

MECANISMOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Vandréia Ap. Martins da Costa¹

Orientadora: Edna Valéria G. Gazolla²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Licitações Públicas. 2. A formação dos Contratos Administrativos. 3. A inexecução contratual. 4. As sanções contratuais. 5. O princípio da Indisponibilidade do interesse público. 6. Soluções alternativas de conflitos: A Conciliação na solução de conflitos oriundos dos Contratos Administrativos. 7. Os benéficos dos mecanismos consensuais de solução de conflitos nos Contratos Administrativos. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho traz considerações acerca da possibilidade de efetuar a resolução dos litígios oriundos dos Contratos Administrativos no âmbito das Licitações Públicas, através de meios conciliatórios. Tem-se por objetivo por em relevo alguns conceitos e formar o raciocínio jurídico necessário à interpretação desta pretensão, traçando, ainda, disposições polêmicas, conflitantes ou incompatíveis com os princípios regentes das licitações e da Administração Pública em geral. Sem fornecer raciocínio acabado, procura-se apontar possíveis direções para auxiliar na resolução dos litígios contratuais públicos, onde o princípio da indisponibilidade do interesse público tem valor etéreo. Neste estudo, chega-se ao forte convencimento de que os meios conciliatórios ensejam a utilização adequada de instrumentos capazes de enfrentar a problemática da inexecução contratual. Visto que agravada as deficiências da utilização dos princípios da Administração Pública, nas quais não fomentam a celeridade necessária à atividade administrativa, a má gestão administrativa contribui por vezes para o precário rendimento das licitações. Por fim, será traçado aspectos práticos que contribuirão para a aplicabilidade desta provecta forma de resolução de conflitos.

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da UNIPAC-Ubá; Servidora Pública Municipal; Membro da Comissão Permanente de Licitações; E-mail: van_m_costa@hotmail.com

² Professora graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa, atualmente leciona no curso de graduação em Direito as disciplinas de Direito Constitucional, TGDC, Ciência Política e IED na Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC). Campus II – Ubá.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações Públicas. Contratos Administrativos. Princípio da indisponibilidade do Interesse Público. Possibilidade de conciliação na solução de conflitos oriundos dos Contratos Administrativos. Vantagens dos mecanismos consensuais.

INTRODUÇÃO

Desde a última metade do século XX vem sendo promovida no Brasil uma série de alterações constitucionais e legais com o objetivo de implantar entre nós um modelo de administração pública fundado na tese do princípio da eficiência, visando substituir o padrão tradicional de Administração Pública burocrática por uma forma mais prática de gerenciamento. Indiscutivelmente, ao abordarmos o tema dos Contratos Administrativos, a visão imediata que temos é de legalidade que se traduz, na maioria das vezes, em morosidade na discussão de suas implicações. Nesse sentido, o direito contemporâneo assiste a uma ressignificação da própria Administração Pública, onde as buscas por meios de solução de conflitos através da conciliação atingem a seara pública, com intensidade provecta diante da nova realidade do Estado Gerencial.

Em verdade, a conciliação não é uma solução inferior à consubstanciada nas sentenças dos juízes e acórdãos dos tribunais. Representa, ao contrário, um desfecho muito mais importante, pois aí, sim, resolvem-se as lides, encerram-se os problemas e, muitas vezes, apaziguam-se os ânimos. O fato de termos do lado oposto da relação contratual o Estado, não retira do instituto da conciliação seu caráter pacificador, apenas nos traz ressalvas que devem ser observadas durante o processo conciliatório.

Como eminentemente privado, visto que, nesta esfera, as relações se travam, em sua maioria, diante do princípio da disponibilidade de bens, a conciliação merece insigne atenção como um promissor meio para a resolução dos conflitos oriundos dos contratos administrativos, que se consubstanciam no princípio da indisponibilidade de bens.

Ao longo dos anos, diante de irregularidades e “deslizes”, sempre surgem críticas às prerrogativas da Administração Pública, como, por exemplo, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Estas prerrogativas especiais da Administração Pública são decorrentes do regime jurídico de direito público a que sujeitam os contratos administrativos, são, assim, derivadas do princípio da supremacia do interesse público para consecução da atividade-fim Estatal.

O mundo está embevecido pelo espírito de equilíbrio social, a preocupação do Novo Estado Neoliberal com o espírito democrático da Carta Política de 1988 traz consigo a agilidade e a eficácia tanto almejada no contexto do Estado do Bem-Estar Social. Assim, emerge a tendência da Administração Pública em viabilizar a resolução de seus conflitos oriundos dos contratos administrativos no âmbito das licitações públicas com o manejo de composição dos conflitos através da conciliação.

1. LICITAÇÕES PÚBLICAS

O inciso XXI do art. 37 da Carta Política de 1988 traz a genérica obrigatoriedade de licitação para celebração de Contratos Administrativos destinados a aquisição de bens e à prestação de serviços na Administração Pública, cuja redação se reproduz:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A lei nº. 8.666/1993 é a lei pátria que reza as normas sobre licitações e contratos administrativos.

Licitação pode ser conceituada como processo administrativo tendente a efetuar contratação de particular para aquisição de produto ou prestação de serviços e realização de obras com a Administração Pública, em atenção aos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência e, ainda, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo.

Conforme exposto, a regra geral é a necessidade de a Administração Pública previamente à celebração de contratos administrativos, realizar licitação. A própria Constituição, no entanto, em seu inciso XXI do art. 37, prevê a possibilidade de a lei estabelecer hipóteses em que a licitação não ocorrerá ou poderá não ocorrer.

A inexigibilidade de licitação se dará quando houver inviabilidade de competição, consoante a leitura do art. 25 da Lei de Licitações (Lei Federal 8.666/93); A dispensa de licitação, embora possa ocorrer a licitação, esta é desaconselhada, seja por motivos

econômicos (art. 24 da Lei 8.666/93, incisos I e II), em situações excepcionais (art. 24 da Lei 8.666/93, incisos XXIV e XXV), ou quando a lei a considerar inconveniente ou inoportuna. Conforme a lição de Marçal Justen Filho:

Há hipóteses em que a licitação frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 227).

A licitação antecede necessariamente o contrato e assim, de forma sucinta traçamos suas principais implicações que nos conduzirão à formação dos Contratos Administrativos.

2. A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como sequência, oportuno se faz a conceituação de Contrato Administrativo.

Contrato Administrativo é o contrato celebrado pela Administração Pública, com base em normas de direito público, com o fim de satisfazer as necessidades de interesse público. Sua previsão na Lei 8.666/93 (Estatuto das Licitações e Contratos) vincula-se aos princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade. O contrato, pelo Estatuto de Licitações, é “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” (Lei 8.666/93, art. 2º, parágrafo único)

Os contratos públicos, como regra, dependem da instauração do competente procedimento licitatório, que analisamos no tópico anterior, salvo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, nos termos dos arts. 24 e 25, ambos da Lei nº. 8.666/93.

O Contrato Administrativo será o reflexo das disposições constantes do edital de licitações, principalmente no que diz respeito, dentre outros, ao objeto e condicionantes de sua execução. Nesse passo, Carlos Pinto Coelho Motta observa:

A licitação antecede necessariamente o contrato, e está para este assim como o concurso público está para a nomeação de servidor público, na acertada analogia lembrada pelo Professor Adilson Abreu Dallari (MOTTA, 2002, p.429)

Em outras palavras, a licitação, como procedimento administrativo destinado a obter a melhor proposta para o contrato de interesse da Administração, constitui-se em verdadeiro sustentáculo das avenças públicas.

O objetivo principal e a própria razão de ser do contrato estão em fazer com que determinado ajuste, firmado entre as partes, atinja seu objetivo de constituição. Cada um da relação contratual pública, tem o dever de cumprir as prestações que lhe incumbe, sempre em respeito ao instrumento convocatório.

A lei que regula os contratos públicos e Licitações, afirma a necessidade do cumprimento do Contrato Administrativo, sob pena da aplicação de sanções à parte inadimplente:

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

Os contratos administrativos são regidos pelas prerrogativas de direito público da administração contratante e se diferenciam dos ajustes privados exatamente por seguirem regras específicas onde seu objeto terá de abarcar o interesse público.

As prerrogativas, a princípio, constituem óbice aos ajustes da conciliação, pois como já mencionado, as cláusulas exorbitantes, que constituem os Contratos Administrativos, são indisponíveis.

Destarte, enquanto o Contrato Administrativo em si seja guiado pela indisponibilidade do interesse público, traçaremos meios que em sua interpretação representarão a solução de conflitos oriundos do ato licitatório.

3. A INEXECUÇÃO CONTRATUAL

O Contrato Administrativo deve ser cumprido, objetivando a consecução das obrigações ajustadas em decorrência da licitação que o antecedeu. Em outro dizer, é consagrada a obrigatoriedade das partes em cumprir as cláusulas que lhes incumbem. No Contrato Administrativo, em caso de não cumprimento, a Administração, deve executar condutas administrativas que constituem a melhor forma de reajuste para o retorno ao cumprimento obrigacional acordado entre o particular e a Administração.

Em razão das regras aplicáveis às licitações públicas e Contratos Administrativos, o procedimento padrão legalista observado é o de se providenciar a rescisão do Contrato e a aplicação de sanções de estilo previstas no art. 86 e seguintes da Lei 8.666/93, conforme transcrevemos:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do Contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

A segunda interpretação viável para a resolução da questão é a de que seria razoável a pretensão de solucionar o conflito formado pela inexecução contratual através da soma de valores como o da celeridade, segurança e viabilidade política. A conciliação como nova

ferramenta no direito público, impediria a utilização das normas gerais traçadas pelo relembrado art. 87 do Estatuto das Licitações.

A discussão é importante, e existem bons argumentos tendentes à utilização da conciliação como receita para tornar a execução dos contratos menos onerosa para ambas as partes, em especial para a própria Administração.

4. AS SANÇÕES CONTRATUAIS

Certo é asseverar que o Contrato Administrativo deve ser cumprido, como já analisado. Objetivando a consecução do interesse público, é dever da Administração a fiscalização da execução do ajuste, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. O não atendimento das determinações da Administração enseja a rescisão unilateral do contrato de acordo com o art. 78 da Lei 8.666/93, sem prejuízo das sanções cabíveis à espécie.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

- I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
- VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
- VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
- VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;
- IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
- X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
- XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
- XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;
- XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;
- XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que

totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

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, 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;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Verifica-se que, uma vez ocorrido o ilícito contratual, cabível será a aplicação da pena. Assim, em razão da inadimplência do contrato deverá a Administração aplicar a pena cabível à espécie. É evidente que a sanção constitui, a princípio, em dever da Administração, a partir do momento em que o ilícito foi cometido.

A tese que se defende é, neste campo, lídima. Muito embora a Administração Pública possua o dever de impor sanção ao descumprimento obrigacional, figurando como dever administrativo, é sobremaneira oneroso o ato para a Administração Pública que, sem ter seu serviço prestado ou ter adquirido o bem necessitado, tem pela frente um procedimento moroso para a aplicação da sanção, não atingindo, ainda, o objeto do procedimento licitatório, ou seja a efetiva contratação. Conquanto a sanção seja um dever inarredável da Administração, vale dizer que a sua aplicação somente reunirá condições de prosperar em face da conduta juridicamente reprovável que tenha a caracterizar o descumprimento de um dever imposto pela lei ou contrato. A princípio, não auxilia na própria execução do contrato, ao contrário do que uma possível composição resultaria.

A aplicação de sanções, seguindo-se o que reza o art. 5º, LV de nossa Lei Fundamental, exige a observância do devido processo legal, impondo-se, pois, a instauração de denominado processo sancionatório. O procedimento juridicamente aceitável restaria por evanescente, se substituíssemos sua aplicação por um odre que carregaria a mais festejada missão dos últimos tempos: a conciliação.

5. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E SUAS SUBDIVISÕES

A Administração Pública dispõe das denominadas cláusulas exorbitantes na confecção dos Contratos Administrativos. As regras que as diferenciam dos ajustem privados buscam fundamento de validade na função Estatal, melhor explicando, nos interesses da coletividade. Significa afirmar que quando houver conflito entre o interesse público e o interesse privado, há de prevalecer o público. Assim assevera José dos Santos Carvalho Filho:

Não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da esfera do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar –se como *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.(CARVALHO FILHO, 2008, pp. 27 e 28).

Falando com mais precisão, certo é frisar que o Contrato Administrativo deve ser cumprido, objetivando a consecução do interesse público, que pode ser, dentre outros, a obra, a prestação de serviços ou a aquisição de material. Nesse contexto, o interesse público é de natureza indisponível, não podendo a Administração dispor-se deles livremente. Nestes aspectos, Celso Antônio Bandeira de Mello, bem observa:

A indisponibilidade dos interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*. (MELLO, 2006, p.62).

Note-se, porém, que a invocação do princípio da indisponibilidade do interesse público diante de uma sociedade democrática não deve ser tida como absoluta. Os interesses fundamentais e a tomada de decisões baseadas no consenso devem ser observados a fim de sustentar a tomada de decisões nas diferentes áreas administrativas.

Para concluir o raciocínio empregado, assevera que:

Qualquer invocação genérica ao ‘interesse público’ deve ser repudiada como incompatível com o Estado Democrático de Direito (JUSTEN FILHO, 2001, p.191.)

Em resposta às divergências trazidas pelo princípio da indisponibilidade do interesse público e a possibilidade de composição das controvérsias oriundas dos Contratos Administrativos, serão traçadas duas vertentes que nos melhor orientarão nesse processo.

Além do considerado, deve-se analisar que o interesse público não pode ser conceituado, por si só, como um direito indisponível. É necessário realizarmos uma separação do interesse público em duas categorias, a saber: o primário e o secundário.

Interesse público primário é o interesse, como já largamente conhecido, indisponível; ao contrário do interesse secundário em que poderia ser disponibilizado na forma da lei.

Em outros termos, o interesse público primário é o próprio regime público, e assim, indisponível, ao contrário do secundário (ou derivado), que constitui a natureza instrumental, usado para que os primeiros interesses sejam satisfeitos.

Segundo a visão de Diogo Figueiredo Moreira Neto:

Distinguem-se, todavia, neste processo, os dois graus de interesse público: o substantivo, que diz respeito aos fins visados pela Administração, e o adjetivo, que diz respeito aos meios disponíveis para atingi-lo, sendo que apenas o substantivo é indispensável. (MOREIRA NETO, 1997, pp. 98/99.)

Esta nova concepção será determinante para a compreensão de nosso objetivo, qual seja a possibilidade da utilização da conciliação como meio de solução para as controvérsias nos Contratos Administrativos oriundos das Licitações Públicas.

6. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS: A CONCILIAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A conciliação, como fórmula de solução de conflitos na sociedade, tem sido prestigiada em todas as áreas jurídicas.

Esta forma de composição (autocomposição) ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia.

O Estado é fortalecido quando, a ele, se alia à consciência da função pacificadora. A conciliação no âmbito do direito privado tem constituído uma das principais vertentes exploradoras por todos os mais respeitados operadores do Direito, comprometidos com o

aprimoramento dos sistemas jurídicos em geral e de seus correspondentes mecanismos de solução de litígios. Procura-se abandonar o formalismo excessivo para construir um processo de resultados, capaz de concretizar, na realidade prática e dentro de um tempo razoável, a finalidade almejada e mais vantajosa para as partes.

Falando com mais precisão, certo é asseverar que o processo conciliatório é mecanismo eficaz quando as partes podem dispor de parte de seus direitos para solução final da controvérsia. Fato é, nestes termos, que a conciliação está diretamente relacionada à disponibilidade de bens e por consequência ao direito privado.

Note-se, entretanto, que o objeto deste trabalho é abordar as vantagens conciliatórias no âmbito do direito público, mais especificamente, ao tratarmos de Contratos Administrativos oriundos de processos licitatórios.

Enfatize-se, ainda, que para obtermos a desejada aceitação deste procedimento dentro dos Contratos Administrativos, devemos aceitar a subdivisão conceituada no tópico anterior.

Como já explicado, a busca conciliatória será visualizada em relação à categoria secundária de interesse público.

Não se buscará a desconstrução do princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, assim, comprometeríamos a o próprio regime democrático que sustenta o Estado como fomentador e tutor dos interesses da coletividade.

Serão, em outra esteira, apontados aspectos que trarão para o âmbito do direito público a almejada conciliação, como forma de resolução de conflitos, no que tange à instrumentalidade utilizada pelo poder público.

Considerando que o princípio da indisponibilidade do interesse público, em seu aspecto geral, corporifica um direito eminentemente público, existem algumas posições que o afastam da tentativa conciliatória almejada por este estudo no âmbito dos Contratos Administrativos decorrentes de licitações públicas. Desta forma, José dos Santos Carvalho Filho aduz:

Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto certo. (CARVALHO FILHO, 2008, p.28).

Assim como o insigne jurista, o Tribunal de Contas da União tem posicionamento em desfavor dos instrumentos extrajudiciais na resolução dos conflitos, senão vejamos:

É ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de Juízo arbitral para a solução de conflitos. (Acórdão nº 1099/2006 – TCU – Plenário, Processo nº 008.402/2005-4, Ministro-Relator Augusto Nardes, publicação: Ata nº 27/2006, Sessão de 5.7.06, aprovação: 7.7.06, DOU de 10.7.06).

Em relação às posições contrárias à que defendemos, cabe focalizar que as imposições de uma sociedade moderna expressam anseios pela busca conciliatória no âmbito do direito público e por assim dizer, a presença da conciliação está relacionada ao aspecto secundário do interesse público (seus meios procedimentais) e não ao fim público (interesse primário). Assim, pois, não há que se falar em posicionamento unânime relacionado ao tema, visto que cada posicionamento se vincula a uma subdivisão do interesse Administrativo.

Por outro lado, corroborando com a possibilidade da utilização da conciliação como meio hábil à solução de conflitos administrativos, merece destaque, entre as várias posições encontradas em nossa doutrina pátria, a que Onofre Alves Batista anota:

Pelo menos à primeira vista, pode parecer que a transação administrativa encontre óbices no princípio da indisponibilidade do interesse público. Entretanto, o princípio pressupõe, sobretudo, que é vedado à autoridade administrativa retardar ou deixar de tomar providências relevantes ao atendimento do interesse público. Nesse compasso, a indisponibilidade do interesse público não pode ser confundida com a disponibilidade de um interesse público determinado, isto é, a Administração, em prol do melhor interesse público possível, deve atuar nos limites da competência legal que lhe tenha sido outorgada, mesmo que essa atuação redunde no afastamento de determinado interesse público, quando a medida ocasionar o atendimento otimizado do feixe de interesses públicos. (BATISTA, 2007, pp. 309/310.)

Ainda na esteira modernista o Supremo Tribunal Federal se manifestou:

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 possibilidade de 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 ultimização deste interesse. (STF, RE nº 253.885-0, rel. Ministra Ellen Gracie, j. em 4.6.02, DJU de 21/6/02)

Valem aqui as mesmas considerações já realizadas, de que coadunamos que existem posições opostas, porém perfilhamos desta posição de possibilidade jurídica da conciliação no âmbito dos Contratos Administrativos para concluirmos o raciocínio deste estudo.

7. OS BENÉFICOS DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ATRAVÉS DA CONCILIAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

As considerações expendidas autorizam a concluir que, para fiel acatamento da possibilidade de conciliação no âmbito dos contratos administrativos, deve ser observada a subdivisão do princípio do interesse público já estudado no tópico 5.

Evidentemente, será utilizado, para fins de conciliação, os interesses públicos secundários ou derivados. Estes, na dinâmica pública, caracterizam-se como os meios utilizados para se atingir o interesse público e não o interesse público propriamente dito.

Vale dizer: quando a Administração Pública instaura um procedimento licitatório com o objetivo de adquirir bens ou contratar serviços, está ela, objetivando a formação de um contrato oneroso entre partes contratantes. Em um dos pólos contratuais está a própria Administração como Gestora dos interesses públicos; e de outro lado o particular que se submete ao regime de direito público, porém através de um instrumento privado de compra e venda e/ou prestações de serviços.

Para consecução deste objetivo licitatório, deve ser confeccionado o Contrato Administrativo. Este contrato de cunho expressivamente unilateral, visto que se vincula totalmente ao instrumento convocatório e por ser assim, possui junto ao próprio edital licitatório sua minuta como parte obrigatória do documento, é conduzido de forma plena pela Administração, caracterizando-se como um contrato de adesão, visto que não há a possibilidade de discussão sobre as cláusulas existentes. Há, nestas medidas, a aceitação à participação do certame que conduz o particular à própria contratação com a Administração.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, neste diapasão, consiste no impedimento da Administração, como mera gestora dos interesses gerais, furtar-se de prerrogativas que lhes são atribuídas por lei para a consecução de Contratos Administrativos. Porém, com relação aos meios utilizados como instrumentos formais de solução de conflitos oriundos da inexecução contratual, entende-se ser plenamente possível de serem utilizados meios conciliatórios. Com isto, prestigia-se a maior celeridade e economicidade na solução consensual das controvérsias geradas pelos contratos administrativos.

Quando ocorre a inexecução contratual, é visto, neste trabalho, que ocorre a imposição de sanções administrativas. Estas sanções são aplicadas por meio de processos administrativos vinculados ao próprio processo licitatório instaurado.

Conquanto a sanção seja um dever do administrador, vale dizer, que a sua aplicação somente reunirá condições de prosperar em face de conduta juridicamente reprovável que venha a caracterizar o descumprimento de um dever imposto pela lei ou contrato.

Sobremais, não se pode olvidar que a aplicação de sanção implica a estrita obediência ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Note-se que o art. 87 da Lei 8.666/93 elenca quatro sanções com graus distintos de severidade, isso sem falar na questão do lapso temporal, que também deve ser observado.

Por oportuno, faz-se necessário observar que a aplicação de qualquer sanção, ainda que a mais simples de todas, exige a observância do devido processo legal, impondo-se, pois, a instauração de denominado processo sancionatório, por força do arts. 5º, inc. LV de nossa Carta Política.

Verifica-se por pertinente que, embora, o devido processo seja de natureza obrigatória, infelizmente a Lei 8.666/93 foi omissa quanto à observância de um procedimento, que garantisse a efetividade do princípio do contraditório e da ampla defesa. A lei de Licitações limita-se a dizer, em seu art. 87, § 2º, que está facultada a defesa prévia, no prazo de cinco dias úteis. Nesse passo, e considerando que a legislação específica não traz em seu bojo maiores exigências, certo é asseverar que devemos lançar mão da Lei Geral do Processo Administrativo Federal – Lei 9784/99. Anote-se que o art. 69 do diploma legal em comento determina que serão regidos pela lei específica e subsidiariamente pela Lei Geral do Processo Administrativo Federal.

Ultrapassado aquele primeiro estágio de prestação Administrativa, sempre será passível de revisão, pelo Poder Judiciário, em relação aos méritos Administrativos. Em consequência, pode-se afirmar que um novo procedimento, agora mais burocrático, e por fim moroso, estará sendo formado para a discussão do imbróglio que se formou pela inexecução contratual oriundo do procedimento licitatório.

Segundo Luiz Felipe Hadlich Miguel:

A morosidade característica do Judiciário limita o poder de reação da parte lesada, pois de nada adianta um extenso rol de direitos positivados capazes de resguardar os interesses de particulares, se fazê-los cumprir está cada vez mais demorado e custoso. A demora na prestação jurisdicional implica não só num sentimento de injustiça, causando uma repulsa social à procura da tutela do Estado, mas também tem um grave impacto econômico. O Editorial da Folha de S.Paulo, de 16 de janeiro de 2007, destaca que "a pior justiça é a que não julga". Aponta a morosidade do Judiciário como responsável por prejuízos incalculáveis, afetando desde o fluxo de caixa de empresas até elementos imponderáveis, como a confiança nas instituições públicas. Especificamente com relação às licitações públicas, a celeridade do judiciário

representa economia de recursos. Isto porque não raras são às vezes em que, suspenso o procedimento licitatório por medida liminar, e enquanto se aguarda a solução definitiva da demanda, a Administração firma contratos com dispensa de licitação. E ainda temos situações em que ocorre o contrário: enquanto se aguarda o deslinde da questão posta em juízo, a Administração fica inerte, sob o manto protetor da decisão judicial, deixando de atender aos anseios da sociedade, e afastando-se de seu escopo final de atendimento ao interesse público. Outrossim, há de se considerar que o próprio procedimento licitatório é custoso, tanto para o Poder Público, como para o particular que dele participa. Custoso para o Poder Público, que tem que elaborar o Edital, disponibilizar pessoal para realizar visitas técnicas (em caso de obras), elaborar projeto básico, etc. E custoso para o particular, que terá que providenciar uma série de certidões e documentos, pesquisar orçamentos, elaborar proposta, etc. Portanto, a busca pela melhor oferta é acompanhada por uma série de gastos que muitas vezes não justificam o procedimento, se analisados pelo aspecto puramente econômico. (HADLICH, Em <<http://www.migalhas.com.br/depeso>> Acesso em 10 de setembro de 2010).

Com a idéia trazida por Hadlich, Thiago Gomes do Carmo conclui o raciocínio da seguinte maneira:

A solução das controvérsias suscitadas nos contratos administrativos, por meio de mecanismos consensuais, ainda apresenta como aspecto favorável a preservação do relacionamento contratual após a solução da contenda. Isto porque, não raro, as decisões emanadas nos processos judiciais causam uma sensação nas partes litigantes de “tudo ou nada” ou de “perdedor e ganhador”. Tal fato dificilmente ocorre com a adoção de soluções consensuais, tendo em vista que as partes constroem, em conjunto, a decisão mais adequada ao caso – transação -, ou mediante o auxílio prestado por especialistas, que serão escolhidos por ambas as partes para consecução de tal finalidade – conciliação, mediação e arbitragem. (CARMO, 2010, p. 347-362).

Note-se, de forma nítida que as teses acima apresentadas, reforçam a potencialidade da utilização de modalidade conciliatória para solução dos conflitos oriundos de Contratos Administrativos no âmbito da Licitação Pública. É sabido que esta conciliação deve ser em relação ao procedimento com o qual se busca a resolução dos conflitos, a fim de evitar morosidade e presando-se pela celeridade e economicidade. Não estamos tentando ignorar os princípios e prerrogativas públicas, atingindo sua essencialidade, estamos, pois, discutindo posicionamentos que garantam um procedimento consensual. Assim, com soluções amigáveis, estar-se-á evitando processos administrativos e judiciais morosos e desgastantes que prejudicam as partes, especialmente a própria Administração que se vê usurpada de concretizar o fim ao qual se busca a conciliação.

CONCLUSÃO

Concretizando as intenções apresentadas neste trabalho, o uso efetivo da conciliação como meio de resolução de conflitos decorrentes dos Contratos Administrativos, se mostra lícito. Há, como assim visto, preocupação com a celeridade e economicidade do procedimento licitatório que equivale ao real princípio da indisponibilidade do interesse público. No entanto, devemos saber diferenciar o que se pode negociar e mesmo dispor. Não há, sob pena de inconstitucionalidade, possibilidade de composição a respeito dos interesses primários ou originários da Administração Pública, seja envolvendo processo administrativo, Contrato Administrativo ou mesmo outro procedimento eminentemente de caráter público. Há, por outro lado, possibilidade de utilização da solução consensual em relação aos mecanismos do procedimento adotado, visto que quando se busca a solução mais célere e democrática, se está atendendo ao interesse público, e não, como na visão imediata, dispondo do interesse da Administração.

Em um país emergentemente democrático, em que a própria Lei nº 10.259/2001 autorizou a realização de acordos nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais, a conciliação é plenamente viável dentro deste novo contexto de Direito Administrativo. Não haverá prejuízo à Administração, pois, se a pretensão do autor for manifestamente improcedente não é cabível a realização de acordo, esteja o caso inserido em hipótese prevista em lei ou não. Assim, sempre haverá a prevalência do interesse público sobre o particular em sua essência, havendo apenas a relativização em relação à possibilidade conciliatória durante o procedimento administrativo.

Deveras, tudo isso expressa o cerne da questão, o direito da Administração transigir dentro de parâmetros legais, trazendo segurança e agilidade para as ações públicas. Em outras palavras, o princípio da indisponibilidade do interesse público não será afetado e a Administração continuará exercendo o encargo público.

Embora se compreenda a justificativa daquela corrente, que rejeita a possibilidade conciliatória, pensa-se que tal medida somente de forma holística ser, quanto ao cerne da questão, os meios conciliatórios, dignos de uma administração gerencial.

É de fundamental importância para a Administração a atividade que se desenvolve da conciliação no âmbito das Licitações Públicas em face de sua responsabilidade em benefício do fim público, a atividade em si. Inclusive, a forma de se efetivar o cumprimento das obrigações contratuais, culminando com o devido do contrato, daquilo que se deva executar.

Da mesma forma que se exige capacitação para que o servidor atue como pregoeiro, cuja previsão no âmbito federal se encontra no parágrafo único do art. 7º do Dec. Federal nº. 3.555/00, seria conveniente que um regulamento, ou quem, sabe, até mesmo uma previsão legal contemplasse essa exigência para o servidor que viesse a ser designado como membro da comissão de conciliação, o conciliador administrativo.

Trata-se de solução que preservaria os interesses da Administração, propiciando ao processo licitatório, em si, mais segurança e condições mínimas para o desempenho da atividade, atendendo ao interesse público, sem causar prejuízo ao erário, possibilitando a melhoria da qualidade dos resultados decorrentes da execução contratual, no exercício das atividades decorrente do procedimento licitatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Onofre Alves. **Transações Administrativas: um Contributo ao Estatuto do Contrato Administrativo como Mecanismos de Prevenção e Terminações de Litígios e como Alternativa à Atuação Administrativa Autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais Democrática**, São Paulo, Quatier Latin, 2007.

CARMO, Thiago Gomes do. **Composição de conflitos nos Contratos Administrativos: Novas Tendências na Era da Consensualidade**. Cadernos Teoria e Prática das Licitações e Contratos, São Paulo, ano XXIII, n. 4, p. 347-362, abril. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 20ª ed. Ver., atual. E ampl., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.
HADLICH, Luiz Felipe Miguel. **Uma análise econômica: procedimento licitatório x poder judiciário** Em <<http://www.migalhas.com.br/depeso>> Acesso em 10 de setembro de 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed. Ver. E atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos**, in Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 209, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e Contratos**, 9ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

Acórdão nº 1099/2006 – TCU – Plenário, Processo nº 008.402/2005-4, Ministro-Relator Augusto Nardes, publicação: Ata nº 27/2006, Sessão de 5.7.06, aprovação: 7.7.06, DOU de 10.7.06.

STF, RE nº 253.885-0, rel. Ministra Ellen Gracie, j. em 4.6.02, DJU de 21/6/02