

PRÊMIO
MINISTRO  GUILHERME PALMEIRA
2024

MONOGRAFIA QUALIFICADA EM

3º LUGAR

CATEGORIA
TRIBUNAIS DE CONTAS

O PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO COMO FERRAMENTA
DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONTROVÉRSIAS
COMPLEXAS E DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

do autor

UADSON ULISSES MARQUES MARTINS



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



**O PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO COMO FERRAMENTA DA SOLUÇÃO
CONSENSUAL DE CONTROVÉRSIAS COMPLEXAS E DE PREVENÇÃO DE
CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia submetida ao Prêmio Ministro Guilherme Palmeira.

Brasília
2024

RESUMO

A solução de controvérsias complexas e a prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública é um movimento de avanço significativo na busca da cultura do consensualismo e da pacificação voltadas para atender as necessidades da sociedade. Este trabalho tem o objetivo de demonstrar a utilização da negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos entre Administração Pública e fornecedores, prestadores de serviço, cidadãos e órgãos de controle. Realizou-se uma pesquisa exploratória na forma de pesquisa bibliográfica, para levantar informações sobre os principais meios de solução consensual de conflitos utilizados pela Administração Pública, métodos de negociação e processo de negociação e se procedeu a análise documental de normas legais obtidas nos portais institucionais e na doutrina dentro de uma abordagem qualitativa. Verificou-se que os órgãos públicos estão instituindo procedimentos de solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflitos e que utilizam o modelo de Harvard para nortear seus processos de negociação. A monografia sugere um processo de negociação e entende-se que seria necessária a elaboração pelos órgãos públicos de um manual de negociação para orientar os servidores e fomentar o desenvolvimento de habilidades na sua aplicação. Entende-se, por fim, que, para garantir a segurança jurídica e estabelecer diretrizes gerais, as Cortes de Contas, especialmente o Tribunal de Contas da União, poderiam elaborar um referencial básico de solução de controvérsias e prevenção de conflitos.

Palavras-chave: solução de controvérsias; prevenção de conflitos; negociação; processo de negociação.

ABSTRACT

The resolution of complex controversies and the prevention of conflicts within the scope of Public Administration is a significant step forward in the search for a culture of consensualism and pacification aimed at meeting the needs of society. This work aims to demonstrate the use of negotiation as a tool for consensual resolution of complex controversies and conflict prevention between Public Administration and suppliers, service providers, citizens and control agency. An exploratory research was carried out in the form of bibliographical research, to gather information about the main means of consensual conflict resolution used by the Public Administration, negotiation methods and negotiation process and a documentary analysis of legal norms obtained on institutional and in doctrine within a qualitative approach. It was found that public institutions are establishing consensual dispute resolution and conflict prevention procedures and that they use the Harvard model to guide their negotiation processes. The monograph suggests a negotiation process and understands that it would be necessary for public institutions to prepare a negotiation manual to guide employees and encourage the development of skills in its application. Finally, it is understood that to guarantee legal certainty and establish general guidelines, the Courts of Auditors, especially the Brazilian Courts of Auditors Auditors, could develop a basic reference for resolving disputes and preventing conflicts.

Keywords: *controversy resolution; conflict prevention; negotiation; negotiation process.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União

BDI - Bonificações de despesas indiretas

CGU – Controladoria-Geral da União

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MAANA - Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo

MAPAN - Melhor Alternativa para um Acordo Negociado

MASA – Melhor Alternativa sem Acordo

NCPC – Novo Código de Processo Civil

Secex Consenso - Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e
Prevenção de Conflitos

SUS - Sistema Único de Saúde

TAC - Termo de Ajustamento de Conduta

TCU – Tribunal de Contas da União

ZOPA – Zona Possível de Acordo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 PROBLEMA	9
1.2 JUSTIFICATIVA	9
1.3 OBJETIVOS	10
1.3.1 <i>Objetivo geral</i>	10
1.3.2 <i>Objetivos específicos</i>	10
2 DESENVOLVIMENTO	12
2.1 MEIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	15
2.1.1 <i>Conciliação</i>	16
2.1.2 <i>Mediação</i>	18
2.1.3 <i>Arbitragem</i>	20
2.1.4 <i>Termo de Ajustamento de Conduta</i>	21
2.1.5 <i>Comitê de Resolução de Disputas</i>	22
2.1.6 <i>Negociação</i>	22
2.2 MÉTODOS DE NEGOCIAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS	24
2.3 PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONTROVÉRSIAS COMPLEXAS E DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	30
3 METODOLOGIA	41
3.1 COLETA E ANÁLISE DE DADOS	42
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública é responsável pela execução das políticas públicas, seja na forma de prestação direta de serviços para a sociedade, seja na regulação dos serviços concedidos, seja intervindo na economia de forma empreendedora na produção e comercialização de bens e serviços.

No exercício dessas funções surgem controvérsias e conflitos com fornecedores, prestadores de serviços delegados, cidadãos e órgãos de controle, interno e externo, que poderiam ter sido evitados ou solucionados de forma consensual.

Tradicionalmente, as controvérsias e os conflitos têm sido tratados de acordo com regras preestabelecidas na legislação, cujo conteúdo se fundamenta, em dada medida, nos elementos formadores do modelo de administração pública burocrática, limitando a tomada de decisão aos preceitos do princípio da legalidade no sentido estrito, ou seja, fazer o que a lei determina.

A dinâmica da evolução tecnológica, o aumento das demandas da sociedade, a necessidade de respostas rápidas do poder público a essas demandas e toda a complexidade do modelo burocrático estruturante da Administração Pública exigem a modernização do serviço público e a adoção de ferramentas que possibilitem prevenir controvérsias e solucionar conflitos em menor tempo para que a oferta de bens e serviços seja feita de forma adequada, contínua e tempestiva para a sociedade.

O processo de negociação vem sendo introduzido paulatinamente na Administração Pública na busca de fomentar soluções consensuais de conflitos instalados e para prevenção de conflitos nas relações institucionais com fornecedores, prestadores de serviços, cidadãos e órgãos de controle.

A inovação tecnológica e a multiplicidade de alternativas envolvendo uma diversidade de variáveis, a exemplo de custos, prazos, garantias, funcionalidade, segurança, qualidade, modernidade, acessibilidade, permitem que a solução consensual possibilite atender ao interesse público de acordo com as demandas da sociedade contempladas pelas políticas públicas legitimadas.

Com o tema “A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e prevenir conflitos relacionados à Administração Pública”, esta monografia aborda o processo de negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da

Administração Pública, o que contribuirá para induzir melhorias no contencioso administrativo e fomentar o atendimento das necessidades públicas de forma efetiva.

1.1 Problema

No sentido de contribuir com o estudo da temática, coloca-se como problema a ser estudado neste trabalho a negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos entre Administração Pública e fornecedores, prestadores de serviço, cidadãos e órgãos de controle.

1.2 Justificativa

A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e prevenir conflitos relacionados à Administração Pública é tema que vem sendo incorporado, em dada medida, na rotina dos órgãos da Administração Pública, pois possibilita a redução de processos de contencioso, administrativo e judicial, direciona agentes públicos ao cumprimento de ações que atendam demandas da sociedade e aumenta a eficiência dos serviços prestados, agregando valor à realização das políticas públicas.

A cultura legalista arraigada no modelo de administração pública burocrática gera entraves na busca da solução consensual, e a maioria das controvérsias e dos conflitos são tratados com os mecanismos legais e tradicionais que preestabelecem todo o rito a ser realizado para o deslinde da questão.

A solução consensual de conflitos, apesar de ser uma prática comum na iniciativa privada na resolução de disputas que envolvem bens disponíveis, no campo da administração pública necessita de fundamento legal para dar segurança jurídica aos servidores, gestores, cidadãos, órgãos de controle e às empresas envolvidas no eventual contencioso administrativo.

Em razão dos inúmeros processos litigiosos que ingressavam no Poder Judiciário, a evolução legislativa possibilitou meios consensuais de solução de conflitos, a exemplo da negociação, conciliação, mediação e arbitragem, para reduzir a demanda judicial e proporcionar a paz social com a solução consensual.

Os órgãos da Administração Pública, inclusive órgãos de controle, também passaram a utilizar em determinados tipos de processo a solução consensual, amparados pela legislação superveniente que vem proporcionando a sua utilização.

Para que a solução consensual venha ser utilizada e alcance resultados adequados tanto na prevenção das controvérsias como na solução dos conflitos, faz-se necessária a utilização da negociação das propostas apresentadas, em maior ou menor intensidade, a depender da capacidade dos negociadores, da complexidade do objeto, dos recursos, dos interesses envolvidos e do poder exercido pelas partes.

Com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento do tema no âmbito da Administração Pública, a monografia apresenta levantamento dos meios de solução consensual utilizados, identifica os principais métodos de negociação e, por fim, demonstra o processo de negociação como ferramenta na solução consensual para resolver controvérsias complexas e solucionar conflitos relacionados à Administração Pública.

1.3 Objetivos

Esta monografia apresenta um objetivo geral e três objetivos específicos para responder à problemática adotada diante do tema “A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e de prevenir conflitos relacionados à Administração Pública”.

1.3.1 Objetivo geral

Demonstrar a utilização da negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos entre Administração Pública e fornecedores, prestadores de serviço, cidadãos e órgãos de controle.

1.3.2 Objetivos específicos

A monografia apresenta três objetivos específicos para responder a problemática deste estudo:

- a) levantar os principais meios de solução consensual de conflitos utilizados pela Administração Pública;
- b) identificar os principais métodos de negociação e suas características; e
- c) demonstrar o processo de negociação na solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública.

2 DESENVOLVIMENTO

A Administração Pública na execução das políticas públicas criadas e aprovadas pelo governo acaba, em dada medida, por envolver-se em controvérsias e conflitos nas suas relações com cidadãos, fornecedores, prestadores de serviço e órgãos de controle, gerando inicialmente o contencioso administrativo, o qual pode evoluir para o contencioso judicial.

A solução do contencioso administrativo é tratada em processo administrativo, de rito geral ou específico, seguindo regras, prazos, procedimentos, julgamentos e recursos estabelecidos na legislação.

Acontece que o número de processos de contencioso administrativo avoluma-se, demandando maior força de trabalho, sistemas de tecnologia específicos, e tempo para sua resolução. Além do contencioso administrativo, a mesma máquina da Administração Pública deve continuar prestando seus serviços para a sociedade, e ineficiências, atrasos e falhas acabam por ocorrer como consequência de todo esse processo.

A demora na resolução de controvérsias e de conflitos gera ineficiência sistêmica no processo como um todo, fato que tem levado cidadãos e empresas a buscarem o Poder Judiciário com a intenção de um deslinde mais imediato por meio de mandados de segurança e concessão de medidas cautelares.

Essas medidas, apesar de não solucionarem as controvérsias e os conflitos no mérito, propiciam o exercício de um direito controvertido ou conflituoso na seara administrativa, a exemplo da judicialização da saúde, quando se busca um medicamento não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou o custeio de um tratamento de saúde não ofertado pelo poder público.

A mesma situação ocorre com obras paralisadas ou que podem ser paralisadas, em que se discute determinada metodologia de execução ou de equilíbrio econômico-financeiro dentro de um rito processual que envolve muito tempo e recursos para o seu julgamento.

A partir da entrada em vigor, em 18 de março de 2016, do Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei 13.105, de 16 de março de 2015, nos termos de seu art. 1.045 (Brasil, 2015a) e de entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2016), foram intensificadas medidas para fomentar a eficiência na resolução dos processos em tempo razoável, sendo fundamentado no art. 3º, § 2º, da citada lei, que determina,

sempre que possível, a busca de métodos de solução consensual, a exemplo da conciliação e da mediação, sem prejuízo do acesso à justiça (art. 3º, *caput*).

A finalidade da norma é estabelecer uma diretriz para que o Estado venha promover meios alternativos de solução de disputas, com o fim de resolver o conflito e atender aos princípios da economia processual e do prazo razoável dos processos.

Este movimento na busca da solução consensual dos conflitos já vinha sendo induzido no Poder Judiciário por meio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especialmente com a edição da Resolução CNJ 125/2010, que estabelece, em seu art. 8º, a obrigatoriedade da criação de Centros Judiciários de Solução Consensual, preferencialmente responsáveis pelas audiências de conciliação e mediação (Brasil, 2010).

No mesmo sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) baixou a Resolução 118/2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, a fim de obter de forma mais imediata a solução de suas demandas e reduzir a propositura de ações judiciais (Brasil, 2015).

Na Administração Pública, foram também sendo incorporados métodos de prevenção de controvérsias e solução de conflitos, até nos órgãos de controle externo, seguindo uma tendência internacional de adoção de meios de solução consensual que facilitam o processo de pacificação social.

Vale destacar que a solução consensual de conflitos não gera apenas o benefício da redução de demandas judiciais, do tempo para solução ou da pacificação social, tem ainda o benefício da cultura do aprendizado de não conflito, em que as partes envolvidas passarão a ter um aprendizado cognitivo da experiência, que pode evitar o surgimento de novos conflitos. Neste ponto, vale a lição de Daniel (2021):

A interação proveniente do diálogo entre as partes do conflito na busca da consensualidade ocasiona, também, uma vantagem ainda mais profunda, qual seja, as partes terão uma melhor compreensão da origem e da evolução dos conflitos de interesses que comumente fazem parte das relações jurídicas, seja no âmbito da Administração Pública, nas relações de trabalho, empresariais, pessoais, familiares, sociais, etc.

Dessa forma, na continuidade de suas relações jurídicas, futuramente, as partes terão melhores condições para antever e evitar o surgimento de novos conflitos ou, ainda, poderem frear conflitos ou conduzir de uma forma mais proveitosa ou apropriada a todos a evolução de conflitos inevitáveis por meio do aprendizado quanto à percepção da necessária atenção ao real interesse de cada uma das partes da relação e, na via contrária, da boa-fé e lealdade quanto à assunção de suas factíveis responsabilidades.

Para tanto, a solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos necessita da negociação para fomentar o processo de retorno ao diálogo e de geração de alternativas na busca de resolução adequada para as partes, e, no caso da Administração Pública, que atenda também ao interesse público.

Essa mudança da cultura do conflito para a cultura do consensualismo vai ao encontro do princípio da juridicidade, em que se busca ampliar o contexto do princípio da legalidade, fundamentando a tomada de decisão no conjunto de normas do sistema jurídico, incluindo interpretação segundo a Constituição.

Isto não quer dizer que seja abandonado o princípio da legalidade. Muito pelo contrário, a legalidade é o fundamento do Estado de Direito e arcabouço norteador de toda a Administração Pública. O fundamento do princípio da juridicidade é no sentido de ampliação do conceito da legalidade, a fim de atender interesses sociais e de cidadania, sem perder de vista os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, o princípio da legalidade não pode ser interpretado no conteúdo estático da norma (sentido restrito da legalidade), e sim, de forma dinâmica e ampla, com amparo de todo o sistema jurídico (sentido amplo da legalidade).

Nesse sentido, Daniel (2021) arremata:

A doutrina contemporânea evoluiu o conceito de legalidade para juridicidade na construção de uma ideia de uma Administração Pública vinculada não apenas aos preceitos da lei determinante, mas sim a todo o Direito, o que incluiria as regras e princípios previstos na Constituição Federal.

2.1 Meios de solução consensual de conflitos na Administração Pública

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, consagrou o princípio do acesso à justiça como um princípio fundamental (Brasil, 1988). Esse princípio assegura o exercício da cidadania, pois possibilita que, em processo adversarial, as partes venham buscar a resolução dos conflitos pela via judicial.

As demandas judiciais envolvem tempo e recursos para seu custeio, sendo comum que processos se arrastem por anos sem que ocorra decisão de mérito, a qual pode ainda ser questionada em sucessivos recursos previstos na legislação.

Mesmo com tempo elevado de resolução dos conflitos, a jurisdição estatal é a forma mais utilizada. Em razão da elevada cultura de litigância, o Judiciário torna-se

um órgão abarrotado de processos e, conseqüentemente, moroso em suas decisões meritórias, o que resulta em prejuízo à realização da efetiva justiça (Freitas, 2014).

Para mitigar ou evitar longo tempo na busca de uma solução judicial, acompanhada de uma mudança da cultura adversarial para uma cultura consensual, a legislação vem autorizando a utilização de meios alternativos de solução de conflitos, os quais passaram a ser incorporados na atuação administrativa.

O Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 3º, § 2º, estabelece que, sempre que possível, o poder estatal deve buscar métodos de solução consensual, a exemplo da conciliação e da mediação (Brasil, 2015a).

Inicialmente, a lei não delimita o número de métodos de solução consensual, exemplificando apenas a conciliação e a mediação. A norma vai ao encontro de boas práticas de governança corporativa prezando pelo uso de meios alternativos de solução de conflitos, com a utilização da via judicial para demandas inevitáveis, a exemplo de direitos indisponíveis.

Em termos gerais, a solução de um conflito entre as partes pode ser resolvida por intermédio da autocomposição, a qual é realizada pelas próprias partes de forma assistida (mediação) ou de forma não assistida (conciliação e negociação) ou por heterocomposição, a qual é desempenhada por um terceiro alheio aos litigantes em sede de jurisdição estatal (judicial) ou de jurisdição não estatal (privada).

É nesse sentido que o Novo Código de Processo Civil de 2015 fortalece o sistema multiportas para solução dos conflitos, valorando a busca pela justiça não apenas na esfera judicial, mas também dentro da Administração Pública nas suas relações com sociedade, empresas e outros órgãos públicos, utilizando mecanismos de mediação, arbitragem, conciliação, negociação ou outro meio de composição que venha surgir.

No âmbito da Administração Pública, a solução de conflitos vem sendo uma preocupação crescente, uma vez que representa a maior litigante do país, seja no polo passivo ou polo ativo, considerando os níveis federal, estadual, distrital e municipal (Freitas, 2014), necessitando do emprego de meios alternativos consensuais para reduzir esse acesso massivo ao Poder Judiciário, ressaltando-se que, para preservar o interesse público e buscar assegurar maior efetividade às demandas, foram criadas varas da fazenda pública para cuidar dessa relação conflituosa.

Fernandes (2017) considera, acertadamente, que a solução consensual de conflitos na Administração Pública é uma demanda social relevante que deve ser incentivada pela Administração Pública:

A busca por formas mais céleres e consensuais para a resolução dos entraves é uma demanda social. Cabe, assim, àqueles que atuam diretamente com tais situações buscar mecanismos que facilitem a resolução. No âmbito da Administração Pública, a busca por formas de resolver os conflitos internos é ainda mais relevante.

A dinâmica das relações sociais e institucionais pode necessitar de outros meios de solução consensual, conforme será apresentado nesta monografia.

2.1.1 Conciliação

A conciliação é um meio alternativo de solução de conflitos caso não ocorra vínculo anterior entre os litigantes, permitindo que um terceiro, depois de ouvir as partes envolvidas, proponha alternativas para solução do conflito e busque uma solução que atenda a todos. Quando aceita pelas partes, firma-se um compromisso e se coloca termo à demanda.

A conciliação pode ser utilizada em qualquer fase processual: antes da proposição de uma ação judicial, no decorrer das fases processuais para sua apreciação, e até após o trânsito em julgado, desde que as partes tenham interesse em conciliar e resolver o conflito de forma consensual.

A conciliação é muito utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, pois permite solução consensual mais rápida para as controvérsias e os conflitos, sendo um instrumento eficiente para reduzir tempo e custo na busca de solução de uma relação conflituosa.

O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 165, § 2º, estabelece as características esperadas do conciliador (Brasil, 2015a):

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

O normativo atribuiu a competência para o conciliador propor soluções para o conflito, todavia não poderá constranger ou intimidar qualquer uma das partes na busca de um acordo conciliatório. De outro modo, não pode impor uma solução, e sim, tentar um acordo entre os envolvidos, apresentando uma ou várias alternativas, após conhecer os pormenores da situação.

Ainda, para fomentar a utilização da solução consensual no âmbito da Administração Pública, o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 174, determina a criação de câmaras de conciliação e mediação e elenca, não exaustivamente, suas atribuições (Brasil, 2015a):

Art. 174 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

O normativo autoriza a utilização da solução consensual de conflitos nas relações da Administração Pública e ainda determina a criação de estrutura compatível para o exercício das atividades de conciliação e mediação, tendo por finalidade proporcionar à sociedade os benefícios da utilização dessa sistemática.

Braga Neto (2011) propõe as seguintes fases da conciliação: apresentação, esclarecimentos, criação de opções e acordo.

Na fase de apresentação, o conciliador explica para as partes o seu papel, o funcionamento do método e os resultados decorrentes da possibilidade ou não da resolução consensual.

Os esclarecimentos consistem na fase em que o conciliador buscará informações das partes para conhecer os objetivos, os interesses, os fatos, os direitos e a relação continuada ou não entre as partes.

Na fase de criação de opções, o conciliador incentivará as partes a buscarem o compromisso por meio do acordo com base nos efetivos interesses, e elas podem apresentar suas alternativas para a resolução do conflito. O conciliador apresentará as alternativas viáveis para as partes e estimulará o acordo.

O acordo é a fase final da conciliação, representando o compromisso assumido pelas partes. O acordo deve ser claro, objetivo, e contemplar todos os compromissos assumidos.

2.1.2 Mediação

A mediação é o meio alternativo de solução de conflitos em que uma pessoa ou pessoas neutras e não envolvidas com o conflito, identificam os pontos de controvérsias e apoiam as partes envolvidas na busca da resolução do conflito.

Na mediação, as partes, juntamente com o mediador, buscam elaborar uma solução em conjunto para colocar termo à demanda. A figura do mediador tem o sentido de dar assistência às partes para que seja restabelecido o diálogo na busca da solução adequada da demanda e finalização do litígio.

As fases da mediação proposta por Braga Neto (2011) são as seguintes: pré-mediação, abertura, investigação, agenda, criação de opções, avaliação das opções, escolha das opções e solução.

A pré-mediação é a fase informativa da mediação, na qual são explicadas as regras e os detalhes do processo levando-se em consideração os princípios da voluntariedade, do respeito e da cooperação. O mediador propõe como o diálogo pode ser restabelecido, sendo apresentada a minuta do termo de mediação.

Na abertura, o mediador reforça o seu papel e passa a ouvir as partes para conhecer seus interesses e objetivos. O mediador deve fazer a escuta ativa para identificar os pontos da controvérsia ou do conflito e posteriormente buscar informações que possam subsidiar a resolução consensual.

A fase da investigação é o momento em que o mediador buscará aprofundar as informações sobre as partes e o objeto da mediação. Essa fase é importante, pois propicia informações na busca de uma solução conjunta do conflito.

A agenda é a pauta do trabalho a ser desenvolvido na mediação. A agenda é elaborada em conjunto com as partes, sendo priorizados os pontos relevantes que devem ser tratados, e para cada ponto deve haver opções de solução do conflito.

Na fase de criação de opções, o mediador sugere que cada parte apresente livremente ideias para solucionar o conflito, podendo a técnica de *brainstorming* ser incentivada para que ocorram múltiplas alternativas de solução para o conflito.

A avaliação das opções é o momento em que o mediador auxilia os mediados a reverem cada alternativa e descartar aquelas com menor possibilidade de execução ou menor praticidade.

A escolha das opções fundamentada no bom senso e na consensualidade é o momento que marca efetivamente o início da resolução de conflitos; na prática, é feita em conjunto com a fase de avaliação das opções.

Solução é o momento em que se chega ao consenso, sendo formalizados os compromissos assumidos pelas partes.

É de se destacar que a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, chamada de Lei de Mediação, dedicou o Capítulo II exclusivamente para a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, indo ao encontro do que já preconizava o art. 174 do Novo Código de Processo Civil, porém fazendo maior detalhamento da utilização dessa ferramenta, especialmente acerca da solução de conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações (Brasil, 2015c).

A título ilustrativo da utilização da mediação no âmbito da Administração Pública, a Controladoria-Geral do Distrito Federal baixou a Instrução Normativa 2, de 25 de julho de 2016, dispondo sobre a mediação de conflitos entre agentes públicos como meio de solução de controvérsias (Distrito Federal, 2016).

Outro exemplo, o governo do Distrito Federal publicou o Decreto 44.701, de 25 de julho de 2023, que trata de procedimentos de registro e apuração de casos de assédio moral ou sexual no ambiente de trabalho dos órgãos e das entidades da administração direta e indireta, e permite que a Comissão Especial de Combate e Prevenção ao Assédio realize sessões de mediação, caso verifique se tratar de situação de conflito entre servidores (Distrito Federal, 2023).

2.1.3 Arbitragem

A arbitragem é o meio alternativo de solução de conflitos em que as partes entram em acordo para escolher um árbitro, para o qual será submetida a controvérsia. Esse árbitro, com conhecimento técnico sobre a demanda, busca uma solução que resolva a controvérsia ou conflito apresentado.

A arbitragem é regulada pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1993, estabelecendo os legitimados, os tipos de arbitragem (de direito ou de equidade),

convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral), árbitro e tribunal arbitral, carta arbitral, compromisso arbitral, e procedimento arbitral (Brasil, 1993).

Antes de 2015, havia discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade da aplicação da arbitragem nos litígios envolvendo a Administração Pública, em razão de lacuna normativa. Alguns entendiam que, em razão da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público e do princípio da legalidade, não seria possível submeter litígios da Administração Pública à decisão privada de árbitros ou de tribunal arbitral (Freitas, 2014). Outros consideravam a possibilidade de adoção da arbitragem quando se tratasse de bens disponíveis.

Para colocar termo à questão, a Lei 13.129, de 26 de maio de 2015 (Brasil, 2015b), incluiu o parágrafo 1º no artigo 1º da Lei 9.307/1996, autorizando a adoção de arbitragem no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, nas controvérsias e conflitos envolvendo bens disponíveis, alinhando-se ao que se albergava pela doutrina e jurisprudência, a exemplo de decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Resp. 612.439/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005 (Brasil, 2005).

2.1.4 Termo de Ajustamento de Conduta

O termo de ajustamento de conduta no âmbito do Poder Executivo federal é o procedimento administrativo voltado para resolução consensual de conflitos decorrentes de infração disciplinar de menor potencial ofensivo.

No âmbito federal, o então Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União baixou a Instrução Normativa 2, de 30 de maio de 2017, que autorizava aos órgãos e às entidades do Poder Executivo Federal a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo (Brasil, 2017).

A norma considerava infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência, nos termos do art. 129 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar. Evoluiu para considerar também suspensão de até 30 dias, nos termos da Instrução Normativa CGU 4, de 21 de fevereiro de 2020 (Brasil, 2020a).

Atualmente, a permissão para instaurar termo de ajuste de conduta no âmbito do Poder Executivo federal é regulada pela Portaria Normativa CGU 27, de 11 de outubro de 2022 (Brasil, 2022), alterada pela Portaria Normativa CGU 54, de 14 de fevereiro de 2023, nos procedimentos de correição (Brasil, 2023a).

Diante dos diversos institutos de resolução consensual de conflitos, as partes que desejam resolver suas controvérsias e conflitos devem buscar aquela que melhor atenda seus interesses. Oliveira e Castanheiro (2020), assim se posicionaram sobre a seleção do método compositivo:

A escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa deve levar em consideração as características específicas do conflito, as vantagens e desvantagens em cada procedimento e aspectos como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade.

2.1.5 Comitê de Resolução de Disputas

O comitê de resolução de disputas (*dispute boards*) tem o objetivo de acompanhar a execução contratual desde o planejamento até o seu encerramento. O Comitê de Resolução de Disputas foi introduzido pela Lei 14.133/2021, em seu art. 151, como um dos meios alternativos de solução de controvérsias de bens patrimoniais disponíveis, junto com a conciliação, a mediação e a arbitragem (Brasil, 2021).

Normalmente o comitê é formado por três especialistas no objeto do contrato e atuarão como agentes fiscalizadores. No surgimento de controvérsias, serão convocados para que, de forma imparcial e independente, possam emitir recomendações e determinações com o objetivo de encontrar a solução adequada para o cumprimento do contrato (MURTA, 2023).

A sistemática é importante para contratos complexos e de grande vulto econômico, pois terá um acompanhamento desde o seu início por especialistas e, nas eventuais controvérsias, atuarão para solucionar o conflito ou impedir que ele se instale.

É um meio alternativo ainda pouco utilizado pelas organizações públicas, que merece ser incentivado e disciplinado para que haja segurança jurídica dos envolvidos, uma vez que tem o potencial de prevenir controvérsias e promover correções tempestivas na execução dos contratos.

2.1.6 Negociação

A negociação é o meio de solução de conflitos em que as partes envolvidas conseguem, por si só, solucionar um conflito instalado ou evitar o seu surgimento, fazendo concessões, supressões, modificações ou acréscimos da pretensão envolvida.

O diálogo e a discussão de propostas são essenciais para se prevenir e resolver conflitos. Nesse sentido, a negociação assume papel fundamental, uma vez que é uma forma inata de se resolver e evitar conflitos, sendo fundamentada no diálogo, no consenso, na boa fé, na confiança e na cooperação entre as partes.

A negociação está presente diuturnamente na vida das pessoas, nas empresas e nas organizações públicas, podendo ser feita de forma informal, em sua maioria, ou de maneira formal, com a discussão e acerto da solução consensual e a celebração de um contrato ou acordo. Por isso, a quebra de um contrato é a quebra da confiança, do consenso, da boa-fé e da cooperação, assim como o não cumprimento de uma negociação informal é uma quebra de acordo moral firmado pelas partes.

Vale ressaltar, que a negociação pode ser tratada em sentido amplo e em sentido restrito, conforme distinção feita por Sales e Rabelo (2009):

A negociação pode ser percebida de duas maneiras, uma num sentido mais amplo, que abrange todos os mecanismos de solução de conflitos em que o diálogo entre as partes se faz necessário, e a outra num sentido mais restrito, revelando-se como meio de solução que prescinde da intervenção de um terceiro. É a primeira instância da tentativa de resolução de conflitos, pois, diante de uma solução que atenda as ambas as partes, o conflito está resolvido.

No sentido restrito, é o meio de solução de conflitos em que as partes colocam termo a eventuais controvérsias ou conflitos, sem precisar de um terceiro para conduzir o processo.

A negociação em sentido amplo está presente nos meios alternativos de solução de conflito como técnica dialógica na busca da solução consensual, necessitando que conciliador, mediador e árbitro tenham capacidade de entender o problema; de lidar com pessoa;, de restabelecer, no possível, o diálogo; de buscar com os elementos apresentados uma ou mais alternativas para solucionar o problema ou proporcionar meios para que as partes cheguem a essa solução. É nesse sentido que é tratada nesta monografia.

A título exemplificativo, a Instrução Normativa - TCU 91, de 22 de dezembro de 2022, que instituiu, no âmbito do TCU, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e de prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal envolve a negociação em sentido amplo, em que se vai buscar evitar a controvérsia ou solucionar o conflito relevante (Brasil, 2023b).

No caso, fazem parte do procedimento de discussão da solução, depois de o processo ser admitido no Tribunal, representantes da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada, da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex Consenso) e do órgão jurisdicionado e, eventualmente, particulares envolvidos, quando admitidos no processo.

Essas partes vão discutir e negociar sobre a matéria submetida à solução de conflito na busca de se chegar a um consenso e se ter uma proposta de acordo, no prazo de noventa dias da admissão do processo de solução consensual.

O modelo de solução de conflitos adotado pelo TCU tem natureza híbrida, podendo ser entendido como negociação em sentido amplo, quando considerados o TCU e o jurisdicionado como partes; aspecto conciliatório ou de mediação, considerando o papel que pode ser desenvolvido pela Secex Consenso em relação aos posicionamentos da unidade de auditoria especializada e da unidade jurisdicionada.

Seja lá qual for o papel assumido pelos representantes das unidades do TCU, a busca pela solução consensual será o mote dos trabalhos, desde que venha atender o interesse público e, ao mesmo tempo, o interesse das demais partes envolvidas dentro do que foi acordado, sendo fundamental a participação da Secex Consenso e da unidade de auditoria especializada na construção do entendimento fundamentado no princípio da juridicidade.

Em seguida, será sorteado relator do processo de solução consensual, sendo a proposta submetida também ao Ministério Público de Contas e, por fim, enviada ao Plenário do TCU para exame de sua legalidade e deliberação sobre a concordância ou não da proposta construída pelas unidades técnicas do Tribunal e representantes de órgãos ou entidades jurisdicionadas.

2.2 Métodos de negociação e suas características

Não existem regras claras e objetivas de como se deve proceder a uma negociação, considerando a multiplicidade de objetos implicados, o nível de conhecimento e discernimento das partes, os interesses envolvidos e o nível de cultura de consenso para evitar ou pôr termo a um conflito.

Todavia, existem métodos desenvolvidos por estudiosos e universidades que elaboram técnicas dentro de um processo negocial que podem surtir efeito e levar a um acordo. Isso não significa que, utilizando-se tais técnicas, necessariamente será alcançado um consenso e conseqüentemente um acordo. Na realidade, as técnicas relativas a negociação objetivam mitigar a não ocorrência de um consenso.

Neste trabalho, foi abordado o método da barganha, o método de Harvard e a Teoria dos Jogos.

O método da barganha posicional estabelece que, em um processo de competição, uma parte vencerá e a outra necessariamente perderá, ou seja, uma terá mais vantagem sobre a outra em um processo de negociação. Essa situação decorre do poder de barganha que cada parte possui.

Porter apresenta em seus estudos cinco forças competitivas, entre elas o poder de barganha dos fornecedores e o poder de barganha dos clientes (Porter, 2005).

O poder de barganha vai influenciar no resultado da negociação. Quanto maior o poder de barganha, maior a expectativa de ser obter resultado favorável naquilo que se negocia.

O poder de barganha se associa, dentre outros, com reputação, credibilidade, capacidade econômica, fornecimento de bens e serviços essenciais ou escassos, capacidade de atendimento, e poder de impor sanções.

Nas relações institucionais, até as que envolvem a Administração Pública, é comum o exercício do poder de barganha por uma das partes. Nesses casos, a parte menos favorecida deve saber se comunicar com a outra e ter sua equipe treinada em negociação, a fim de encontrar elementos para mitigar as perdas, ou não ter perdas superiores se aquela negociação na busca de uma solução consensual não tivesse sido realizada e fosse buscado outro meio, inclusive judicial, para colocar termo à disputa.

Um exemplo claro, no âmbito da Administração Pública, do uso desse método ocorre por ocasião da celebração do termo de ajuste de conduta, em que a parte que

incorreu em irregularidade deve concordar em exercer um comportamento determinado pelo órgão público para evitar que seja instaurado um procedimento administrativo sancionador mais grave.

Nesse caso, o órgão público tem poder de barganha muito maior que a outra parte, a qual normalmente se submete para evitar perdas maiores com a instauração do processo administrativo sancionador. Não obstante, existem situações em que o poder de barganha pode ser de um fornecedor de bens para a Administração Pública, caso tais produtos sejam essenciais, exista alta demanda e competição mundial pela sua aquisição, e sua produção seja limitada para atender o nível de demanda que precisa atender, como ocorreu com as primeiras vacinas contra a covid-19.

O método de Harvard é um dos principais métodos de negociação, tendo sido desenvolvido por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton. O método é fundamentado em princípios, buscando a solução dos conflitos a partir de seus méritos e não por concessões ou não concessões que cada uma das partes esteja disposta a fazer ou a não fazer (Fisher *et al.*, 2014).

A negociação por mérito é um modelo mental que apregoa que não deve ocorrer pressão para se chegar a um acordo ou aceitar tudo e fazer concessões para se manter o relacionamento. A ideia é chegar a uma terceira via intermediária entre esses extremos. O modelo de Harvard está fundamentado na negociação integrativa (terceira via), afastando-se do modelo da barganha posicional.

Em linhas gerais, o modelo estabelece quatro princípios ou diretrizes: separar as pessoas do problema; concentrar-se nos interesses e não nas posições; inventar opções de ganhos mútuos; e insistir em um resultado objetivo, independentemente de vontade (Fisher *et al.*, 2014).

Separar as pessoas do problema é a diretriz em que o negociador deve concentrar suas forças no enfrentamento do problema de forma objetiva, sem fazer concessões desnecessárias, como se a outra parte fosse um amigo, ou exigir mais que o necessário, considerando-a como inimigo. A outra parte é parceira na construção de um consenso, portanto não pode ser vista como amiga ou inimiga. Falhar na sua utilização compromete a negociação e podem até surgir conflitos de natureza pessoal.

Assim, o negociador deve conhecer e focar sua energia no problema a ser resolvido sem subjetividades decorrentes de características da outra parte ou por convicções próprias, devendo conhecer e discutir os critérios objetivos das propostas.

Na segunda diretriz – concentrar-se nos interesses e não nas posições –, o negociador deve conhecer e compreender conceitos de interesses e de posições. Posição é aquilo que é exteriorizado pelo negociador, e o interesse é o real objetivo pretendido, que pode ser compatível ou não com a posição.

Nesse ponto, o negociador deve investigar o que realmente se pretende, para que a negociação tenha fluidez. Em outras palavras, ele deve buscar conhecer o que está por trás da posição colocada pela outra parte. Note-se que se negociam interesses, e não a posição, sob pena de não se conseguir a solução ou mitigação do conflito.

A terceira diretriz – criar várias possibilidades antes de decidir – é a consequência da segunda diretriz, representando a atuação produtora do negociador para buscar a construção de várias possibilidades para aderência de ganhos comuns e mitigação de adversidades.

Como está focado nos interesses, o negociador vai buscar o desenvolvimento de alternativas com critérios objetivos para atender a esses interesses dentro de um processo de diálogo. Para a criação de possibilidades de alternativas para a resolução do conflito, pode utilizar o *brainstorming*.

As alternativas surgidas serão analisadas, em suas vantagens e desvantagens, e ajustadas antes de se partir para uma tomada de decisão, lembrando-se que a alternativa adequada é aquela que atende os interesses das partes.

A última diretriz – insistir em um resultado objetivo – estabelece que, ao se concluir e entender que determinada alternativa para solução do problema é adequada, justa e viável, o negociador deve procurar atingir o resultado esperado. Isso não significa que não possam ocorrer supressões, acréscimos ou alterações da alternativa negociada, porém deve ser tratada de forma objetiva em termos de valores, prazos, garantias, qualidade, sem que se considerem subjetividades, as quais não se tem como medir ou comprovar.

O negociador não pode perder de vista que está lidando com pessoas que têm convicções, valores, receios, medos, crenças, personalidades diferentes e que estão ali também com o objetivo de solucionar a disputa. Assim, é essencial a percepção do negociador para identificar emoções e atitudes, favoráveis ou não, e estabelecer uma comunicação aberta, de mão dupla e assegurar confiança, respeito e amistosidade para um desfecho adequado do processo de negociação (Fisher *et al.*, 2014).

A negociação pode resultar em cinco posicionamentos estratégicos para solucionar o conflito: colaboração, acomodação, disputa, inação e compromisso (Paumgartten, 2018).

A resolução do conflito por colaboração ou ganha-ganha ou integrativa é alcançada quando as partes compreendem os diferentes interesses e os objetivos dos envolvidos, e existe um envolvimento mútuo de avaliação da melhor alternativa que atenda a todos, sendo esse posicionamento aplicado em conflitos complexos que se não resolvidos se prolongam no tempo.

Na resolução do conflito por acomodação ou perde-ganha, uma das partes terá vantagem em relação à outra. A parte mais fragilizada acaba por ceder na tentativa de manter a relação ou de, no futuro, conseguir alguma vantagem.

A resolução do conflito por disputa ou ganha-perde ou distributiva, os envolvidos se posicionam para fazer prevalecer seus interesses, buscando potencializar os resultados. É uma estratégia de competição e predomina o uso do poder, da coação, da pressão para se alcançar o resultado esperado. Difere do perde-ganha, pois a parte fragilizada será obrigada a ceder sem vislumbrar melhoria no relacionamento ou vantagem futura.

A resolução de conflitos por meio de perde-ganha ou ganha-perde tem suas premissas no modelo de negociação tradicional por barganha posicional, em que cessões ou imposições serão os norteadores da resolução do conflito, normalmente resolvido com baixa utilização de tempo, em comparação com os demais posicionamentos estratégicos.

Na Inação ou perde-perde, as partes evitam a negociação, não assumindo posições em razão da percepção negativa que o conflito causa e da descrença no diálogo com o outro. Na realidade, o conflito não será resolvido, e sim, reposicionada a sua negociação para o futuro, perdendo-se a oportunidade de se obter uma solução imediata.

O compromisso tem por objetivo resolver o conflito da melhor forma possível, buscando superar as diferenças e satisfazer de forma parcial ou moderada os interesses das partes, sendo utilizado quando os outros modelos não puderem ser aplicados de forma exitosa. Isso ocorre em razão da complexidade do conflito e da dificuldade dos envolvidos em chegar ao acordo.

O modelo de solução de conflitos de forma consensual adotado pelo TCU está intimamente ligado com o método de Harvard, em que a partes buscam um desfecho

adequado por meio da cooperação, discutindo-se o objeto e os interesses envolvidos de forma objetiva. Isto não significa dizer que todas as situações submetidas ao TCU serão resolvidas de forma consensual. A Instrução Normativa - TCU 91, de 22 de dezembro de 2022, estabelece que se, em noventa dias, não houver uma proposta de acordo ou se o Plenário discordar da proposta apresentada, não se terá a resolução consensual naqueles moldes apresentados (Brasil, 2023b).

Por fim, a negociação envolve o diálogo entre as partes, porém o comportamento das partes vai influenciar na duração desse diálogo, uma vez que é razoável concluir que cada pessoa defenda seus interesses. Nesse sentido, a negociação tem a característica de um jogo, em que as partes se influenciam mutuamente com sua interação (Campos *et al.*, 2022).

A Teoria dos Jogos, elaborada por John von Neumann e John Nash, em linhas gerais, avalia como os participantes (jogadores) envolvidos em determinadas situações e interagindo entre si buscam melhorar os resultados que possam atender suas necessidades. A premissa da Teoria dos Jogos é que o melhor resultado de um jogador depende da estratégia adotada pelo outro jogador.

A Teoria dos Jogos, na visão de Neumann, era uma competição de soma zero – ou seja, para que um jogador viesse a ganhar, o outro necessariamente teria que perder – está relacionada diretamente com a barganha posicional.

Nash entendia que, além das relações de competição, nas relações continuadas, os jogadores poderiam cooperar entre si para obtenção de ganhos mútuos, chegando-se a um ponto de equilíbrio, no qual a estratégia de um jogador é a melhor resposta à estratégia do outro e vice-versa (Campos *et al.*, 2022).

Daí surgiu o equilíbrio de Nash: cooperação nas relações continuadas (soma não zero) e competição nas relações não continuadas (soma zero). Em outras palavras, a estratégia a ser adotada vai depender do número de jogadas a serem feitas: se apenas uma, será a de competição; se várias, será a de cooperação.

Para aplicação da Teoria dos Jogos, faz-se necessária a utilização da racionalidade na tomada da decisão, todavia, o modelo não apresenta respostas prontas, uma vez que o resultado da estratégia a ser adotada sempre vai depender das estratégias dos outros participantes e não há como se saber efetivamente o que o outro irá fazer. O que se tem, na verdade, é um provável comportamento esperado com aquela tomada de decisão.

Diante do exposto, apesar da possibilidade da aplicação da Teoria dos Jogos em negociação, parece mais adequada a utilização do modelo de Harvard na negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública, incentivando-se a cooperação entre as partes.

Por outro lado, o negociador não pode deixar de avaliar a utilização do modelo da barganha posicional, considerando que as especificidades da problemática podem desencadear a sua utilização e que a outra parte pode também estar se valendo desse expediente.

Enfim, o negociador não pode perder de vista que todo o conhecimento que venha a possuir sobre negociação, a outra parte provavelmente também terá e que os movimentos feitos terão um contraponto de resposta. Por isso, quanto mais preparado esteja o negociador acerca do objeto da disputa e detenha maiores habilidades, a exemplo de habilidades interpessoais de comunicação, escuta ativa, equilíbrio emocional, visão de mundo, bom senso, empatia, maiores as chances de ser exitoso em sua jornada.

2.3 Processo de negociação na solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública

Inicialmente cabe destacar que não existe um processo formal de negociação para solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública.

As iniciativas para nortear o processo de negociação são ainda feitas de forma isolada por alguns órgãos, a exemplo do Manual de Negociação baseado na Teoria de Harvard, elaborado pela Advocacia-Geral da União (AGU) estabelecendo a sistemática a ser aplicada nas demandas judiciais (Brasil, 2017).

Com os fundamentos do modelo de negociação de Harvard, passa-se a descrever um processo de negociação que potencialmente poderia ser utilizado na solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Para se realizar uma negociação, faz-se necessário que o negociador tenha um método de negociação e não aja somente por bom senso, boa vontade,

experiência e instinto. Não se quer dizer que essas habilidades não sejam importantes. O que se está propondo é que não se pode negociar sem um método.

Nesse sentido, um processo de negociação utilizando o modelo de Harvard deve resultar no mínimo em: a) um acordo adequado para as partes; b) eficiência do processo de negociação, reduzindo tempo, esforços, recursos, se comparados com outros meios de solução (contencioso administrativo ou contencioso judicial); e c) fortalecimento do relacionamento entre as partes ou pelo menos não prejuízo desse relacionamento (Fisher, 2014).

O ponto inicial é o aprendizado do negociador, uma vez que a negociação é uma habilidade, que necessita ser desenvolvida por estudos, conhecimentos e aplicação de técnicas, não sendo, portanto, uma arte ou um processo intuitivo.

O desenvolvimento e aperfeiçoamento de habilidades do negociador não é uma fase do processo de negociação. É condição para que os profissionais que realizam a negociação sejam exitosos e respeitados nas demandas em que vierem a atuar.

Desenvolvidas as habilidades necessárias para sua atuação, o processo de negociação se desencadeará com a aplicação do método de Harvard, que consiste nos quatro princípios ou diretrizes fundamentais apresentados anteriormente: separar as pessoas dos problemas, concentrar nos interesses e não nas posições, criar opções para negociação e utilizar critérios objetivos.

O Manual de Negociação baseado na Teoria de Harvard da Advocacia-Geral da União estabeleceu, de forma didática, cinco fases do processo de negociação: Preparação, Criação, Negociação, Fechamento e Reconstrução (Brasil, 2017).

Na fase da preparação, o negociador deve ter conhecimento do objeto a ser tratado, conhecer a outra parte e planejar como será feito o enfrentamento da questão.

A segunda fase consiste na criação de valor na elaboração das propostas na busca de um futuro resultado que venha atender os interesses das partes.

A negociação, chamada também de distribuição, é quando se analisam e se discutem as alternativas apresentadas, devendo haver cooperação entre as partes para se chegar a uma alternativa mais adequada para colocar termo à demanda.

O fechamento é a fase em que se chega ao acordo propriamente dito, na qual as partes entendem que uma das propostas analisadas e discutidas tem o condão de solucionar o conflito.

Por fim, a fase da reconstrução do relacionamento é a busca da manutenção do relacionamento após o fechamento da negociação, considerando que, no

processo, podem ocorrer desgastes, arestas e mal-entendidos, os quais devem ser resolvidos para não gerar resqúícios em futuras negociações.

Neste trabalho, sugere-se que o processo de negociação seja dividido em oito etapas para efeitos didáticos, considerando-se as premissas do modelo de Harvard adaptadas para a realidade da Administração Pública: designação dos agentes públicos, planejamento, abertura dos trabalhos, criação de opções de proposta, apresentação das opções de propostas, avaliação e escolha da opção de proposta, celebração do acordo e encerramento.

A etapa inicial consiste na **designação dos agentes públicos** envolvidos com a negociação. Diante do princípio da legalidade, os agentes públicos devem ter suas atribuições estabelecidas por lei. Então, o primeiro momento do processo de negociação é a designação formal do agente ou agentes responsáveis pela sua condução.

Os designados devem possuir habilidades em negociação e conhecimento sobre o objeto a ser negociado. Considerando esses aspectos, os órgãos públicos devem treinar e capacitar esse profissional para desenvolvimento de habilidades em negociação, envolvendo, dentre outros, temáticas sobre os métodos e técnicas de negociação, comunicação e relacionamento interpessoal.

Por mais que pareça normal e simples a negociação, uma vez a sua presença cotidianamente na vida das pessoas, a solução de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos na Administração Pública exige o preparo do profissional que exercerá essas atribuições.

Não se pode designar servidores sem habilidade em negociação e sem conhecimento de seu objeto, sob pena de não se conseguir a solução consensual esperada e ainda provocar o desencadeamento de conflitos interpessoais ou arranhar a imagem institucional.

Em relação ao conhecimento do objeto, o negociador pode ser apoiado tecnicamente por representantes da área técnica envolvida, o que facilitará na elaboração e apresentação de propostas objetivas para o deslinde das controvérsias e conflitos.

Acerca das habilidades em negociação, a título ilustrativo, é esperado que o negociador apresente na sua maneira de agir e de se comunicar com a outra parte (Fisher *et al.*, 2014):

- a) capacidade de perceber a situação do jeito que o outro lado percebe;

- b) habilidade de criar opções;
- c) boa comunicação e entender que esta é a fonte do poder de negociação;
- d) escuta ativa e demonstrar que entendeu a outra parte;
- e) clareza e coerência ao falar para ser compreendido;
- f) comunicação de um propósito claro;
- g) capacidade de construir uma relação de trabalho; e
- h) habilidade de enfrentar problemas, e não as pessoas.

Após a designação dos responsáveis para condução da negociação nos processos de solução de controvérsias e de prevenção de conflitos, surge a etapa do **planejamento**. Nessa etapa, o negociador deve aprofundar os estudos sobre o objeto a ser negociado, a fim de conhecer todas as suas peculiaridades e não ser tomado de surpresa pela outra parte.

O negociador deve ter ciência de que a outra parte, provavelmente, terá o conhecimento pleno do objeto para que possa negociar sobre os pontos controvertidos ou conflituosos.

No planejamento, o negociador deve conhecer:

a) Os interesses envolvidos na negociação: o negociador deve ter a capacidade de reconhecer os interesses envolvidos e os objetivos que se pretende alcançar no processo de negociação; deve ter habilidade para distinguir posição e interesse, quando estiver efetivamente negociando com a outra parte.

b) A melhor alternativa sem acordo (MASA) sua e da outra parte: a MASA é uma expressão utilizada no Manual de Negociação baseada na Teoria de Harvard da Advocacia-Geral da União (Brasil, 2017), em que o negociador deve conhecer a melhor alternativa caso não seja possível a celebração de um acordo.

A MASA é o limite mínimo em um processo de negociação. Se a proposta do acordo for menor que a MASA, não deve ser celebrado. Se maior, significa que aquele processo de negociação resultou em ganho além do que se obteria se não fosse feito acordo. Vale lembrar que a outra parte também deve conhecer a MASA dela e essa será o mínimo intransponível, sob pena de suportar perdas desnecessárias no processo de negociação.

c) A margem de negociação: conhecidos os interesses envolvidos e a MASA, a margem de negociação, chamada de zona de possível acordo (ZOPA) no Manual de Negociação baseada na Teoria de Harvard da Advocacia-Geral da União (Brasil, 2017), representa o intervalo de negociação possível.

Hipoteticamente, a margem de negociação representa o intervalo entre a MASA de uma parte e a MASA da outra parte. A situação adequada para o acordo consensual representa o equilíbrio entre os interesses envolvidos, ou seja, até onde se pode ceder ou avançar naquele processo de negociação, sem que se invada a MASA de uma ou de outra parte.

d) A melhor alternativa para um acordo negociado (MAPAN) ou Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo (MAANA): Fisher *et al.* (2014) esclarecem que não é em todas as negociações que as partes estão em pé de igualdade.

Quando uma parte tiver maior grau de ascendência sobre a outra, seja pelo poder econômico, seja pela capacidade de impor sanções, seja pela essencialidade ou exclusividade de seus produtos ou serviços, faz-se necessário que o negociador da parte hipossuficiente tenha conhecimento da sua MAPAN, pois nenhum método terá sucesso se todas as vantagens estiverem com a outra parte.

Nesse caso, o negociador deve proteger a instituição que representa, tendo por limite a MASA e, se possível, obter um ganho adicional em razão da necessidade da solução sobre o objeto e de seu poder de negociação. De outro modo, deve pensar que, naquele processo de negociação, terá ao menos a MASA, o que vier além é geração de valor.

e) Elaboração de critérios objetivos a serem ofertados e discutidos por ocasião da negociação: o negociador que tem conhecimento aprofundado do objeto terá condições de estabelecer critérios objetivos para serem ofertados e discutidos com a outra parte.

Os critérios objetivos envolvem, a título ilustrativo, o valor de mercado, precedente sobre a questão, opinião técnica e científica, padrões de desempenho, prazos de entrega, de produção, de utilização, custos operacionais, bonificações de despesas indiretas (BDI), jurisprudência, padrões morais e éticos, regulação, interesse público envolvido, repercussão social da operacionalização ou utilização do bem, tempo e custos da litigância em juízo.

Quanto maior a quantidade de informações que se possa levantar, melhor será para a apresentação de propostas e a obtenção de resultado superior à MASA.

A etapa seguinte é a **abertura dos trabalhos**: nesse momento, os negociadores terão o primeiro contato entre si, em reunião de trabalho. O ideal é que a reunião seja realizada em local neutro para que as partes não tenham vantagens ou desvantagens da familiaridade com o local. Quando isso não for possível, também de

forma ideal, será importante que as reuniões de trabalhos sejam feitas por revezamento nas sedes das instituições envolvidas. O importante é que os negociadores se sintam seguros, confortáveis e em ambiente amistoso para realizar seus trabalhos.

Nesse primeiro momento, faz-se necessária a realização de uma rodada de apresentação para que todos se conheçam ao mínimo na sua identificação e função exercida. Não é produtivo que esse contato inicial seja marcado por narrações cansativas de histórico pessoal das partes ou pelo monopólio da palavra por algum indivíduo. A informalidade respeitosa deve nortear essa rodada inicial e, se bem conduzida, produzirá efeitos positivos no restante dos trabalhos.

Vencido esse momento inaugural, sugere-se que deva ser apresentada a controvérsia ou o conflito para o qual se pretende buscar uma solução consensual pelo representante do órgão da Administração Pública em que o processo de solução consensual está tramitando.

A precisa definição da controvérsia ou do conflito no âmbito da Administração Pública é essencial para os passos seguintes da negociação. As partes devem saber de forma clara e objetiva o que efetivamente está sendo tratado e os interesses envolvidos.

Além do objeto a ser negociado, devem ser apresentadas também as consequências da celebração ou não de um acordo e, se cabível, as repercussões ou impactos para a sociedade, bem como a disposição de se encontrar cooperação entre as partes na busca de uma solução equilibrada que atenda a todos.

No momento seguinte, deve ser dada a palavra para a outra parte também se manifestar, uma vez que a construção da solução deve ser conjunta. Todos devem sentir-se integrados ao processo de negociação para que seja construída de forma conjunta a solução da controvérsia ou da prevenção do conflito.

É recomendável a elaboração de uma agenda de compromissos com cronograma de reuniões para as fases seguintes do processo, especialmente para aqueles órgãos que já definiram o período da elaboração da proposta final de acordo, como no caso do TCU.

A agenda é importante porque estabelece um cronograma de reuniões para as negociações, devendo-se sempre ter em mente que o processo de negociação é construído progressivamente pelas partes, mas que deve haver uma estimativa de sua conclusão.

As lições de Fisher *et al.* (2014) devem ser aplicadas nessa etapa do processo de negociação:

- a) separe as pessoas dos problemas;
- b) trate a outra parte com respeito;
- c) gere confiança;
- d) controle suas emoções;
- e) não tenha medo de negociar;
- f) comunique-se; e
- g) utilize a escuta ativa.

A etapa de **criação de opções de proposta** é elementar no processo de negociação. No âmbito da Administração Pública, o negociador, com o apoio da área técnica do objeto da negociação, deve criar opções de propostas para dar início às negociações com a outra parte.

O ideal é a criação de opções de propostas de ganhos mútuos, as quais transmitam a sensação de adequação, equidade, honestidade e propósito de resolução sem que se caracterize a existência de um vencedor.

Propostas excludentes, de ganhos individuais, como feitas no caso de barganha posicional, transmitem a mensagem da existência necessária de um vencedor, cabendo à outra parte aceitar para preservar a relação ou submeter-se pela falta de opção.

O negociador não pode deixar de avaliar também a utilização da Teoria dos Jogos e a aplicação do equilíbrio de Nash, sempre considerando que o resultado da estratégia a ser adotada vai depender das estratégias dos outros participantes e não há como se saber efetivamente como será a tomada de decisão da outra parte.

Dependendo da complexidade do objeto, essas opções de proposta devem estar respaldadas em estudos técnicos de natureza econômica, financeira, operacional, jurídica, a depender da controvérsia ou do conflito envolvido.

O negociador deve ter em mente a MASA e a ZOPA com fundamento nesses estudos para que saiba como agir na defesa de uma proposta, lembrando que a outra parte também deve estar alicerçada de informações de igual valor.

As opções de propostas devem ser embasadas em critérios objetivos de acordo com os estudos que as fundamentam, devendo serem elaboradas em prazo razoável, já ajustado na agenda.

Para as opções de propostas, pode-se utilizar o *brainstorming*, devendo ser feitas, internamente, avaliação e escolha daquelas que serão apresentadas para a outra parte.

Nessa etapa do processo de negociação, podem ser realizadas visitas ao local do objeto do conflito, especialmente em se tratando de obras, desde que sejam possíveis e viáveis, devendo ser acertadas entre as partes e constar da agenda. Esse procedimento demonstra a realidade atual do objeto, subsidiando a elaboração das opções de proposta.

Na **apresentação das opções de propostas**, o negociador, de forma clara e objetiva, deve apresentar, esclarecer e tirar dúvidas sobre as propostas. A outra parte também deve apresentar suas propostas, e de igual modo, esclarecer e tirar dúvidas surgidas.

Esse momento é importante, porque se tem conhecimento dos interesses envolvidos colocados à mesa de negociação, devendo-se observar a MASA e a ZOPA e, eventualmente, a MAPAN, quando a outra parte utilizar a barganha posicional.

As dúvidas sobre o conteúdo das opções de propostas e eventuais obscuridades devem ser esclarecidas para evitar perda de tempo na fase seguinte.

As partes devem estabelecer o número de reuniões para apresentação das propostas, a depender da complexidade do objeto e da quantidade a ser apresentada. O ideal é que as partes apresentem uma ou duas opções de proposta e passem a negociar com base nelas. É conveniente que as partes tenham um tempo para refletir e ponderar sobre as propostas, considerando-se que estão à mesa de negociação.

A **avaliação e escolha da opção de proposta** para o fechamento da negociação deve envolver várias reuniões, considerando-se a complexidade do objeto, devendo ser estimado o número de reuniões e colocado na agenda.

A avaliação e a escolha da proposta ocorrem de forma praticamente simultânea e envolvem a negociação propriamente dita. É o momento em que o negociador vai colocar todas as suas habilidades e conhecimentos na busca de um acordo. Fisher *et al.* (2014) apresentam algumas sugestões que podem implementadas pelo negociador acerca da percepção, das emoções e da comunicação:

- a) exerça a empatia;
- b) não deduza as intenções do outro a partir de seus próprios temores;
- c) não os culpe por seus próprios problemas;
- d) divida com eles o resultado, assegurando-se de que participem do processo;

- e) torne a sua proposta consistente com os valores deles;
- f) reconheça e entenda as emoções, as suas e as deles;
- g) dê atenção às preocupações centrais;
- h) permita que o outro lado desabafe;
- i) não reaja com surtos emocionais;
- j) ouça ativamente e demonstre entender o que está sendo dito;
- l) fale para ser compreendido;
- m) fale com um propósito; e
- n) enfrente o problema, não as pessoas.

Não se pode esquecer que toda negociação é dura em razão dos interesses envolvidos e a construção cooperativa é tarefa árdua, que deve ser conquistada com trabalho, honestidade, segurança, conhecimento e propósito de consenso.

Outro ponto que deve ser considerado é a característica das **propostas** apresentadas. Apesar de os negociadores das partes apresentarem as opções de **proposta**, não significa que na avaliação será escolhida uma. Podem surgir **propostas** ajustadas com critérios das duas partes, surgindo uma **proposta** construída de forma conjunta.

A **proposta** construída pelas partes é extremamente importante para a solução consensual de controvérsias e conflitos, podendo resultar em ganha-ganha.

Nos casos em que ocorre a barganha posicional, o negociador da empresa hipersuficiente leva a sua proposta, cabendo à outra parte pouca ou nenhuma margem de negociação. O negociador da parte hipossuficiente deve avaliar a MAPAN para aceitar ou não a proposta.

Na escolha da proposta final, devem ser avaliadas a MASA, a ZOPA ou a MAPAN para que a parte se certifique de que a futura solução consensual atende seus interesses e em que medida. Acordos malfeitos geram frustração, não atendem aos interesses e podem até não ser executados, resultando em ações judiciais futuras.

Relevante ainda destacar que a opção de proposta escolhida deve ser exequível, pois não adianta nada conseguir um acordo por solução consensual que não possa ser executado, por isso se deve avaliar também a capacidade da outra parte em garantir aquilo que será celebrado.

Para se certificar de que o compromisso está adequado e estruturado de forma que seja exequível, exigível, prático e duradouro, pode ser utilizada a técnica de 5W2H (Why? What? Who? Where? When? How Much? How?), ficando bem definido: Por

que será realizado? O que será realizado? Quem realizará? Onde realizará? Quando realizará? Quanto será gasto? Como será realizado?

Por fim, não se pode perder de vista se a outra parte está agindo com táticas ardilosas, a exemplo de trapaça deliberada, guerra psicológica e táticas de pressão posicional (Fisher *et al.*, 2014). Em situações dessa natureza, inicialmente se deve reconhecer que a outra parte está utilizando esse expediente; em seguida, levantar a questão de forma explícita e negociar as regras do jogo, deixando claro que reconhece o uso deliberado dessa prática ardilosa no processo de negociação. Nesse caso, deve ser avaliada a continuidade da negociação, caso a outra parte continue com essa tática.

A **celebração do acordo** é a etapa de fechamento de todo o esforço realizado no planejamento, na abertura, criação de opções de propostas, avaliação e escolha de proposta, e se materializa com a formalização de um acordo.

Nem todo processo de negociação resultará em um acordo, uma vez que a negociação pode ser cancelada pelas partes em qualquer fase anterior, mesmo que se saiba das vantagens que a solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflitos tem em comparação com outras formas de resolução (contencioso administrativo ou contencioso judicial).

A escolha de uma das opções de proposta ou a construção de uma nova proposta para solucionar o problema deve ser bem fundamentada, para que não ocorram equívocos, obscuridades, omissões ou eventuais contradições.

O compromisso a ser firmado deve ser gradativamente construído com ofertas racionais pelas partes, sendo ideal que todos estejam abertos à negociação.

Estabelecidos os critérios objetivos, conhecidos os interesses, avaliadas a MASA, a ZOPA ou a MAPAN, analisadas as opções e escolhida aquela que pode gerar ganhos mútuos, formaliza-se o acordo.

Firmado o acordo, vem a última etapa, o **encerramento**. Assim como ocorreu na abertura dos trabalhos de negociação, o encerramento é o momento de renovação do relacionamento, do fortalecimento de compromisso e da oportunidade de transmitir uma mensagem de ganhos mútuos, de cooperação, de eficiência na resolução do conflito e legitimidade do acordo.

Esta etapa é importante nas controvérsias e na prevenção de conflitos que envolvem a Administração Pública em razão da execução do acordo, o qual deve ser acompanhado pelo órgão técnico envolvido.

A construção do relacionamento profissional com respeito, honestidade e ética pode evitar novas controvérsias e prevenir conflitos, uma vez que cria um canal de comunicação de confiança, principalmente naquelas situações que envolvem um relacionamento de longo prazo ou cujo objeto complexo negociado deva ser acompanhado.

O importante é que fique claro que não houve vencedores ou vencidos e que as partes cooperaram para a solução das controvérsias e prevenção do conflito, com ganhos mútuos.

Apresentadas as etapas do processo de negociação proposto nesta monografia, entende-se que cada órgão deva elaborar seu manual de negociação, estabelecendo as premissas e as etapas, de acordo com as suas peculiaridades, como o fez a Advocacia-Geral da União.

Por outro lado, o exercício da negociação no âmbito da Administração Pública ainda é lento e apresenta reservas de ordem de responsabilidade funcional, ainda não bem disciplinada pela legislação permissiva da resolução consensual de conflitos.

Em outras palavras, servidores públicos receiam realizar a negociação e solucionar conflitos de forma consensual, inicialmente temendo que suas decisões não sejam aceitas pelos escalões superiores ou ainda que, por ocasião de fiscalização das Cortes de Contas ou dos órgãos de controles internos, tais práticas não sejam aceitas, resultando em instauração de processos de responsabilização.

Para mitigar essa situação, a Lei 13.140/2015 estabeleceu, em seu artigo 40, que há responsabilização civil, administrativa ou criminal dos agentes públicos envolvidos em resolução consensual de conflitos quando receberem vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiros ou concorrerem para tal (Brasil, 2015c).

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Brasil, 1942), com a alteração feita pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, em seu art. 28, estabelece que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (Brasil, 2018).

Mesmo assim, faz-se necessário criar mecanismos para assegurar segurança jurídica aos servidores envolvidos em solução consensual e tal prática deveria ser incentivada, até mesmo pelas Cortes de Contas. Quiçá, a elaboração de um referencial de boas práticas em processos de solução consensual de conflitos seja um

passo inicial para orientar e estabelecer diretrizes para sua utilização, a exemplo do Referencial Básico de Governança elaborado pelo TCU (Brasil, 2020b).

Outro mecanismo para assegurar segurança jurídica e estabelecer gradação acerca da complexidade, materialidade e relevância das matérias envolvidas em solução de conflitos poderia ser o estabelecimento de limites objetivos e de possibilidade de atuação, como a indicação de valores preestabelecidos para atuação dos agentes públicos de acordo com suas funções e/ou cargos exercidos ou a indicação das temáticas que podem ser objeto de negociação.

Vale lembrar os exemplos da definição desses objetivos apresentados pelo então Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União na Instrução Normativa 2, de 30 de maio de 2017 (Brasil, 2017) – que estabeleceu as situações possíveis de adoção da solução consensual –, e pelo TCU, na Instrução Normativa - TCU 91, de 22 de dezembro de 2022 (Brasil, 2023b), no aspecto da admissibilidade do pedido de solução consensual e na deliberação sobre a proposta feita pelo Plenário do Tribunal. Num caso e noutro, os agentes públicos envolvidos na sistemática possuem segurança para atuar na resolução de conflitos.

Ressalte-se que, de acordo com a legislação citada, especialmente o art. 40 da Lei 13.140/2015 (Brasil, 2015c) e o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Brasil, 1942), as Cortes de Contas não deveriam intervir em decisão consensual de conflitos resultante de processos realizados no âmbito da Administração, salvo se comprovado o recebimento pelos agentes públicos de qualquer vantagem patrimonial indevida, ou permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem, mediante dolo ou fraude.

Todavia, sem que exista um referencial emitido pela própria Corte de Contas estabelecendo orientações e diretrizes gerais para a utilização da solução consensual de conflitos, o emprego desses mecanismos por órgãos públicos ainda continuará sendo feito de forma lenta, dadas as incertezas e os receios quanto ao seu uso.

Assim, o processo de negociação na Administração Pública deveria ser normatizado internamente pelos órgãos, segundo suas peculiaridades, elaborando-se um manual, cabendo ainda a edição de um referencial de negociação estabelecendo diretrizes para a utilização da solução consensual de conflitos.

3 METODOLOGIA

Para responder ao problema, realizou-se uma pesquisa exploratória na forma de pesquisa bibliográfica, para levantar informações sobre os principais meios de solução consensual de conflitos utilizados pela Administração Pública, sobre os métodos de negociação e o processo de negociação.

3.1 Coleta e análise de dados

A técnica utilizada na coleta de dados para responder ao problema consistiu na análise documental de normas legais obtidas nos portais institucionais e na revisão bibliográfica para conhecer como a temática vem sendo estudada no campo doutrinário.

A pesquisa foi realizada por meio de abordagem qualitativa a partir da análise de dados disponibilizados nos normativos e na literatura sobre o instituto da solução consensual de controvérsias e de prevenção de conflitos, levantando-se informações sobre a utilização da negociação nessa sistemática.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho demonstra a evolução da utilização da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos na Administração Pública e o papel da negociação nesse processo, buscando a adoção do diálogo entre as partes, a fim de se chegar a um acordo para colocar termo ao litígio e aumentar a eficiência e a economicidade na execução das políticas públicas.

A pacificação nas relações institucionais envolvendo a Administração Pública fortalece a participação, a governança, a boa gestão, podendo ser alcançada pela cooperação entre as partes, a fim de desenvolver as ações públicas na satisfação das necessidades públicas.

A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e prevenir conflitos relacionados à Administração Pública vem ganhando espaço significativo na esfera do Direito Administrativo e precisa ser incentivada pelos órgãos de controle para sua disseminação, a fim de reduzir a burocracia processualística e promover a oferta de bens e serviços para atender ao interesse público.

O princípio da legalidade deve ser interpretado de forma ampla e não isolada, como integrante de um sentido jurídico maior, que envolva as diretrizes da Constituição da República de 1988, sem perder de vista a proteção do interesse público e que resguarde o Estado Democrático de Direito.

Para implemento da cultura do consenso na solução de conflitos, faz-se necessária a utilização da negociação para se alcançar o resultado mais adequado, bem como a elaboração de um arcabouço jurídico que garanta segurança jurídica na sua utilização.

O servidor público envolvido com a solução consensual de conflitos deve ser capacitado para o desenvolvimento de habilidades e de técnicas de negociação. Não adianta tentar implementar a solução consensual se os agentes públicos envolvidos não têm capacidade técnica, habilidades e conhecimento do processo de negociação.

As equipes envolvidas com negociação devem estar preparadas para seu mister e a capacitação contínua é fundamental para a condução exitosa do processo de solução de controvérsias e prevenção de conflitos. Essa necessidade se torna mais premente quando se prevê que a parte que vier a negociar com a Administração Pública provavelmente terá um representante com essas habilidades.

Por outro lado, a negociação não assegura que as controvérsias e os conflitos sejam solucionados, mas propicia a mitigação do contencioso administrativo e da busca de uma solução adversarial em juízo.

O modelo de negociação de Harvard, aplicado neste trabalho, apresenta premissas orientadoras da condução de uma negociação, estabelecendo diretrizes e exemplos de como o negociador deve se comportar durante o processo, na busca de uma solução com benefícios mútuos.

Isso não significa dizer que toda negociação terá a estratégia de ganha-ganha, pois vai depender do modelo de negociação utilizado e do poder que uma parte tem sobre a outra. Contudo, de forma ideal, principalmente nas negociações que envolvam a Administração Pública na busca de solução de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos, o acordo com geração de ganhos mútuos para as partes em razão da cooperação no processo de negociação se mostra ser a estratégia mais adequada.

É curial que, para a aplicação da negociação na solução de controvérsias e de prevenção de conflitos, além da capacitação contínua dos agentes públicos envolvidos, haja incentivo para a produção de um referencial básico de solução

consensual e que os órgãos elaborem manual de negociação estabelecendo as fases do processo negocial e as diretrizes gerais sobre a temática.

O referencial básico de negociação, caso seja elaborado pelas Cortes de Contas, além de estabelecer diretrizes gerais, tem o condão de fortalecer a segurança jurídica do processo e mitigar os receios e medos dos agentes públicos envolvidos.

No mesmo sentido, a elaboração de um Manual de Negociação estabelecendo orientações operacionais, fases do processo de negociação, habilidades dos negociadores, e importância da negociação para a solução de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos mostra-se fundamental para orientar e estimular comportamentos esperados, garantindo, também, a segurança jurídica necessária de todo o processo.

Por fim, a construção doutrinária de solução de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração é uma temática atual, necessária e essencial, sendo fundamental que a discussão do consensualismo envolva todos os poderes da República para que ocorra um alinhamento entre eles e se incentive a sua prática, reduzindo-se o contencioso administrativo e o contencioso judicial.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos e suas diferenças com a conciliação. **Revista CNJ**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/ARTIGO%20Adolfo_MEDIACAO_CONCILIACAO_FEV_2011.pdf. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard**. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, Brasília: EAGU, 2017. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Manual-de-negociacao-baseado-na-teoria-Harvard.pdf. Acesso em: 25 maio 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário da Justiça Eletrônico [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1º dez. 2010, republicado em 1º mar. 2011. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014**. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 jan. 2015. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/154>. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Instrução Normativa n. 4, de 21 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre a possibilidade de celebração, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 fev. 2020a. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/43531>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Portaria Normativa 27, de 11 de outubro de 2022**. Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e sobre a atividade correicional nos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 out. 2022. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/68802>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Portaria Normativa 54, de 14 de fevereiro de 2023**. Alterou a Portaria Normativa nº 27, de 11 de outubro de 2022, que dispõe

sobre a atividade correcional, e outras normas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 fev. 2023a. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/69865>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, alterado para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 set. 1942 e retificado em 17 jun. 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 19 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre arbitragem. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 2 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 maio. 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l131295.htm. Acesso em: 14 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 2015c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 22 mar. 2024.

BRASIL. **Lei 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 18 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Instrução Normativa 2, de 30 de maio de 2017**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 maio 2017. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33687>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 612.439/RS**, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25 de outubro de 2005. Diário da Justiça Eletrônico [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 set. 2006. Disponível em: <https://www.scon.stj.jus.br>. Acesso em: 3 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pleno do STJ define que o novo CPC entra em vigor no dia 18 de março**. Notícias. Brasília, DF, 2 mar. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-03-02_20-07_Pleno-do-STJ-define-que-o-novo-CPC-entra-em-vigor-no-dia-18-de-marco.aspx. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – Secex Administração, 2020b. 242 p. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/organizacional/levantamento-de-governanca/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 jan. 2023b. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=31/01/2023&jornal=515&pagina=41&totalArquivos=48>. Acesso em: 2 maio 2024.

CAMPOS, Beatriz Luiza Goedert; FORMANSKI, Guilherme Crepaldi; PEREIRA, Rebeqa Souto Brandão. Negociação e Teoria dos Jogos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 8, n. 1, 2022. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/1/2022_01_0393_0419.pdf. Acesso em: 2 abr. 2024.

DANIEL, Luisa Lara B. Solução pacífica dos conflitos na administração pública: um novo paradigma principiológico. **Revista PGE-MS**, edição 17, Campo Grande Sul, Monografia, 2021. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/Revista-PGE-Monografia-Luiza-lara.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2024.

DISTRITO FEDERAL. Controladoria-Geral do Distrito Federal. **Instrução Normativa 2, de 25 de julho de 2016**. Dispõe sobre a mediação de conflitos entre agentes públicos como meio de solução de controvérsias. Disponível em: https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/d60e780004af464ebbb2699b51c669d6/cgdf_int_02_2016.html. Acesso em: 13 mar. 2024.

DISTRITO FEDERAL. **Decreto 44.701, de 25 de julho de 2023**. Dispõe de procedimentos de registro e apuração de casos de assédio moral ou sexual no ambiente de trabalho dos órgãos e entidades da administração direta e indireta do Distrito Federal. Disponível em: https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/2961219522fe4d209dd99b8311276e24/exec_d ec 44701 2023.html#capIII art8. Acesso em: 13 mar. 2024.

FERNANDES, Jacoby. **Métodos de resolução de conflitos na Administração Pública**. Distrito Federal, 2017. Disponível em: <https://jacoby.pro.br/site/metodos-de-resolucao-de-conflitos-na-administracao-publica/>. Acesso em: 13 mar. 2024.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao SIM**. Como negociar acordo sem fazer concessões. Tradução: Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.

FREITAS, Danielli. Da solução de conflitos da Administração Pública por meio da arbitragem. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/da-solucao-de-conflitos-da-administracao-publica-por-meio-da-arbitragem/138425424/amp>. Acesso em: 11 mar. 2024.

MURTA, Camila C. Meios Alternativos de solução de conflitos na Administração Pública. **Associação Brasileira de Empresas de Software**, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://abes.com.br/meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-na-administracao-publica/>. Acesso em: 28 abr. 2024.

OLIVEIRA, Andrea Maia de; CASTANHEIRO, IVAN Carneiro. Mediação na Administração Pública como medida democrática. **Consultor Jurídico. MP Debate**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/mp-debate-mediacao-administracao-publica-medida-democratica/>. Acesso em: 25 mar. 2024.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos: função judicial, negocial, conciliação, mediação, arbitragem**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

PORTER, Michael E. **Estratégia Competitiva**. Técnica para análise de indústrias e da concorrência. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ROGER, Fisher; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao SIM**. Como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução: Ricardo Vasque Vieira. Rio de Janeiro; Solomon Editores, 2014.

SALES, Lilia Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos – Instrumentos de democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46 n. 182, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194916>. Acesso em: 5 abr. 2024.