

# MEDIAÇÃO, CONTROLE E PANDEMIA

**Thiago Cardoso Araújo<sup>1</sup>**

Professor da EPGE/FGV, Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Mestre e Doutor em Direito pela UERJ.

## I. Introdução

Frente ao avanço da pandemia do COVID-19 e à manutenção das medidas de distanciamento social, isolamento, quarentena e *lockdown*<sup>2</sup> para enfrentamento da propagação do coronavírus por parte de alguns entes federativos, os contratos de longo prazo firmados entre a Administração Pública e o setor privado, como as concessões de serviço público e as parcerias público-privadas, foram substancialmente impactados.

Isso se deve ao fato de que a remuneração do ente privado, nesses casos, é atrelada majoritariamente à demanda de usuários pelo serviço. Reduzindo-se a demanda pelo serviço, diminui-se a disponibilidade financeira das concessionárias, majoritariamente composta pelas receitas oriundas das tarifas.

Além disso, os recursos públicos disponíveis para realização de aportes e pagamentos são limitados e, no momento, estão comprometidos com a implementação de medidas de enfrentamento ao vírus<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> O autor gostaria de agradecer a Ana Alhadas, pela pesquisa, e a Patrícia Sampaio, pelos comentários e sugestões. Eventuais equívocos e omissões são de responsabilidade do autor.

<sup>2</sup> Enquanto as medidas de distanciamento social visam reduzir a interação entre as pessoas de uma maneira geral, as ações de isolamento, conforme a própria Lei nº. 13.979/20 prevê, objetivam segregar as pessoas doentes ou contaminadas das demais para evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus. Com o mesmo intuito, a quarentena consiste na restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes. Por fim, o *lockdown* possui um caráter mais restritivo e usualmente é adotado quando as demais medidas não geram o resultado esperado sendo necessário, portanto, a restrição total da interação social em uma determinada localidade e a interrupção das atividades não essenciais. “Qual a diferença de distanciamento social, isolamento e quarentena?”. Disponível em: [https://www.ufrgs.br/telessauders/posts\\_coronavirus/qual-a-diferenca-de-distanciamento-social-isolamento-e-quarentena/](https://www.ufrgs.br/telessauders/posts_coronavirus/qual-a-diferenca-de-distanciamento-social-isolamento-e-quarentena/). Acesso em: 18.06.2020.

<sup>3</sup> Nesse sentido, em artigo publicado neste portal, o presente autor e Daniel Silva Pereira pontuaram que “o principal desafio a ser enfrentado no âmbito dos contratos de infraestrutura em vigor tem sido conferir viabilidade financeira às empresas concessionárias, durante o período de quarentena, evitando que as dificuldades de liquidez ocasionem a interrupção de serviços e utilidades essenciais, o que não se confunde com a necessidade de revisão do equilíbrio econômico financeiro desses contratos, a qual, deverá ser analisada em um momento mais propício, quando for totalmente conhecida a extensão dos efeitos da crise atual”. Disponível em: [http://www.licitacaoecontrato.com.br/artigo\\_detalhe.html](http://www.licitacaoecontrato.com.br/artigo_detalhe.html). Acesso em: 18.06.2020.

Diante deste cenário de inviabilidade mútua de cumprimento dos termos contratuais inicialmente pactuados, diversas foram as manifestações quanto à necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e, ainda, à imprescindibilidade de criação de um ambiente cooperativo em que as partes pudessem repactuar as bases contratuais. Nesse sentido, o recurso a métodos autocompositivos de resolução de controvérsias e, especialmente, à mediação<sup>4</sup>, seria capaz de propiciar a criação de soluções consensuais e inovadoras através da conciliação dos interesses de ambas as partes.

No entanto, ainda que estes procedimentos confirmem aos gestores encarregados da representação do Poder Público uma flexibilidade de atuação, esta visão é silente quanto às reais limitações a que estes agentes estão submetidos. A ampla liberdade de escolha diante de um vasto espectro de possíveis cursos de atuação, que é inerente ao próprio procedimento, não leva em conta os riscos a que os agentes públicos de que, a *posteriori*, sejam pessoalmente responsabilizados por suas decisões pelos órgãos de controle<sup>5</sup>.

Esse breve artigo, pretende, portanto, problematizar as razões que apontam para um possível receio dos gestores de que as negociações empreendidas entre a Administração Pública e a iniciativa privada. Se essas questões não forem adequadamente endereçadas, há o risco de que, neste momento excepcional, soluções

---

<sup>4</sup> “Embora a arbitragem seja um excelente instrumento para solução definitiva das controvérsias nas relações contratuais envolvendo entes públicos e privados, a busca pela mediação no cenário das soluções de conflitos decorrentes do COVID-19 parece ser a mais adequada. Vejamos. Em várias questões que ensejarão os conflitos, necessário se faz que os órgãos e entidades públicas deem resposta rápida. É essencial agir, neste momento, com extrema eficiência. A Administração Pública, por meio de uma profunda análise, sob cada caso concreto, pode fazer bons acordos. Acordos estes em que o administrador público consegue checar a vantagem da resolução amigável. A efetividade da solução consensual está garantida pela celebração do acordo com a formalização do título executivo”. CAMARÃO, Tatiana; LINHARES, Camila. Os impactos da pandemia do covid-19 nas contratações públicas: a hora e a vez da mediação. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 75-83, maio 2020.

<sup>5</sup> Diante deste cenário de incerteza, ainda que os aludidos mecanismos consensuais já estivessem à disposição dos gestores públicos, como uma forma de minimizar as chances de responsabilização futura de tais agentes, o Senador Antônio Anastasia apresentou o Projeto de Lei nº. 2.139/2020 que, ao instituir o “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas contratuais da Administração Pública, no período da emergência de saúde pública que decorre da pandemia do COVID-19” tipifica as alternativas que poderão ser implementadas para enfrentamento da atual crise. Dentre as medidas autocompositivas que poderão ser empregadas pelos gestores, a iniciativa parlamentar consagrou o princípio da consensualidade ao prever, em seu art. 2º, a possibilidade de que o contratado apresente um plano de contingência visando à garantia do cumprimento do objeto contratual, bem como, ao estabelecer, no art. 9º, o dever de que o poder concedente dialogue com o concessionário antes de implementar medidas que alterem as condições de pagamento do contratado.

decorrentes de mediações não sejam revestidas de segurança jurídica e, a despeito de serem aptas a viabilizar a continuidade da prestação dos serviços para os administrados, tenham o seu uso inibido, por receio da responsabilização pessoal do gestor que a realizar.

## II. O atual e inédito protagonismo do controle externo

Conforme já dito antes, os gestores públicos brasileiros são constantemente submetidos a um cenário de incerteza no âmbito de seu processo decisório, especialmente em razão da recente expansão fiscalizatória dos órgãos de controle externo.

Diante de tal contexto, os agentes públicos que exercem as aludidas funções de gestão acabam optando por: (i) não agir, colaborando, dessa forma, para a perpetuação do chamado “apagão das canetas”; (ii) recorrer a procedimentos supostamente capazes de “blindar seu CPF”; ou, ainda, (iii) agir com os recursos que estão à sua disposição esperando que, no final do dia<sup>6</sup>, não sejam responsabilizados<sup>7</sup>.

Este constante risco de responsabilização não fica adstrito às escolhas feitas em condições normais. Os agentes públicos que, diante do atual momento excepcional se virem diante da necessidade de tomar decisões céleres, eficientes e sem muitos subsídios para conter os efeitos da pandemia, também correm o risco de serem sancionados futuramente por suas opções.

Desse modo, a visão de que a mediação é um instrumento capaz de gerar soluções eficientes para as partes envolvidas na concretização de um dado negócio jurídico pode se mostrar incompleta e excessivamente otimista.

---

<sup>6</sup> Ou pelo menos, não antes do final do prazo prescricional.

<sup>7</sup> Nesse sentido, Tarcila Reis e Vera Monteiro classificam os tipos de gestores públicos brasileiros da seguinte forma: (i) gestor pragmático, (ii) gestor perplexo, e (iii) gestor improvisado. Para as autoras, o gestor será enquadrado na primeira classificação “na medida em que sabe que o silêncio contará a seu favor porque raramente gera consequências. Assim, ele consegue preservar o seu CPF e sobreviver apesar da falta de resultados”. Este também será assim considerado quando, por outra perspectiva, quiser agir e para tanto tomar precauções sofisticadas para se proteger. Por outro lado, o gestor perplexo é aquele que “não sabe quais precauções serão consideradas suficientes para protegê-lo de futura responsabilização, ou já está sofrendo as consequências de responsabilização”. Por fim, o gestor improvisado “vive em cenário de grande precariedade material, técnica e institucional. Seu processo decisório já internalizou sua hipossuficiente diante das infundáveis exigências legais”. “Os tipos de gestores públicos brasileiros”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>. Acesso em: 18.06.2020.

Ainda que estes acordos venham a refletir os interesses de ambas as partes em prol do objetivo final de concretização do interesse público, tais títulos executivos podem não contar com a anuência dos órgãos de controle e, portanto, podem vir a ser desconsiderados. Tal cenário, além de devolver o problema contratual à estaca zero, poderia ensejar a consequente responsabilização pessoal dos tomadores de decisão. Portanto, por uma questão de segurança jurídica, parece inescapável a conclusão sobre a imprescindibilidade de se conferir aos controladores os subsídios necessários para que estes agentes tomem ciência das bases do processo decisório que ensejaram a elaboração daquele novo compromisso contratual<sup>8</sup>.

Uma possível saída para o atual cenário de incerteza consiste na positivação de que, durante este período excepcional, as negociações travadas entre o setor público e a iniciativa privada possam contar com a participação de representantes dos órgãos de controle, ou, ainda, que as minutas dos novos contratos sejam submetidas ao crivo dessas entidades. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº. 2.139/2020, de iniciativa do Senador Antonio Anastasia, que institui o “*Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas contratuais da Administração Pública, no período da emergência de saúde pública que decorre da pandemia do COVID-19*”, por exemplo, poderia ser o expediente empregado para a veiculação da aludida previsão no âmbito deste regime jurídico emergencial e transitório.

A previsão não configura uma novidade. Veja-se que a Lei nº. 13.448/2017, que dispõe sobre as diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, já incorporou solução semelhante, ao prever que, antes da deflagração dos

---

<sup>8</sup> A título exemplificativo, procedimento similar é aquele previsto para o acompanhamento, por parte do Tribunal de Contas da União, dos acordos de leniência firmados pela Controladoria-Geral da União. Inicialmente, pela Instrução Normativa nº. 74/2015, o TCU deveria se manifestar previamente a cada uma das etapas do processo de formalização dos acordos de leniência como condição de eficácia do aludido negócio jurídico. Com a edição da Instrução Normativa nº. 83/2018, no entanto, essa necessidade de anuência prévia por parte do Tribunal foi dispensada restando assegurada a faculdade de que a Corte de Contas solicite informações e documentos relativos às fases do acordo de leniência a qualquer momento. Dessa forma, ao garantir ao TCU a possibilidade de que este acompanhe o processo decisório e interfira ativamente na redação final do ajuste, o órgão de controle externo poderá se vincular aos termos do acordo, abstendo-se de instaurar processos administrativos questionando tais acordos, corroborando para a garantia da segurança jurídica do referido título. Veja-se que a construção se assenta na validade das referidas INs, por meio das quais a Corte de Contas se atribui competências não explicitadas pela legislação. Para uma crítica da tendência, recomenda-se a leitura do excelente trabalho oriundo da tese de doutorado de André Rosilho. Rosilho, André. *Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

processos administrativos de relicitação ou prorrogação<sup>9</sup>, sejam enviados os documentos atinentes ao procedimento para o Tribunal de Contas da União<sup>10</sup>.

Embora a presença dos órgãos de controle possa minimizar o risco de exposição dos gestores e garantir uma maior segurança jurídica, reconhece-se, no entanto, que esta proposta também não é imune a críticas, que podem ser apresentadas a partir de duas vertentes: (i) o tempo do controle, e (ii) a própria natureza da participação dos controladores nestes procedimentos.

A primeira está atrelada à necessidade de compatibilização da urgência da atuação do Poder Público<sup>11</sup> para a implementação de medidas de curto prazo capazes de conferir liquidez aos prestadores privados<sup>12</sup>, com um sistema de controle lento que

---

<sup>9</sup> Na hipótese de prorrogação destes contratos o art. 11 da referida lei assim dispõe: “Art. 11. Encerrada a consulta pública, serão encaminhados ao Tribunal de Contas da União o estudo de que trata o art. 8º desta Lei, os documentos que comprovem o cumprimento das exigências de que tratam os incisos I e II do § 2º do art. 6º desta Lei, quando for o caso, e o termo aditivo de prorrogação contratual”.

Já nos casos de relicitação, o art. 19 estabelece que o TCU deverá ser munido com os estudos realizados antes deste procedimento nos seguintes termos: “Art. 19. Encerrada a consulta pública, os estudos de que trata o art. 17 desta Lei deverão ser encaminhados ao Tribunal de Contas da União, em conjunto com os documentos referidos no art. 14 desta Lei”.

<sup>10</sup> “A lei não é clara neste ponto, mas não há previsão de que haja aprovação pelo Tribunal de Contas previamente a efetivação da relicitação. Trata-se apenas de comunicação para que o Tribunal de Contas exercite suas competências no que entender pertinente”. “A relicitação na Lei 13.448”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-relicitacao-na-lei-13-448-29062017>. Acesso em: 18.06.2020.

<sup>11</sup> Com relação a imprescindibilidade de que estas medidas sejam adotadas o mais rápido possível, Maurício Portugal Ribeiro e Denise Nefussi Mandel sustentam que, com relação aos processos administrativos em que os agentes requerem o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e PPP, a morosidade dos agentes públicos para decidir sobre os referidos pedidos pode ensejar sua responsabilização por improbidade administrativa. Isso porque, “quando o Poder Concedente atrasa o reequilíbrio, ele está na prática se financiando junto ao concessionário, com a taxa de juros igual à taxa interna de retorno estimada do projeto”. E, portanto, “ao retardar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro criando custos desnecessários para o Erário, o agente público poderia ser facilmente enquadrado no art. 11, inciso II”. “O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa?” Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/o-atraso-em-reequilibrar-contratos-de-concessao-e-ppp-pode-ser-enquadrado-como-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 18.06.2020.

Dessa forma, a omissão do Poder Público na adoção de medidas céleres, capazes de reduzir o prejuízo suportado pelo particular diante do atual cenário (caso fortuito ou força maior) no qual o reequilíbrio constitui um direito das partes, também poderá ser enquadrado como uma hipótese de improbidade administrativa.

<sup>12</sup> Quanto a necessidade de que sejam adotadas medidas de curto prazo para conferir liquidez às Concessionárias, neste momento, antes do provimento dos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, em artigo publicado neste portal já referido, defendeu-se que o gestor tem à sua disposição os seguintes mecanismos para manter a sustentabilidade das concessões: (i) a concessão de subsídio público aos contratados em montante suficiente para cobrir o déficit operacional imediato da Concessionária; (ii) a antecipação de recebíveis às Concessionárias dos valores que já seriam devidos ao particular contratado; (iii) a obtenção de empréstimos em

## **MEDIAÇÃO, CONTROLE E PANDEMIA**

Thiago C. Araújo

acaba sendo realizado tardiamente<sup>13</sup>. Portanto, caso se preveja a possibilidade de participação dos tribunais de contas nos processos de mediação, não deverá ser admissível condicionar a eficácia das decisões do Poder Executivo à morosidade do controlador, sob pena de que as referidas medidas não sejam implementadas nesta janela temporal exigida para que os compromissos alcançados sejam efetivamente úteis.

Já a segunda crítica, mais séria e que joga luzes na relação entre as instituições, diz respeito às prerrogativas conferidas aos órgãos de controle no âmbito de tais negociações<sup>14</sup>.

Diante deste cenário, os controladores, para além de atestarem a lisura do procedimento poderão ter a tentação de atuar como verdadeiros gestores da coisa pública, extrapolando, dessa forma, suas competências típicas e desempenhando, portanto, um papel expansionista e inovador<sup>15</sup>.

---

instituições financeiras públicas e a abertura de linhas de crédito multilaterais com o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial; e, ainda (iv) a instituição de um regime especial de supervisão/cogestão entre agente público e privado para viabilizar, da maneira mais precisa possível, o aporte de recursos em cada empreendimento, corrigindo a assimetria de informações existente entre o Poder Concedente e a Concessionária. Disponível em: [http://www.licitacaoecontrato.com.br/artigo\\_detalhe.html](http://www.licitacaoecontrato.com.br/artigo_detalhe.html). Acesso em: 18.06.2020.

<sup>13</sup> A esse respeito, Cristina Telles em seu artigo “O tempo do controle” ressalta que em razão da lacuna da lei orgânica do TCU com relação aos prazos prescricionais das demandas de ressarcimento ao erário “não raro o Tribunal age mais de uma década após a prática do suposto ilícito, em processos que já sequer se voltam contra os agentes do alegado desvio de recursos públicos, atingindo seus herdeiros, quando pessoas naturais, ou seus sucessores políticos ou empresariais, quando entes públicos ou privados”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-tempo-do-controle-15042020>. Acesso em: 18.06.2020.

<sup>14</sup> A título exemplificativo, com relação ao exercício de controle prévio, por parte dos órgãos de controle, dos acordos firmados pelo Poder Público, o Tribunal de Contas da União determinou que um termo de ajustamento de conduta firmado entre a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a operadora TIM para substituição de multa por investimentos no setor fosse previamente submetido ao crivo do Tribunal. Diante desse cenário, Juliana Palma destaca que “o diálogo institucional é sempre salutar e deve ser valorizado. Mas ele tem momento certo para acontecer, sempre após a decisão consensual em firmar acordo substitutivo”. “Cabe controle prévio de acordo substitutivo de sanção?”. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-tcu-atua-como-gestor-publico-tratemo-lo-como-tal-13112018>. Acesso em: 24.06.2020.

<sup>15</sup> Sobre esse aspecto, o advogado André Freire sustenta que o TCU não deveria participar destas tratativas: “O TCU tem muito a função de proteger o erário público, então talvez a gente não tenha um mediador”, diz. “Talvez o que a gente venha a ter é mais um ente na mesa contra o concessionário, e um ente de muito peso”, destaca. “Será que não está faltando uma autocontenção do tribunal de contas e deixar que as partes negociem?”, questiona. Disponível em: <https://www.jota.info/casa-jota/tcu-nao-pode-participar-de-camara-de-mediacao-de-reequilibrio-avalia-advogado-05062020>. Acesso em: 18.06.2020.



Desse modo, a pandemia parece ter criado mais um paradoxo: caso a mediação seja levada a sério como método de preservação dos contratos administrativos complexos de longo prazo, impõe-se aos gestores uma encruzilhada.

Ou os gestores públicos assumem o protagonismo criando suas próprias câmaras de mediação<sup>16</sup> ou aderindo a outras já existentes, mas sem a participação dos órgãos de controle, superando a paralisia, porém, expondo-se à incerteza; ou, trilhando outro caminho, abrem mão de sua autonomia e permitem que as fronteiras entre ação administrativa e controle fiquem ainda mais borradas, permitindo-se que os tribunais de contas se apropriem do papel de agente regulador<sup>17</sup>.

Em realidade, trata-se de um falso dilema, cuja solução depende de uma autocompreensão do papel e das funções dos órgãos de controle. E, portanto, de uma autocontenção dessas entidades que, no caso em questão, pode se dar por meio da regulamentação dos parâmetros que serão empregados para a análise tempestiva da higidez das soluções (ou das propostas) que resultem de procedimentos de mediação.

Muito embora a participação dos órgãos nos procedimentos autocompositivos entabulados pela Administração Pública e a iniciativa privada para minimização dos impactos causados pela pandemia do COVID-19 seja em teoria possível, há de se considerar que a sua presença não deve ser vista como uma obrigatória condição de eficácia dos acordos. Eventuais acordos que não tenham contemplado sua participação não podem, em razão de tal ausência, serem, somente por tal razão, desconsiderados numa análise *a posteriori* sem uma profunda análise das razões que estiveram subjacente à mediação e ao consenso logrado. Logicamente que nada impede que, em razão das prerrogativas ínsitas aos órgãos de controle, o gestor seja responsabilizado

---

<sup>16</sup> Acerca da constituição desses espaços consensuais em ambientes institucionais Daldice Santana e Bruno Takahashi assim as defendem: “Marc Galanter nos lembra de que, assim como a saúde não se encontra principalmente nos hospitais, também a justiça não está sobretudo, em instituições estatais. É indevido apontar o Poder Judiciário como o único a oferecer justiça inclusive pelos meios consensuais. Essa centralização, por vezes, desconsidera o relevante papel que a sociedade civil exerce no fortalecimento da consensualidade. Além disso, possibilita a outras instituições isenção da sua própria responsabilidade e a perpetuação de comportamentos indevidos”. “O remédio certo na dose certa: como conciliar em tempos de pandemia”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-remedio-certo-na-dose-certa-como-conciliar-em-tempos-de-pandemia-08062020>. Acesso em: 18.06.2020.

<sup>17</sup> Ao longo dos últimos anos o TCU já vem ressignificando seu papel através da assunção de novas competências. Nesse sentido, Maurício Portugal e Eduardo Jordão pontuam: “há muito o tribunal deixou de atuar como um controlador clássico, que se limita a avaliar e fiscalizar a regularidade de atos administrativos. Hoje, atua na própria formação destes atos, definindo diretamente o seu conteúdo. “O TCU atua como gestor público; tratemo-lo como tal!”. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-tcu-atua-como-gestor-publico-tratemo-lo-como-tal-13112018>. Acesso em: 18.06.2020.

**MEDIAÇÃO, CONTROLE E PANDEMIA**

Thiago C. Araújo

caso o acordo obtido se mostre fruto de dolo ou erro grosseiro, e em prejuízo da Administração Pública.

É necessário considerar a lição ensinada pela pandemia: a utilização de um remédio único pode ser contraproducente. E, em altas doses, pode fazer mais mal do que bem.

**Publicado em 8/7/2020.**

**As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:**

ARAÚJO, Thiago C.. *Mediação Controle e Pandemia*. Disponível em: [www.licitacaocontrato.com.br](http://www.licitacaocontrato.com.br). Acesso em: dd/mm/aaaa.