

**Título :** A POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E A QUESTÃO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

**Autor :** Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

## **DOCTRINA – 456/267/MAI/2016**

### **A POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E A QUESTÃO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO**

#### **GUSTAVO HENRIQUE CARVALHO SCHIEFLER**

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Educação executiva pela Harvard Law School. Pesquisador Visitante no Max-Planck-Institut, de Hamburgo. Integra a equipe de consultores externos da Zênite Informação e Consultoria S.A.

#### **INTRODUÇÃO**

Este artigo versa sobre o uso da negociação no âmbito das relações jurídico-administrativas contratuais. Especificamente, investiga-se a licitude de uma situação hipotética em que a Administração Pública negocia com um particular que descumpriu determinado contrato administrativo e celebra com ele um acordo alternativo, mais favorável a ambas as partes, afastando-se da solução ordinária que levaria à simples rescisão contratual e/ou aplicação de penalidade administrativa. É o que segue adiante.

#### **A NEGOCIAÇÃO COMO UM PROCESSO DE DESCOBERTA DE POTENCIAIS SOLUÇÕES EFICIENTES PARA OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

A negociação é uma das formas mais básicas de interação humana. Trata-se de um processo comunicativo próprio às ações que envolvem mais de um agente. Busca-se, por seu intermédio, um melhor alinhamento entre as condutas e os interesses das partes que interagem, servindo como um poderoso instrumento para a resolução consensual de disputas e de problemas em geral. <sup>1</sup>

A doutrina especializada define sinteticamente o instituto da negociação como a “comunicação recíproca dedicada a alcançar um acordo entre duas ou mais partes que compartilham alguns interesses e que possuem outros conflitantes ou simplesmente diferentes”. <sup>2</sup>

As pessoas negociam porque intencionam ajustar uma solução melhor do que aquela que poderiam alcançar sem o consenso da outra parte. É um processo de troca de informações em que as partes se esforçam para desvendar ou estruturar alguma solução mais eficiente do que aquela que seria encontrada sem o acordo.

Refletindo-se conjuntamente sobre a definição do instituto e o cenário investigado, não é de surpreender que este artigo defenda os potenciais benefícios da negociação perante os casos em que o particular descumpra obrigações contidas no contrato administrativo.

A questão é que nem sempre a intervenção unilateral sobre o contrato administrativo será a melhor solução para os interesses públicos perseguidos pela Administração Pública. <sup>3</sup> Em alguns casos, e talvez na grande maioria daqueles em que inexiste má-fé no descumprimento contratual, a busca por soluções consensuais representa uma forma mais adequada para a satisfação dos interesses públicos – o que, diga-se, não significa necessariamente que o particular deva ser poupado de eventuais penalidades administrativas.

Não há dúvidas de que a Administração Pública será beneficiada caso empregue regularmente

técnicas especializadas de negociação. É amplamente reconhecida a potencial redução de custos de transação que decorre de técnicas como a audição ativa (*active listening*, em inglês) e o cuidado com a fluidez das comunicações. Cite-se, ainda, os benefícios que decorrem da simples compreensão sobre as diferenças existentes entre interesses, posições e alternativas em um processo de negociação ou da preocupação com a legitimação das soluções. Ou, ainda, a importância do apreço ao bom relacionamento entre os agentes e da compreensão do conceito da expressão *Best Alternative To a Negotiated Agreement (BATNA)*, em inglês; ou, melhor alternativa para um acordo negociado, em português.<sup>4</sup>

É preciso afastar a presunção de que a negociação é um processo competitivo, meramente distributivo de somas fixas, como a mítica divisão de uma torta, em que o resultado gerará partes vencedoras e perdedoras. Uma negociação bem conduzida pode criar valores antes desconhecidos e evitar a escalada de posições contrapostas entre as partes. A aproximação dialógica promove uma análise perspectiva a partir da posição do outro, em movimento mais afeito à parceria do que a uma mera contraposição de interesses comerciais.<sup>5</sup>

Imagine-se uma situação em que a solução jurídica tradicional consistiria em rescisão contratual e aplicação de multa por inexecução do objeto. Por exemplo, um contrato administrativo para a construção de um hospital cujo cronograma físico-financeiro encontra-se substancialmente atrasado em razão de dificuldades financeiras enfrentadas pela construtora contratada, que, suponha-se, perdeu parte do seu fluxo de caixa com a crise econômica que se instaurou no País.

A aplicação da solução jurídica tradicional prescreveria à Administração Pública a rescisão do contrato e a aplicação de multa por inexecução contratual, com a sequente realização de uma nova licitação pública ou celebração de um contrato emergencial.

Mas, conjecture-se, nessa mesma situação hipotética, que, durante a instrução do processo administrativo que levaria à solução jurídica tradicional, fatos supervenientes fazem cessar os riscos das causas que levaram o particular ao inadimplemento culposo do contrato.

Suponha-se, ainda, que há um conjunto probatório razoável para se fazer confiar que, desde então, o contratado voltou a ser capaz de executar o objeto contratado de forma regular. Por hipótese, a contratada teria recebido aportes financeiros de seus acionistas ou realizado operações de créditos que restabeleceram seu fluxo de caixa por um período suficiente à conclusão da obra. Além disso, a contratada estaria disposta a oferecer novas garantias para a execução do contrato, bem como a arcar com determinada multa, a ser paga de forma parcelada após o encerramento do contrato.

Em uma situação como essa, a rescisão contratual seguida de novo processo de contratação pública muito provavelmente seria desvantajosa à Administração Pública quando comparada com um cenário em que o atual contratado, conquanto até então inadimplente, mantivesse a execução do contrato. Note-se, também, que a continuidade do contrato com a aplicação imediata de multa, tal como possivelmente ocorreria, poderia colocar em risco a própria execução da obra, o que leva à potencial pertinência de permitir o pagamento posterior da penalidade.

A grande questão é que a regular negociação para a descoberta criativa de alternativas saudáveis aos interesses públicos e privados dificilmente acontecerá. Em casos como o exemplificado, a decisão pela continuidade do contrato administrativo frequentemente não seria adotada, ainda que representasse a melhor solução para os interesses públicos.

Ou, ainda, quando adotada, dificilmente seria precedida de uma negociação realizada em conformidade com o devido processo administrativo, com o respectivo registro das comunicações. Essas falhas retiram a licitude do processo de negociação e, para além disso, acarretam insegurança jurídica à avença e arriscam os agentes públicos e privados envolvidos à eventual responsabilização por órgãos de controle.

Inúmeros exemplos podem ser formados para ilustrar situações em que uma negociação pode gerar soluções mais desejáveis do que a simples rescisão contratual e/ou aplicação de penalidade administrativa ao contratado inadimplente.

Veja-se que, em muitas ocasiões, a rescisão do contrato administrativo em razão da perda de uma condição de habilitação não será a solução mais adequada para conformar os interesses públicos pertinentes a um caso concreto, ainda que teoricamente essa falta represente um descumprimento contratual e a medida seja prevista em lei. Em negociação com o particular, eventuais alternativas podem ser apresentadas para suprir aquele documento.

Noutros casos, ainda exemplificativamente, a Administração pode consentir com a substituição da marca ou de características periféricas do objeto oferecido pelo licitante vencedor, desde que o novo produto também satisfaça os interesses públicos.

Em suma, são diversos os casos em que a negociação pode gerar soluções criativas que prestigiam os interesses públicos de maneira mais apurada que a simples aplicação das soluções já previstas na legislação. Retirar da Administração Pública a possibilidade de negociar soluções alternativas ao descumprimento contratual por parte do contratado significar privá-la da busca pela melhor forma de satisfazer seus próprios interesses, que, como se sabe, devem ser coincidentes com os interesses públicos.

Sem o regular processo de negociação, sem a comunicação recíproca, organizada, que pode criar novos valores pela redução de assimetrias informacionais,<sup>6</sup> a Administração Pública não consegue perceber que, em inúmeros casos, lhe escapam soluções mais favoráveis, que só podem ser conhecidas mediante esse processo. O contrato administrativo, carente de consensualidade durante sua execução, torna-se menos eficiente do que poderia ser, em mais um quesito que lhe desfavorece quando comparado com os contratos comuns.

Embora inexista qualquer dispositivo legal que vede a negociação entre a Administração Pública e particulares no âmbito dos contratos administrativos, o instituto é frequentemente relegado na prática da Administração Pública. Mas se a negociação é um processo comunicativo com tanto potencial para a eficiência administrativa, o que justifica esse fenômeno?

### **UMA CULTURA ADMINISTRATIVA AVESSA À NEGOCIAÇÃO E A FALSA VEDAÇÃO IMPOSTA PELO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO**

A negociação representa uma prática habitual e intensa para a resolução de problemas e disputas em contratos sujeitos ao regime de direito privado, em que a legislação não estabelece competências especiais para nenhuma das partes, ou seja, em que não há cláusulas exorbitantes e desequilíbrio originário de posições.

Nos contratos administrativos, entretanto, seu emprego é raramente conhecido, especialmente quando o particular é que incorre em alguma falta contratual. Nesse caso, que representa justamente a ilustração central do presente artigo, a Administração Pública costuma impor ao processo administrativo a solução para o problema do contrato.

Em verdade, é até corriqueiro que alguma forma de negociação seja empregada pelos agentes públicos em suas relações com os particulares, mas frequentemente isso ocorre de forma extraprocessual, informal, sem a técnica adequada e sem a possibilidade de controle. Como esse tipo de negociação acontece sem o devido registro no processo administrativo, é como se ela não existisse para quem dela não participou, uma opacidade que em muito ofende o Direito Administrativo.

Acredita-se que essa cultura administrativa avessa à negociação tenha origem na insegurança que paira sobre a licitude da negociação público-privada, o que é motivado, sobretudo, pela fantasmagórica vedação imposta pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

Outros dois motivos secundários também podem ser identificados para justificar esse fenômeno: (i) a existência das cláusulas exorbitantes, que estimulam a Administração a impor soluções em busca de resguardo de seus interesses independentemente da anuência do particular; (ii) as dúvidas a respeito da técnica adequada para a condução dessas negociações, o que é causado especialmente pelo silêncio legislativo, jurisprudencial e doutrinário sobre o tema.

De maneira geral, a negociação representa um verdadeiro tabu no âmbito das relações jurídico-

administrativas brasileiras. A proibição da negociação é uma convenção decorrente de tradição e costume administrativos, e não de normas jurídicas positivas presentes no ordenamento jurídico nacional.

Nesse contexto é que o princípio da indisponibilidade do interesse público, de conteúdo bastante abstrato e origem implícita, doutrinária, precisa ser alçado à posição de obstáculo impeditivo da negociação. Em verdade, essa é uma tentativa de legitimar e incorporar essa tradição ao Direito Administrativo, visto que, repita-se, inexistem regras jurídicas específicas a proibi-la.

É de grande valor combater esse argumento genérico de que a negociação viola um princípio elementar do Direito Administrativo. A adoção dessa tese leva o intérprete à falsa conclusão de que travar diálogos público-privados com o intuito de encontrar soluções mais afeitas aos interesses públicos e privados, ou seja, promover uma negociação, é uma medida ilícita ou indesejada.

O que o princípio da indisponibilidade do interesse público pelega é contra a atuação de agentes públicos que percebam os bens públicos como disponíveis às suas vontades pessoais. Mas o instituto da negociação não tem qualquer relação direta com a livre disposição, pelo negociador, dos interesses da entidade que representa.

Tome-se como exemplo o cenário em que a negociação é tipicamente exercida, qual seja, o âmbito das relações comerciais mantidas por sociedades empresariais. Os negociadores são indivíduos que não agem de acordo com suas vontades pessoais, mas em favor dos interesses da entidade que representam. Tudo isso reclama sobre o instituto da negociação uma grande atenção à autoridade e aos limites da competência do negociador – o que, anote-se, é um elemento natural da negociação.

Negociar em favor dos interesses de uma entidade, seja pública ou privada, não significa que o negociador poderá dispor livremente dos interesses de quem representa. Essa constatação é válida tanto para o agente público como para o agente privado.

A diferença é que a competência outorgada ao agente privado é fundada sobretudo a partir das normas organizacionais da entidade que representa, enquanto a competência do agente público precisa conformar, em especial, o princípio da legalidade. Ou seja, a fonte de sua autoridade é de natureza distinta, mas segue a mesma lógica.

Considerado que o objetivo maior da negociação é justamente o alcance de uma solução que atende com mais propriedade aos interesses das partes interessadas, é de se deduzir que uma negociação público-privada, em verdade, quando atinge seus objetivos legítimos, resulta na justa conformação dos interesses públicos.

Portanto, é correto afirmar que o agente público dispõe o interesse público quando negocia, mas não que dele dispõe. Ou seja, em uma negociação bem-sucedida, o agente público coloca o interesse público em boa ordem, em lugar próprio, adequado, conveniente, conforme o planejado, mas não faz dele o que se quer ou goza livremente tal como se proprietário.

A insistência no princípio da indisponibilidade do interesse público como uma barreira à autocomposição administrativa é uma tese fracassada. Aliás, sua adoção gera a necessidade de que o intérprete, às vezes, proceda a verdadeiras distorções hermenêuticas – o que, diga-se, acaba por ser indispensável para evitar a chancela de situações absurdas ou disparatadas.

Exemplo disso é o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, em que foi necessário “atenuar” o princípio da indisponibilidade do interesse público para que a Administração Pública pudesse negociar um acordo e, assim, adotar a conduta que melhor atendia aos próprios interesses públicos:

EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente

quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE nº 253885, Rel. Ellen Gracie, j. em 04.06.2002.)

Ora, não se trata de atenuar o princípio da indisponibilidade do interesse público. O agente que transaciona não está ferindo tal princípio, não está dispondo do interesse público como se proprietário fosse. Assim como o agente privado em relação à sociedade empresarial que representa, o agente público também está honrando seus compromissos funcionais quando descobre um acordo mais favorável aos interesses públicos perseguidos por sua entidade.

A fim de avançar a investigação sobre a presente exigência de superação do princípio da indisponibilidade do interesse público como barreira à negociação, é preciso analisar as diferenças entre o emprego do instituto no âmbito das licitações públicas e dos contratos administrativos.

Leia-se, a fim de ilustrar a discussão, o comentário de Joel de Menezes Niebuhr a respeito da negociação que é travada no âmbito das licitações públicas do tipo melhor técnica:

Cumpra reafirmar que o vocábulo “negociação” é estranho ao Direito Administrativo, haja vista o princípio da indisponibilidade do interesse público. Quer dizer que a Comissão de Licitação não negocia verdadeiramente, porque não é dado a ela fazer concessões ou renunciar a direitos ou a exigências entabuladas no instrumento convocatório. A Comissão de Licitação, pura e simplesmente, deve tentar convencer o licitante a quem foi atribuída a maior nota técnica a reduzir o seu preço ao parâmetro do menor preço apresentado entre os licitantes que obtiveram a nota técnica mínima.<sup>7</sup>

Reconheça-se que a conclusão apresentada pelo autor está correta. Não se questiona que, na prática, não há e nem deve haver uma efetiva negociação na licitação do tipo melhor técnica, e o mesmo fenômeno se sucede, por exemplo, nas previsões análogas contidas para as licitações conduzidas sob a modalidade pregão e sob o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) <sup>8</sup>. Há, nesses casos, uma prática muito incipiente de negociação, que, como dito, frequentemente se resume à simples barganha do agente público em face do particular.

Contudo, ao contrário da justificativa frequentemente apresentada, essa rigorosa limitação às práticas de negociação nas licitações públicas não se fundamenta no princípio da indisponibilidade do interesse público. A incompatibilidade da negociação com a licitação pública se prova porque, nesse procedimento, a concessão de benefícios não previstos no edital licitatório viola frontalmente a essência do certame, por desprestigiar a vinculação ao instrumento convocatório e a isonomia entre os licitantes.

É da natureza da licitação pública que não exista negociação direta entre a Administração Pública e os licitantes, pois as regras precisam ser essencialmente rígidas e equânimes. Tratando-se de um procedimento fundado na competição isonômica, em que se busca a seleção impessoal do futuro contratado, a rigorosa observância das regras dispostas no edital é indispensável. A relativização de regras editalícias por meio da negociação soterraria a credibilidade da licitação pública enquanto procedimento que se funda na observância da isonomia e da justa competição.

A limitação da negociação na licitação pública se justifica, portanto, porque é muito grande a probabilidade de que uma negociação complexa, com a concessão ou a renúncia de direitos em favor de um dos licitantes, acabe por violar a essência do certame; essa violação pode ser presumida para a maioria dos casos, aliás.

Daí porque, como regra geral, ao agente público não cabe oferecer benefícios não previstos no edital ao licitante durante a negociação que ocorre após o julgamento do certame. Daí porque, no mais das vezes, essa etapa se qualifica como uma espécie de falsa negociação, que se resume à tentativa de redução do preço oferecido pelo particular, sem qualquer benefício concreto a ser oferecido. Exceções podem existir, mas demandarão uma alta carga de motivação no processo administrativo a fim de comprovar a juridicidade da decisão.

Ocorre que, no âmbito do contrato administrativo, a sujeição da relação jurídico-administrativa à observância da isonomia entre os licitantes originários e à vinculação ao instrumento convocatório é

reconhecidamente menor – e assim deve ser.

Essa maior discricionariedade se revela necessária em razão de que é esperado que fatos supervenientes acarretem necessidades e problemas inicialmente imprevisíveis, que demandem soluções igualmente não previstas no edital ou no contrato. Analisando por outro ângulo, a relação jurídico-administrativa, que na licitação pública abrangia, de forma direta, uma multiplicidade de agentes, passa a vincular esses terceiros apenas indireta e remotamente; e diretamente somente os contratantes.

Prova de que a intensidade da sujeição principiológica à isonomia e à vinculação ao instrumento convocatório diminui com a celebração do contrato administrativo é a simples possibilidade de alteração do objeto, dos valores e dos prazos registrados nesse instrumento, o que, em última análise e em alguma medida, representa uma relativização daquilo que foi oferecido aos licitantes originários.

A motivação dessa discussão, que é relevante neste artigo por explicar a razão pela qual a negociação nos contratos administrativos tem amplitude maior do que nas licitações públicas, é revelar que inexiste relação necessária, absoluta e contraposta entre o processo de negociação e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Diferentemente, a negociação terá cabimento quando não violar as regras de determinado processo administrativo, o que, defende-se, é muito menos provável de acontecer no âmbito dos contratos administrativos, e muito mais nas licitações públicas.

Lembre-se que negociar, em síntese, significa estabelecer comunicações para o alinhamento de interesses e para a estruturação de acordos mais vantajosos a todas as partes; e não há como entender indesejável ou contrária aos interesses públicos uma atuação que atenda a essas características.

Avançando a análise, outro elemento ao qual podem ser atribuídas as razões de uma cultura administrativa avessa à negociação é a existência das cláusulas exorbitantes. Acredita-se que o respaldo jurídico que a legislação confere à Administração Pública para agir unilateralmente sobre os contratos administrativos também desanima a negociação.

As cláusulas exorbitantes fazem com que o caminho autoritário seja adotado de forma natural pelos agentes públicos, que não se ocupam em buscar a composição para os problemas – ou, quando pretendem fazê-lo, não sabem se isso é lícito ou qual a forma mais apropriada segundo o Direito Administrativo.

Cite-se, nesse contexto, as conhecidas prerrogativas administrativas para modificar, rescindir e fiscalizar esses contratos, assim como para aplicar sanções ao contratado, vide o art. 58 da Lei nº 8.666/93. Por mais que se sustentem benefícios teóricos para tais competências, é certo que essa peculiaridade fomenta e permite uma atuação administrativa descompromissada com o consenso.

Assim é que a Administração Pública não se esforça por negociar um acordo quando pode agir unilateralmente, até porque existe certo receio em buscar a composição com um particular faltoso, como se houvesse uma obrigação de se valer dos superpoderes emprestados pelas cláusulas exorbitantes.

Além disso, cite-se a escassez legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, o que acarreta grande insegurança jurídica aos agentes públicos, que, noutro cenário, fariam bom uso do instituto da negociação no âmbito dos contratos administrativos.

As dúvidas e as inseguranças existentes a respeito da forma de condução da negociação fazem com que esse processo, por representar uma medida proativa e que busca soluções criativas, seja abandonado em favor de práticas mais conservadoras, como a simples aplicação das consequências legais ao particular – rescisão e/ou sanção, no caso de descumprimentos contratuais.

Ainda que não se aprofunde neste artigo a análise sobre a forma adequada de condução da negociação, a regra básica que confere licitude ao instituto é a fidelidade ao processo administrativo, de modo que todas as comunicações sejam devidamente registradas e formalizadas. O conteúdo das soluções aventadas, contudo, precisa ser analisado caso a caso.

Apesar de toda essa defesa sobre os potenciais benefícios da negociação, é imperioso reconhecer os grandes desafios existentes para atingir os objetivos do instituto no âmbito da Administração Pública. Além disso, há de se considerar a fundada desconfiança a respeito da efetiva possibilidade de controlar a vinculação da atuação dos agentes públicos aos interesses públicos.<sup>9</sup>

De todo modo, é fato que os riscos da negociação – especialmente a captura do agente público, seja por corrupção ou por assimetria técnica – são comuns às demais atividades da Administração Pública. Além disso, sua simples proibição não impede que o fenômeno ocorra em âmbito extraprocessual, em terreno reconhecidamente fértil para o desvirtuamento da conduta administrativa.<sup>10</sup>

Demais disso, reconheça-se que, se o objetivo é imprimir alguma eficiência aos contratos administrativos, a possibilidade de negociação com os particulares é um elemento indispensável, seja porque esse processo elimina custos de transação ou porque reduz assimetrias informacionais. Além disso, lembre-se que a eficiência dos contratos administrativos é um elemento central para a legitimação de um estado que se pretende prestacional e desenvolvimentista, sendo este, então, um importante objetivo a ser perseguido pela Administração Pública.<sup>11</sup>

## **A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA NEGOCIAÇÃO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Defende-se, neste artigo, que a juridicidade e a licitude da negociação no âmbito das relações jurídico-administrativas precisam ser afirmadas de forma categórica.

Em primeiro lugar, porque o ordenamento jurídico brasileiro não traz vedação explícita à realização de negociações público-privadas.

Em segundo lugar, porque existe hoje um movimento político-jurídico em favor da consensualidade no Direito Administrativo, em oposição a posições de autoritarismo e litigância.<sup>12</sup> Inclusive, para o que interessa, é de se notar a recente inserção de permissões expressas para a autocomposição administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, o que abrange os institutos da negociação, mediação e conciliação.

Em terceiro lugar, porque o princípio da legalidade não pode mais ser interpretado de forma absolutamente estrita, como se o agente público sempre estivesse na dependência de uma permissão explícita e específica da lei para agir, sendo suficiente entender que as atuais normas que regulamentam o processo administrativo brasileiro já autorizam a prática da autocomposição para a busca de soluções mais eficientes para os interesses públicos.<sup>13</sup>

Como dito, a busca por consensualidade na Administração Pública já trouxe reflexos sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Considere-se, por exemplo, a inclusão do art. 4º-A na Lei nº 9.469/97<sup>2</sup>, promovida pela Lei nº 12.249/10, que atribuiu à Advocacia-Geral da União a faculdade de firmar Termos de Ajustamento de Condutas (TACs) que “envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações”. Esse dispositivo autoriza a Advocacia-Geral da União a firmar Termos de Ajustamento de Condutas (TACs) quando o caso concreto colocar em risco os interesses públicos da União Federal.

Cite-se, ainda, a nova redação do art. 1º da mesma Lei nº 9.469/97, que permite que o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, autorizem a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive judiciais.

Outro exemplo desse processo foi a promulgação da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a “autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública”. A lei prevê a utilização da mediação para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. Mencione-se, ainda, a determinação para que a União, os estados e os municípios criem de “câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo”, conforme estabelecido pelo art. 174 do Novo Código de Processo Civil.

Apesar de todas essas inovações legislativas, não há nada que impeça a realização de transações administrativas atípicas, em composições *ad hoc*, entre a Administração Pública e os contratados faltosos. Por exemplo, é lícita a celebração de acordos sem forma definida em lei por entes federados que não possuam regulamentação sobre o tema.

A negociação sobre o descumprimento de um contrato administrativo, assim, poder dar origem a um acordo que estabeleça um conjunto de condutas mais favoráveis a ambas as partes do que a simples rescisão contratual seguida da aplicação de penalidades.

Esses acordos podem não se revestir da envergadura jurídica que goza TAC, por exemplo, mas representam uma importante ferramenta para a eficiência administrativa, especialmente dos contratos. A diferença é que esses acordos atípicos não carregam peculiaridades próprias dos acordos disciplinados por lei, como a eficácia de título executivo extrajudicial em caso de inadimplemento de suas obrigações.

Como se vê, a conclusão é favorável à possibilidade de negociação e celebração de acordos em caso de descumprimento do contrato administrativo pelo particular. Mais do que isso, acredita-se que essa prática ofereça aos agentes públicos uma grande oportunidade para o descobrimento de soluções e para a celebração de acordos potencialmente mais favoráveis aos interesses públicos e privados relacionados ao contrato administrativo.

## REFERÊNCIAS

BAZERMAN, Max H.; SHONK, Katie. The decision perspective to negotiation. In: MOFFIT, Michael L.; BORDONE, Robert C. *The Handbook of Dispute Resolution*. Program on Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, USA: Jossey Bass, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto de Direito Público, n. 13, p. 15, mar./abr./mai. 2008.

BORDONE, Robert C. Listen Up! Your talks may depend on it. vol. 10, no. 5 Negotiation, the Newsletter of the Harvard Program on Negotiation, 2007.

GOODPASTER, Gary. A Primer on Competitive Bargaining. Vol. 1996, n. 2, *Journal of Dispute Resolution*, 1996.

MOTTA, Paulo Roberto. A modernização da administração pública brasileira nos últimos 40 anos. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 41, n. spe, 2007, p. 94. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122007000700006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000700006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 13 fev. 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PATTON, Bruce. Negotiation. In: MOFFIT, Michael L.; BORDONE, Robert C. *The Handbook of Dispute Resolution*. Program on Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, USA: Jossey Bass, 2005.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, no. 1, pp. 3-21, 1971, Spring.

V. MNOOKIN, Robert H.; PEPPE, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Beyond Winning: negotiating to create value in deals and disputes*. Cambridge, USA: Belknap Press, 2004.

**Como citar este texto:**

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. A possibilidade de negociação em caso de descumprimento do contrato administrativo e a questão da indisponibilidade do interesse público. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 267, p. 456-465, mai. 2016.

<sup>1</sup> Cf. PATTON, In: MOFFIT; BORDONE, 2005, p. 279.

<sup>2</sup> Tradução livre. Excerto original: “*Negotiation can be defined as back-and-forth communication designed to reach an agreement between two or more parties with some interests that are shared and others that may conflict or simply be different.*” Cf. Cf. PATTON, In: MOFFIT; BORDONE, 2005, p. 279.

<sup>3</sup> Emprega-se propositadamente a expressão “interesses públicos” em vez de “interesse público”. Com isso, busca-se evidenciar a multipolaridade da expressão, que é abstrata e dinâmica, que não está sujeita a predeterminações absolutas e, pois, demanda uma análise sobre a conformidade de cada caso concreto aos princípios e às regras de direito.

<sup>4</sup> Cf. BORDONE, 2007. Cf. também PATTON. In: MOFFIT; BORDONE, 2005, p. 280-286.

<sup>5</sup> Cf. BAZERMAN; SHONK. In: MOFFIT; BORDONE, 2005, p. 54-60. Cf. também GOODPASTER, 1996, p. 341-342.

<sup>6</sup> V. MNOOKIN; PEPPE; TULUMELLO, 2004, p. 11-22.

<sup>7</sup> Cf. NIEBUHR, 2011, p. 498.

<sup>8</sup> Refere-se aqui às negociações travadas após o julgamento de licitações públicas conduzidas sob a modalidade pregão (inc. XVII do art. 4º da Lei nº 10.520/02) ou pelo RDC – art. 26 da Lei nº 12.462/11), em que o agente público negocia com o particular mais bem classificado.

<sup>9</sup> Lembre-se, por exemplo, que os custos de agência e o problema do principal-agente costumam ser mais agravados nas entidades públicas quando em comparação com sociedades empresariais. Cf. POSNER, 2014, p. 870.

<sup>10</sup> Sobre o problema da captura, v. STIGLER, 1971, p. 3-21.

<sup>11</sup> Sobre a prevalência dessa concepção no Estado brasileiro, v. MOTTA, 2007, p. 94.

<sup>12</sup> É o que se denomina por um processo de transição de um Estado patentado por sua índole autoritária para outro, diverso, que toma feições de consensualidade Cf. PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 126-127, 466.

<sup>13</sup> Nesse sentido, tem ganhado espaço o conceito de **juridicidade** administrativa, mais amplo que a legalidade estrita, cf. BINENBOJM, 2008, p. 15.