treze) respostas no total, sendo que 2 (dois) câmpus enviaram 2 (duas) respostas. Assim, a amostra escolhida foi contemplada em 85%, em que 11 dos 13 câmpus responderam ao questionário.

Quanto ao primeiro bloco de questões, que verifica as práticas contratuais realizadas pelos servidores na Instituição, as respostas da questão 1 (uma), alínea “a”, que investiga os as dificuldades encontradas na execução dos contratos da Instituição, apontam na maior parte das vezes despreparo e inadimplemento (parcial ou total) das empresas contratadas, mas também apontam problemas relacionados à comunicação contratado-contratante.

Um apontamento interessante, citado 3 vezes pelos pesquisados, é a falta de servidores para acompanhar a execução desses contratos (1 vez) ou a sobrecarga de serviços deles (2 vezes). Isso pode vir a dificultar um acompanhamento mais eficiente desses contratos, ou seja, ao invés de prevenir conflitos o servidor apenas adota medidas paliativas, postergando sua resolução que, por vezes, pode resultar em rescisão contratual ou judicialização, por exemplo.

Enquanto que a alínea “b”, dos procedimentos marcados para superar as dificuldades, os pesquisados marcaram, em 55% das indicações, métodos que priorizam a comunicação, como contato por telefone e mensagem eletrônica, sendo uma dessas respostas um procedimento não listado no questionário: reunião com a contratada/ contato presencial. Essa última resposta, apresentada por um dos pesquisados, é uma espécie de abertura à composição consensual de conflitos e pode demonstrar a predisposição das partes em gerenciar seus conflitos através do diálogo. Porém, os pesquisados também indicaram em 45% das respostas Notificação Administrativa e outros métodos coercitivos como judicialização das demandas e aplicação de penalidade (procedimento não listado no questionário, mas apontado por um pesquisado).

As respostas da questão 2 (dois) as diretrizes que os pesquisados utilizam para resolver as dificuldades decorrentes da execução do contrato, sendo normativas variadas como leis, regulamentos, instruções normativas, manuais em elaboração para a aplicação de penalidade, além de cursos, mas nada foi citado quanto à composição consensual dos conflitos na Instituição.

Na questão 4 (quatro), os pesquisados afirmam em sua maioria (61,5%) que a UTFPR não utiliza métodos de composição consensual de conflitos, sendo que o restante (38,5%) afirma que utiliza, citando conciliação, mediação e arbitragem. Um pesquisado indicou o uso de “notificação administrativa” como método de composição consensual de conflito, sendo considerada mais um meio coercitivo do que consensual, o que demonstra a desinformação sobre esses métodos.

Quanto ao segundo bloco de questões, as respostas da questão 3 (três), alínea “a”, demonstram que os pesquisados pouco conhecem os métodos de composição consensual de conflito, sendo a conciliação o mais citado e a autocomposição totalmente desconhecida. Essa última informação mostra-se em contradição com que um pesquisado afirmou na questão 1 (um), alínea “a”, ao dispor que um procedimento adotado para superar as dificuldades que resultam da execução do contrato era “reunião com a contratada, contato presencial”, o que mais uma vez demonstra a falta de informação sobre os métodos de composição consensual de conflitos pelos pesquisados, por se tratar de autocomposição em sua essência.

Na alínea “b” percebe-se que nenhum pesquisado obteve as informações sobre os métodos de composição consensual de conflitos por treinamentos ou cursos fornecidos pela UTFPR, mas por meio de treinamentos e cursos oferecidos por outras empresas ou em outros locais ou, ainda, por trabalhos técnico-científico e meios informais como verbalmente ou pela

internet. Percebe-se que a Instituição não fomenta a prática da composição consensual de conflitos, nem por meio de cursos nem por meio de treinamentos.

Nas respostas da questão 4 (quatro), alínea “b”, observa-se que das 5 (cinco) respostas que afirmaram que a UTFPR utiliza os métodos de composição consensual de conflitos, apenas 2 (duas) consideram métodos eficazes na resolução dos conflitos, as outras 3 (três) afirmam que podem ser eficazes como pode não ser, o que demonstra descrédito na aplicação dos métodos. Porém, a resposta que dispõe “a maior parte das vezes sim, pois como fiscal de contrato não podemos interferir muito nas ações da contratada. Apenas notificamos e penalizamos conforme manda o contrato” demonstra falta de conhecimento sobre essas práticas que não “interferem” nas ações da contratada, mas antes discutem, debatem, negociam futuras ações de modo a evitar as notificações e penalizações que constam no contrato.

Nas respostas da questão 5 (cinco), dentre as características apontadas na aplicação da composição consensual de conflitos, as características consideradas como vantagens estão ligadas à eficiência administrativa (celeridade, simplicidade nos procedimentos, flexibilidade, economia de custos e redução de demandas judicias), otimizando recursos públicos, e à preservação da relação contratual, que pode evitar a rescisão de contratos, o que também beneficia a Administração Pública, uma vez que a rescisão contratual é um problema para a Administração Pública, conforme apontado pelos pesquisados em contratos de serviços continuados com e sem dedicação exclusiva.

Quanto às desvantagens, as opções assinaladas estão ligadas à atuação das partes (protelação, abusos, predisposição, mais trabalhoso para ambos), à falta de punição pelo inadimplemento (redução de demandas judiciais e não aplicação de sanções legais) e à insegurança jurídica que a composição consensual dos conflitos pode resultar. As desvantagens apontadas ligadas à atuação das partes e à insegurança jurídica podem ser trabalhadas por meio da informação sobre os métodos e a legislação pertinente e do treinamento dos profissionais que lidam diretamente com as contratadas, enquanto que aquelas ligadas à falta de punição pode ser trabalhada por meio da adequação da atuação pública aos novos paradigmas do direito administrativo contemporâneo que têm como fundamento, entre outros, a cooperação entre a Administração Pública e o particular em detrimento da imperatividade.

Portanto, diante dos dados, conclui-se que apesar de as dificuldades surgidas no decorrer da execução dos contratos serem resolvidas por procedimentos que visem o diálogo, como contato por telefone, *e-mail* e reunião, ainda é marcante a presença de notificação administrativa, aplicação de penalidade e judicialização. São procedimentos que a legislação

impõe, mas ela também dispõe sobre métodos que visem a resolução consensual desses conflitos como, por exemplo, na Lei nº 9.307/96 e na Lei nº 13.140/2015.

As respostas também demonstram desconhecimento parcial ou total sobre os métodos de composição consensual de conflitos que poderiam auxiliar a Administração Pública, em um processo mais cooperativo entre as partes, em sua atuação no âmbito dos contratos que é marcado por controvérsias e dificuldades que causam prejuízos tanto à Administração quanto aos particulares, usuários ou contratados, em razão da interrupção desses contratos, má-prestação de serviços, obras em atrasos ou com baixa qualidade, entre outros problemas.

Assim, a proposta de ação derivada dos dados obtidos pode fomentar a prática da composição consensual de conflitos contratuais na UTFPR. Isso poderia ser por intermédio de uma Comissão que vise a preparação e a capacitação dos servidores encarregados da gestão/fiscalização dos contratos da Instituição para que passem a atuar de acordo com os novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo, notadamente a abertura à consensualidade, por meio da autocomposição de seus conflitos contratuais.

5 PROPOSTA DE AÇÃO

A pesquisa fundamenta uma proposta de ação para a Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR) que visa contribuir com as práticas contratuais realizadas pela Instituição para alcançar maior eficiência administrativa.

A autocomposição visa a resolução de uma controvérsia por meio do consenso, apresentando-se como um instrumento menos dispendioso aos cofres públicos do que a judicialização de suas demandas, por exemplo (MEDAUAR, 2014; SOUZA, 2016; BARREIROS, 2016). É gênero que pode realizar-se pela conciliação, pela mediação ou até mesmo sem o auxílio de terceiros (conciliador e mediador), ou seja, pela negociação direta, uma autocomposição em sentido estrito, sem custos para os interessados. É nesse último sentido que se aborda a autocomposição na proposta de ação. (FERNANDES, 2017; MARASCHIN, 2017; TAPETY, 2017).

A UTFPR exerce algumas de suas atividades por meio de Comissões[45], permanentes e temporárias, a depender da necessidade de manutenção ou não da comissão, formadas pelos servidores (técnicos administrativos e docentes) da Instituição que tenham interesse em colaborar com as demandas ou que atuam na área e/ou setor que desempenham atividades afins. Há comissões centrais, com representantes de vários câmpus, e subcomissões, que atuam de maneira descentralizada, geralmente formadas pelos servidores do próprio câmpus em que vão atuar.

Assim, levando em consideração a realidade da Instituição, propõe-se a designação de uma Comissão Central de fomento da Composição Consensual de Conflitos Contratuais na UTFPR, composta por representantes dos 13 (treze) câmpus, servidores lotados na DIRPLAD (Diretoria de Planejamento e Administração) que é a diretoria responsável pela gestão e fiscalização dos contratos na Instituição. A comissão terá caráter consultivo e informativo, atuando na formação técnica e pedagógica dos servidores e no fomento da prática compositiva de conflitos contratuais, sem interferência na gestão e fiscalização dos contratos.

Primeiramente, a comissão far-se-á uma consulta aos câmpus sobre a distribuição das funções diretamente relacionadas à gestão e fiscalização dos contratos, uma vez que a sobrecarga de trabalho pode interferir na disponibilidade/disposição do servidor em compor os conflitos. A sobrecarga de funções/trabalho foi um fator negativo apontado pelos pesquisados em relação ao desempenho na fiscalização e na gestão dos contratos, conforme citado 3 (três)

[45] Relação das Comissões disponível em: <http://portal.utfpr.edu.br/comissoes>. Acesso em: 03 out. 2018.

vezes na questão 1 (uma), alínea “a”. Com base nesses dados, a Comissão poderá elaborar relatório e propor readequações de modo a possibilitar a implementação dessa prática na Instituição.

A Comissão também elaborará um programa de capacitação e de treinamento dos servidores encarregados da gestão e da fiscalização dos contratos da Instituição para que passem a atuar de acordo com os novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo, notadamente a abertura à consensualidade, por meio da autocomposição de seus conflitos contratuais (BUCCI, 2002; MEDAUAR, 2003; DI PIETRO, 2013; BARREIROS, 2016).

A capacitação e o treinamento dos servidores pode ocorrer por meio de cursos, *workshops* e eventos, presenciais ou por EaD (Ensino a Distância), utilizando-se da plataforma Moodle e da tecnologia à disposição da Instituição, como por exemplo, a videoconferência. Poderão ser promovidos pela própria UTFPR ou por outras instituições, públicas ou privadas, com profissionais gabaritados na área, que já tenham implementado a prática da composição consensual, mediante convênios ou parcerias.

A Procuradoria Jurídica da UTFPR integra a Procuradoria-Geral Federal (PGF) que está vinculada à Advocacia-Geral da União (AGU). A AGU já dispõe de Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF) e, em razão de sua vinculação com a Universidade, pode colaborar com a implementação e fomento dessa prática na UTFPR. Além disso, a AGU já dispõe de um “Manual de negociação baseado na Teoria de Harvard” que dispõe sobre a conciliação e mediação e que poderá ser utilizado pelos servidores como modelo na implementação da prática compositiva na Instituição (EAGU, 2017).

É imprescindível para atingir sua finalidade que a Comissão realize reuniões periódicas com os membros da Comissão para relatos de experiências e para troca de informações e de sugestões sobre a prática e o fomento da autocomposição dos conflitos contratuais da Instituição. Em cada reunião será elaborada uma ata com o breve relato das ocorrências, das deliberações e das propostas sugeridas, que serão estruturadas em formato de um cronograma de ação com vistas a fomentar boas práticas no âmbito da gestão e da fiscalização dos contratos.

O que se busca em relação à atuação dos servidores nos câmpus é que, diante de qualquer controvérsia na execução dos contratos, o servidor (gestor/fiscal) entre em contato com a empresa para solicitar uma reunião presencial na qual deverá criar um ambiente propício para negociações. É possível que haja a intervenção de um facilitador, interno ou externo à Instituição, de modo a colaborar com as negociações, e capacitado para essa atuação. Nessa reunião, a contratada será indagada sobre as causas do inadimplemento parcial ou total do

estipulado em contrato ou outro problema apresentado. Essas causas serão discutidas em conjunto para que, a partir daí, seja elaborado um cronograma de ação, no qual a contratada assumirá o compromisso de regularizar a execução do contrato em um determinado período de tempo, com o auxílio, no que couber, da Administração Pública.

Ao final das tratativas, formalizar-se-á o convencionado por meio de documentos elaborados e assinados pelos interessados, que serão remetidos à autoridade competente para verificação da legalidade e acompanhamento do acordado que, a depender do caso, em razão da extensão e da natureza das alterações contratuais, pode envolver o Diretor de área (DIRPLAD) ou até mesmo a Procuradoria Jurídica da UTFPR.

Sugerem-se dois principais documentos resultantes da reunião de composição consensual do conflito contratual, sem, contudo, esgotar a possibilidade de que outros documentos possam ser elaborados a partir das negociações (EAGU, 2017). São eles:

a) Termo de reunião, ou simplesmente ata, em que são registradas as ocorrências e deliberações ocorridas durante a reunião, e, sempre que possível, com indicação de data para a próxima reunião; e
b) Termo de acordo, em que constará a solução proposta para a solução do conflito, com a indicação de prazos e de responsáveis pelo cumprimento das tarefas e a discriminação das obrigações assumidas pelos interessados.

Esses documentos podem ser anexados no processo aberto para fiscalização do contrato, conforme dispõe o art. 46, § 1º, da IN 05/20171[46], e que organiza sistematicamente o registro das ocorrências, as comunicações entre as partes e demais documentos relacionados à execução do objeto do contrato.

Portanto, se da autocomposição surgirem alterações contratuais, que devem ser permitidas pela legislação (Lei nº 8.666/1993 e outras), deverão estar justificadas por escrito e previamente autorizadas pela autoridade competente do setor de licitações, devendo ser promovida mediante celebração de termo aditivo. Essa alteração deverá ser submetida Diretor de área (DIRPLAD) ou à aprovação da consultoria jurídica do órgão ou entidade contratante, que no caso da UTFPR é a Procuradoria Jurídica.

---

[46] Art. 46. As ocorrências acerca da execução contratual deverão ser registradas durante toda a vigência da prestação dos serviços, cabendo ao gestor e fiscais, observadas suas atribuições, a adoção das providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993.
§ 1º O registro das ocorrências, as comunicações entre as partes e demais documentos relacionados à execução do objeto poderão ser organizados em processo de fiscalização, instruído com os documentos de que trata o § 4º do art. 42.

Frise-se que a legislação permite que o objeto contratado possa ser alterado, desde que justificadamente, na forma prevista no art. 65 da Lei nº 8.666 de 1993[47]. Porém, é vedado promover modificação no contrato sem prévio procedimento por aditamento contratual e, em qualquer hipótese, não poderá haver modificação da essência do objeto.

Isto posto, a criação de uma Comissão Central de fomento da Composição Consensual de Conflitos na UTFPR justifica-se pela implementação de uma atuação administrativa em consonância com os novos paradigmas do Direito Administrativo, que tem como uma de suas vertentes a abertura à consensualidade.

Por intermédio da utilização de instrumentos jurídicos do direito privado na gestão de seus contratos, como a autocomposição, a Instituição promoverá a cooperação e a colaboração entre contratantes e contratados e, em consequência disso, a eficiência na administração, evitando a judicialização de conflitos, a rescisão de contratos e as penalizações que, por vezes, podem impactar na execução e na entrega do objeto do contrato.

É necessário criar uma cultura organizacional de consensualidade, primando pela composição consensual dos conflitos contratuais e também de outra natureza, adequando a atuação da Administração Pública com os estudos mais recentes do Direito Administrativo de forma a atingir o interesse público (BARREIROS, 2016).

---

[47] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
[...]
II – por acordo das partes:
[...]
b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratais originários;
[...]

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito é uma ciência social e, em razão da dinamicidade da sociedade, transforma-se no tempo e no espaço no qual se manifesta. O Direito Administrativo, como ramo do direito, acompanhando as mudanças ocorridas nas últimas décadas, apresenta novos paradigmas que influenciam diretamente a atuação do Estado contemporâneo: a constitucionalização do Direito Administrativo, a contratualização na Administração Pública e a abertura à consensualidade.

Sob o influxo da constitucionalização do Direito Administrativo, ocorre a restruturação e a reformulação acerca do que seja a atuação estatal, que passa a ter como base a democracia e os direitos fundamentais. Essa transformação recai, principalmente, na coordenação de interesses que visa tornar efetiva a equação política entre os direitos fundamentais do indivíduo e as competências do Estado.

A constitucionalização desse ramo do direito acentuou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF88) e as emendas constitucionais que se seguiram. Nesse contexto, surge o fenômeno da publicização da esfera privada, em que o Estado passa a atuar em áreas antes reservadas somente à iniciativa privada, e da privatização da esfera pública, em que a iniciativa privada passa a colaborar na gestão de atividades de interesse geral.

Esses movimentos de privatização do direito público e de publicização do direito privado convergem para um ponto comum: o interesse público. Isso demonstra a confluência entre os dois setores, tornando-se um dos corolários das transformações da atuação estatal e da vida em sociedade.

Nesse cenário, o Estado passa a assumir cada vez mais um complexo de atividades e a Administração Pública vê a necessidade de pactuar contratos com particulares para cumprir com sua finalidade. A contratualização passa, então, a ocupar lugar de destaque nas práticas administrativas e os instrumentos contratuais surgem para juntar esses dois eixos resultantes da constitucionalização do Direito Administrativo: a maior participação da esfera privada nas atividades públicas e a procura por novas formas de gestão na Administração Pública, por meio de institutos privados devidamente adaptados às normas de direito público.

Porém, nas relações contratuais estabelecidas entre o Estado e o particular, ainda se têm forte influência da unilateralidade e da verticalidade. Em razão disso, mostra-se de fundamental importância a introdução de novas práticas de gestão, recorrendo a institutos jurídicos consensuais, o que amplia a legitimidade da atuação estatal e reduz conflitos provenientes dessas relações.

A Administração Pública deve, portanto, inclinar-se ao modelo de atuação consensual

em detrimento do modelo imperativo, visando sempre o interesse público e a eficiência administrativa. Sua atuação deve estar pautada na valorização da parceria entre a iniciativa privada e o Estado, com a colaboração e participação de todos os envolvidos na relação jurídica estabelecida.

Assim, o administrador público no exercício de sua função tem o múnus de buscar soluções mais céleres e equitativas aos problemas apresentados durante a execução dos contratos firmados pela Administração com a cooperação entre as partes, objetivando a eficiência sem, contudo, prejudicar a segurança jurídica e a confiabilidade dessas relações contratuais. Para isso, entretanto, é necessário que a cultura da judicialização das controvérsias e da aplicação de penalidades deem espaço à consensualidade.

Nesse contexto, a composição consensual dos conflitos da Administração Pública vem ao encontro dos novos paradigmas do direito administrativo, notadamente, da abertura à consensualidade, rompendo com o modelo de justiça que confere primazia ao conflito. Essa forma de atuação está em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, que foi diretamente influenciado pela constitucionalização de todos os ramos do direito.

O parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Processo Civil (CPC), por exemplo, dispõe que o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos, sempre que possível. Dispõem o parágrafo 3º que os membros e órgãos do Estado devem estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, ainda que no curso de processo judicial. O art. 190 do CPC trata sobre a autocomposição, dispondo sobre a possibilidade de convenções processuais entre as partes.

Outras leis, alteradas ou promulgadas recentemente, permitem que o Estado se valha de mecanismos consensuais para a resolução de seus conflitos. Entre elas temos a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), alterada pela Lei nº 13.129/2015, que permite à Administração Pública, direta e indireta, utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos. Outra lei importante nesse contexto é a Lei nº 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Portanto, a composição consensual de conflitos, que busca soluções baseadas no consenso, está respaldada no ordenamento jurídico contemporâneo e traz importantes benefícios à Administração Pública, tais como o menor custo, a rapidez nos trâmites administrativos, a justiça para os interessados, menos desgaste na relação contratual e, com isso, a possibilidade de novas parcerias entre as partes.

Porém, a prática da consensualidade no âmbito da Administração Pública ainda é

novidade e está em processo de construção. É imprescindível o fomento e o aprimoramento dessas ferramentas jurídicas na atuação do Estado, visando a adequação e a profissionalização desta prática colaborativa. Deve o Estado, portanto, por intermédio de seus órgãos e entidades, criar políticas públicas de incentivo à utilização de métodos de composição consensual de conflitos.

Diante desse cenário, por meio da pesquisa de campo, buscou-se investigar as práticas contratuais de uma instituição pública de Ensino Superior – a Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR) – e o conhecimento e a percepção dos servidores da Instituição acerca dos métodos consensuais de resolução de conflitos para, após, propor um conjunto de ações baseado na consensualidade.

A coleta desses dados realizou-se por meio de aplicação de questionário e abrangeu os setores das Diretorias de Planejamento e Administração (DIRPLAD's) que atuam com contratos, como Departamento de Serviços Gerais (DESEG), Departamento de Materiais e Patrimônio (DEMAP) e Departamento de Projetos e Obras (DEPRO) dos 13 (treze) câmpus da UTFPR. São os setores responsáveis pelas atividades de planejamento, execução e controle da gestão orçamentária, financeira e patrimonial em âmbito local e onde ficam lotados os servidores que gerenciam e fiscalizam os contratos da Instituição.

O questionário com 6 (seis) questões foi dividido em 2 (dois) blocos. O primeiro bloco investiga quais as principais dificuldades encontradas na execução dos contratos da Instituição e quais os procedimentos comumente adotados para resolvê-las, além de listar as principais normativas seguidas pelos servidores nesses casos. No segundo bloco, busca aferir o conhecimento e a percepção dos servidores da Instituição quanto aos métodos de composição consensual de conflitos, se e como os conheceram.

No primeiro bloco, muitas respostas revelam o despreparo e o inadimplemento (total ou parcial) das empresas contratadas, mas também citaram a falta de servidores e a sobrecarga de funções na Instituição. Revelam também uma predisposição dos servidores em resolver os conflitos por métodos que priorizam a comunicação, como a ligação telefônica ou o contato por *e-mail*, contudo, sem deixar de citar alguns métodos coercitivos, como a penalização e a judicialização.

No segundo bloco, observou-se que os servidores pouco conhecem sobre os métodos de composição consensual de conflitos e, quando os conhecem, isso não ocorreu por iniciativa da Instituição. Esses métodos também têm pouca credibilidade quanto à sua eficácia entre os pesquisados. Em relação às características apontadas como vantagens na aplicação desses métodos, destacam-se aquelas ligadas à eficiência, otimização de recursos e à preservação da

relação contratual. Enquanto que aquelas indicadas como desvantagens estão associadas à atuação das partes, à falta de punição e à insegurança jurídica.

Conclui-se que, das respostas obtidas, apesar de, por vezes, haver diálogo entre as partes na resolução das controvérsias surgidas no decorrer da execução dos contratos na UTFPR, ainda é notável a aplicação de procedimentos coercitivos. Também conclui-se que pouco se conhece sobre os métodos de composição consensual de conflitos que visam auxiliar a Administração Pública na resolução de suas controvérsias, na busca de um processo mais colaborativo e cooperativo entre as partes da relação contratual.

Esses aspectos estão ligados não somente à percepção dos servidores quanto à forma de resolução dos conflitos, mas também à cultura organizacional da Instituição. Sendo assim, é imprescindível a institucionalização das práticas consensuais em todas as relações jurídicas das quais a UTFPR faça parte, não apenas no âmbito dos contratos, para que, com isso, a Instituição possa atuar segundo os novos paradigmas do Direito Administrativo e da Administração Pública contemporânea.

A elaboração da pesquisa, com o levantamento bibliográfico e a pesquisa de campo, embasa uma proposta de ação que visa a implementação de uma Comissão Central de fomento da composição consensual de conflitos contratuais no âmbito da UTFPR. Por intermédio dessa Comissão, realizar-se-á: uma consulta aos câmpus sobre a distribuição das atribuições e das funções dos servidores que atuam diretamente com os contratos, elaborando um relatório e podendo propor readequações de modo a possibilitar maior disponibilidade e disposição dos servidores em compor consensualmente os conflitos contratuais da Instituição; e, a capacitação e o treinamento dos servidores responsáveis pela gestão e fiscalização dos contratos, inclusive por meio de parcerias e convênios, para compor suas controvérsias por meio do consenso, como alternativa à judicialização e à penalização diante dos conflitos contratuais da UTFPR.

Portanto, propõe-se um conjunto de ações para a UTFPR, baseado em estudos contemporâneos sobre o tema, com o intuito de colaborar com a resolução dos conflitos contratuais da Instituição, sendo viável também a aplicação dessa prática no âmbito de conflitos de outra natureza. Além disso, estende-se a possibilidade de implementação de propostas semelhantes em outras Instituições Públicas, visando sempre a atuação estatal segundo o interesse público.

A pesquisa em comento não tem como objetivo esgotar os estudos sobre o tema, mas antes contribuir e fomentar o interesse pela composição consensual de conflitos, sugerindo, inclusive, o prosseguimento dessa pesquisa, com a implementação da proposta de ação na UTFPR.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 4, p. 171-187, 1998.

ARAÚJO, E. N. D. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ARAÚJO, E. N. D. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARREIROS, L. M. S. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARROS, A. J. D. S.; LEHFELD, N. A. D. S. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Pearson Pretice Hall, 2007.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERG, E. A. **Administração de conflitos:** abordagens práticas para o dia a dia. 2. ed. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

BOBBIO, N. **Dicionário de política**. Brasília: UnB, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. **Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF:** cartilha. 3. ed. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/170561>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. **Manual de obras e serviços de engenharia:** fundamentos da licitação e contratação. Brasília: AGU, 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. Decreto-Lei nº5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das Leis do Trabalho (CLT). **Planalto**, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. **Planalto**, 1993. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 23 maio 2017.

_____. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. **Planalto**, 1996. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**, 2002. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 junho 2017.

_____. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. **Planalto**, 2015a. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. Lei nº13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Planalto**, 2015b. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Instrução Normativa de Serviços IN nº 5, de 2017. **Portal de Compras.** Governo Federal, 2017. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/in-servico-faq>. Acesso em: 12 out. 2018.

BUCCI, M. P. D. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. G. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASTRO, R. P. A. D.; FIGUEROA, R. O. Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável ("gerencial"). **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 13, n. 51, p. 187-203, jan./mar. 2013.

CONSENSO. **Dicionário online do Michaelis**. 31 jan. 2018. [n. p.] Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consenso/>. Acesso em: 31 jan. 2018.

COSTA, M. A. F. D.; COSTA, M. D. F. B. D. **Projeto de pesquisa:** entenda e faça. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

COUTO E SILVA, A. O Princípio da Segurança Jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul./set. 2004.

CRUZ, V. **Constituição Federal anotada para concursos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

FACCI, L. P. Confiança e Modernidade: uma abordagem sociólogica. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 58, p. 236-246, abr./jun. 2012.

FERNANDES, T. M. Introdução. In: MARASCHIN, M. U. (Coord.). **Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard**. Brasília: EAGU, 2017.

FERRAZ, S.; DALLARI, A. A. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, A. B. D. H. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GREGO-SANTOS, B. Nivelamento versus Igualdade: Aspecto Subjetivo e Objetivo do Posicionamento da Administração Pública em Relação ao Particular. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122-147.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. D. A. **Fundamentos da metodologia científica**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LOSSO, M. R. **O Princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado**. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

MARASCHIN, M. U.; TAPETY, H. L. C. Apresentação. In: MARASCHIN, M. U. (Coord.). **Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard**. Brasília: EAGU, 2017.

MARASCHIN, M. U. (Coord.). **Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard**. Brasília: EAGU, 2017. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38202058>. Acesso em: 06 set. 2018.

MEDAUAR, O. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Controle da administração pública**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOTA, R. Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann. **PLURAL: Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 182-197, 2016.

NERY, A. R. D. F. Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. cap. 5.

OLIVEIRA, G. J. D.; SCHWANKA, C. A Administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

ROCHA, L. C. B. F.; DINIZ, M. A. D. V. A Administração Pública e o Princípio da Confinça Legítima. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Salvador. **Anais...**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Encontro+Preparat%C3%B3rio+para+o+Congresso+Nacional+-+Salvador+(19%2C+20+e+21+de+junho+de+2008).pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

SILVEIRA, D. T.; CÓRDOVA, F. P. A pesquisa científica. In: GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: UFRGS, 2009, p. 31-42.

SOUZA, L. M. D. Controle consensual na elaboração e implementação de políticas públicas: caminho democrático e eficiente. In: MARRARA, T.; GONZÁLEZ, J. A. (Coord.). **Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2016.

STOCO, R. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil.** 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1 v.

VIEIRA, A. P. **Compras na Administração Pública**. 2005. [Material Didático do Curso Planejamento e Execução da Despesa Pública]. Brasília: ENAP, 2005.

ZAPPELLINI, M. B.; FEUERSCHÜTTE, S. G. O uso da triangulação na pesquisa científica brasileira em administração. **Revista Administração:** ensino e pesquisa, Rio de Janeiro, v. 16. n. 2, p. 241-273, abr./jun. 2015.

APÊNDICE A – Questionário da Pesquisa

Este questionário faz parte da dissertação da aluna Michelle dos Santos Gonsales pelo PROFIAP – Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública – e visa o levantamento de dados para propor melhorias nas práticas contratuais na UTFPR. Por gentileza, responda as questões abaixo de maneira clara e objetiva.

Considerando as práticas contratuais realizadas no câmpus nos últimos 5 anos:

1. **Relate**:
   a) Na Coluna 2: DIFICULDADES, **quais as principais dificuldades encontradas na execução dos contratos da UTFPR**.
   Atenção: Caso não tenha havido dificuldades ou o câmpus não tenha realizado contratos dessa natureza, apenas escrever "NÃO HOUVE".
   b) Na coluna 3: PROCEDIMENTOS ADOTADOS, marcando com (X), **quais os principais procedimentos adotados para superar cada uma dessas dificuldades que surgiram durante a execução desses contratos**.

Coluna 1: **NATUREZA DOS CONTRATOS**	**Coluna 2:** **DIFICULDADES**	**Coluna 3:** **PROCEDIMENTOS ADOTADOS**
Obras/ Serviços de engenharia	1.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
	2.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais: _____
	3.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização

		( ) Outro(s). Quais:_____
Serviços continuados com dedicação exclusiva (Ex. limpeza, conversação etc.)	1.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
	2.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
	3.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
Serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão-de-obra (Ex. manutenção predial, telefonia fixa, fornecimento de refeições no RU etc.)	1.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais: _____
	2.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
	3.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização

		( ) Outro(s). Quais:_____
Compras de bens permanentes (Ex. mobiliário)	1.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
	2.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
	3.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
Concessão (Ex. concessão de espaço físico para exploração de reprografia)	1.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
	2.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
	3.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa

		( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:_____
Outro(s) contratos. Quais?	1.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:
	2.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:
	3.	( ) Contato por telefone ( ) Mensagem eletrônica (*E-mail*) ( ) Notificação administrativa ( ) Judicialização ( ) Outro(s). Quais:

2. **Em relação aos procedimentos adotados para superar as dificuldades surgidas durante a execução dos contratos, existe alguma diretriz ou recomendação formal a seguir?** (Ex. regulamento, instrução normativa etc.)
   ( ) Não.
   ( ) Sim. Especifique:_____
   _____
   _____

3. Em relação aos **Métodos de Composição Consensual de Conflitos**:

a) Na primeira linha, **marque com (X) se você conhece os métodos listados**;

b) Caso conheça, **marque com (X) de que forma você tomou conhecimento do método**.

Conhece o método? / **Como o conheceu?**	**Arbitragem** ( ) Sim ( ) Não	**Mediação** ( ) Sim ( ) Não	**Conciliação** ( ) Sim ( ) Não	**Autocomposição** ( ) Sim ( ) Não	**Outro método. Qual?** _____
Cursos fornecidos pela UTFPR	( )	( )	( )	( )	( )
Treinamentos fornecidos pela UTFPR	( )	( )	( )	( )	( )
Cursos fornecidos por outras empresas/ em outros locais	( )	( )	( )	( )	( )
Treinamentos fornecidos por outras empresas/ em outros locais	( )	( )	( )	( )	( )
Internet	( )	( )	( )	( )	( )
Trabalhos técnicos-científicos	( )	( )	( )	( )	( )
Verbalmente	( )	( )	( )	( )	( )
Outra(s) formas. Quais?_____	( )	( )	( )	( )	( )

4. Em relação às **práticas contratuais atuais**:

a) Aplica-se algum desses métodos de composição consensual na resolução dos conflitos que surgem durante a execução dos contratos da UTFPR?

( ) Não.

( ) Sim. Quais? _____

b) Se a resposta da alínea anterior for "Sim", responda: Esse(s) método(s) aplicado(s) na resolução dos conflitos é(são) eficaz(es), ou seja, alcançam o seu objetivo?

( ) Sim.

( ) Não. Justifique: _____

5. Na sua percepção:

a) **Marque com X as características que você considera RELEVANTES na aplicação dos métodos de composição consensual de conflitos.**

b) **Nas características selecionadas como relevantes marque se você as considera uma VANTAGEM ou uma DESVANTAGEM**.

CARACTERÍSTICA	**Vantagem**	**Desvantagem**
( ) Celeridade	( )	( )
( ) Simplicidade nos procedimentos	( )	( )
( ) Flexibilidade	( )	( )
( ) Preservação da relação	( )	( )
( ) Economia de custos	( )	( )
( ) Redução de demandas judiciais	( )	( )
( ) Protelação da outra parte	( )	( )
( ) Abusos da outra parte	( )	( )
( ) Insegurança jurídica	( )	( )
( ) Depende de predisposição das partes	( )	( )
( ) Mais trabalhoso para as partes	( )	( )
( ) Não aplicação de sanções legais aos inadimplentes	( )	( )
( ) Outra. Especifique:_____	( )	( )
( ) Outra. Especifique:_____	( )	( )

6. Em qual câmpus você atua?

( ) Apucarana
( ) Campo Mourão
( ) Cornélio Procópio
( ) Curitiba

( ) Dois Vizinhos
( ) Francisco Beltrão
( ) Guarapuava
( ) Londrina
( ) Medianeira
( ) Pato Branco
( ) Ponta Grossa
( ) Santa Helena
( ) Toledo