

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CLÁUDIA LÚCIA SOARES DA SILVA SANTOS

DA INSTITUCIONALIZAÇÃO E EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO À LUZ DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI Nº 13.140/15 QUANTO À
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

São Paulo

2019

CLÁUDIA LÚCIA SOARES DA SILVA SANTOS

**DA INSTITUCIONALIZAÇÃO E EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO À LUZ DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI Nº 13.140/15 QUANTO À
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Prof.^ª. Dr.^a. Orientadora: Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz.

São Paulo

2019

AGRADECIMENTOS

O empenho pessoal no desenvolvimento deste trabalho veio acompanhado de apoio imprescindível para que a sua concretização se tornasse possível. O reconhecimento de que sozinha não teria alcançado ao que me propus, torna-me ainda mais desejosa do registro de alguns especiais agradecimentos. A contribuição de diversas pessoas, que, direta ou indiretamente, auxiliaram para a concepção e execução da pesquisa.

Agradeço com toda a força de alma e espírito a Deus, autor da vida e a expressão máxima do amor.

À respeitável Instituição que proporcionou um ambiente de formação de muita relevância acadêmica, pois percorri o “Caminho do Mestrado” com o início na Especialização em Processo Civil com ênfase no Código de Processo Civil 2015 e concatenar para o Stricto Sensu. Como resultado participei de pesquisas, congressos, seminários na própria Instituição e programas interligados a mesma, (por vezes em mais de um Estado) e um Intercâmbio Internacional numa conceituada Universidadade Européia, uma experiência indiscrível, que aprofundou o conhecimento no tema abordado.

Agradeço a minha querida orientadora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, pela trabalho durante esses dois anos na iniciação científica, fomento inenarrável à pesquisa. Por ser um referencial inigualável de dedicação à pesquisa e ao ensino. Por vezes, além de brilhante orientadora, uma amiga e psicóloga, nos momentos de desalentos e infortúnios vividos nestatrajatória.

Grata a todos os Professores da Turma M6 – (Mestrado 2016) que ao longo dos anos ensinaram-nos com exímio conhecimento e brilhantismo.

Aos queridos Professores Jamile e Caldas, pela experiência magnífica oferecida na Universidade Castilla de La Mancha UCLM– Toledo – Espanhapelo Módulo Internacional. Obtiveum conhecimento excepcional para a vida acadêmica e para este trabalho. Visto que, a disciplina estudada e aprofundada neste foi sobre a Resolução de Conflitos Estratégias de Negociação e Técnicas de Mediação.

Aos professores que fizeram parte desta banca agradeço pela leitura e sugestões ao trabalho, ainda em desenvolvimento.

Especialmente ao meu esposo Rogério pelo companheirismo, amor e amizade reafirmados diariamente. Obrigado por tudo.

Ao aos meus irmãos, sobrinhos e a toda família pelo cuidado, amizade e apoio de sempre. Aos meus sogros Edna e Carlos pelo carinho diário que se tornou combustível para enfrentar os desafios da vida.

Dedico este trabalho a memória dos ausentes eternos amigos. Estes que não foram poucos que se foram no decorrer destes dois anos, mas deixaram em mim muita saudade e o melhor deles: a força chamada fé que impulsiona a prosseguir sempre.

RESUMO

A presente dissertação analisa a aplicabilidade, efetividade e limitações da mediação nos litígios que envolvem a Administração Pública. Enfatiza o paradigma do consensualismo no que tange, às suas relações conflituosas. Assim, com o advento da Lei 13.140/15 sendo um dos mecanismos de autocomposição utilizado em âmbito extrajudicial e judicial, a Mediação é estudada numa busca de um método possível não adversarial de resolução de conflitos. No primeiro capítulo, o trabalho posiciona o atual cenário da Mediação e do Consensualismo na esfera pública na resolução das disputas no Brasil, do desenvolvimento do consensualismo às mudanças nos paradigmas da Administração. No segundo, versa a releitura de alguns preceitos do Direito Administrativo que possam configurar obstáculo à admissão dos meios consensuais de aplicabilidade institucional e procedimental da Mediação de conflitos, que envolvem a Administração Pública, como a sua delimitação e ainda, o campo de sua abrangência e procedimento, bem como, situar o tema no contexto de mediação nos conflitos que a abarquem na atuação administrativa consensual. O terceiro capítulo apresenta a eficácia da mediação na Administração Pública com paradigmas importantes para compreender a questão como: da composição de conflitos na Administração Pública e ainda, da necessária adaptação da função jurisdicional às novas formas de resolução de conflitos além da contribuição da mediação no Direito Administrativo para a desjudicialização. Por fim, aborda vivências consensualistas vivenciadas na Procuradoria-Geral do Município de São Paulo com a finalidade de revelar experiências e óbices práticos à adoção de meios consensuais.

Palavras-chaves: institucionalização; efetividade; mediação; administração pública.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the applicability, effectiveness and limitations of mediation in the litigation involving Public Administration. It emphasizes the paradigm of consensualism in relation to its conflicting relations. Thus, with the advent of Law 13.140 / 15, being one of the mechanisms of self-composition used in extra-judicial and judicial scope, the Measurement is studied in a search for a possible non-adversarial method of conflict resolution. In the first chapter, the paper positions the current scenario of Mediation and Consensualism in the public sphere in resolving disputes in Brazil, from the development of consensualism to changes in the paradigms of Administration. In the second, it is the re-reading of some precepts of Administrative Law that may constitute an obstacle to the admission of the consensual means of institutional and procedural applicability of Mediation of conflicts, involving Public Administration, as its delimitation, and also, the scope of its scope and procedure, as well as situate the subject in the context of mediation in the conflicts that encompass it in the consensual administrative action. The third chapter presents the effectiveness of mediation in the Public Administration with important paradigms to understand the issue of: the composition of conflicts in the Public Administration and also the necessary adaptation of the jurisdictional function to new forms of conflict resolution beyond the contribution of mediation in Law For the adjudication. Finally, it discusses consensual experiences lived in the Attorney General's Office of the City of São Paulo with the purpose of revealing experiences and practical obstacles to the adoption of consensual means.

Keywords: institutionalization; effectiveness; mediation; public administration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU Advocacia Geral da União
CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCAF Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CEJUSC Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
CF Constituição Federal
CNJ Conselho Nacional de Justiça
CNMP Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP
CPC Código de Processo Civil
CTN Código Tributário Nacional
DPJ Departamento de Pesquisas Judiciárias
ENFAM Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FONAMEC Fórum Nacional de Mediação e Conciliação
MMJ Manual de Mediação Judicial
NCPC Novo Código de Processo Civil
NUPEMEC Núcleo Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
STF Superior Tribunal Federal

A Deus, o meu grande motivo existencial.
Aos meus pais pelo amor incondicional, por
mostrar-me que não há limites para os nossos
sonhos, se estivermos dispostos a transformá-
los em realidade. Ao aos meus irmãos,
sobrinhos e a todos familiares pelo cuidado,
amizade e apoio diário.

O ser humano deve desenvolver, para todos os seus conflitos, um método que rejeite a vingança, a agressão e a retaliação. A base para esse tipo de método é o amor.

Martin Luther King

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 - DO ATUAL CENÁRIO DA MEDIAÇÃO E DO CONSENSUALISMO NA ESFERA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	6
1.1 Das mudanças ocorridas na resolução de conflitos: desenvolvimento da mediação e do acesso à justiça	11
1.1.1 Dos Princípios que regem a Mediação e o Acesso à justiça nos litígios em que envolvam a Administração Pública após o advento da Lei n.º 13.140/2015	16
1.1.2 - Da garantia do Acesso à Justiça nos litígios que envolvam a administração pública- Do atual entendimento e fomento da Advocacia-Geral da União na garantia do acesso por meio da Mediação	21
1.2 Das mudanças nos paradigmas da administração pública	24
1.2.1- Características gerais: da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público e a sua reeleitura.....	34
1.2.2 Do princípio da Eficiência na escolha do meio de atuação e resolução de conflitos	35
1.3 Mediação como Método de Autocomposição de Disputas	39
1.3.1 A Mediação como âncora da estrutura do Judiciário na caoticidade da Justiça	44
1.3.2 A Mediação como meio de atuação da Democracia da Administração Pública à Democracia Participativa	47
2- DA APLICABILIDADE INSTITUCIONAL E PROCEDIMENTAL DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	50
2.1 Da delimitação da mediação de conflitos	53
2.2 Distinção procedimental entre os meios autocompositivos: mediação, conciliação e negociação	55
2.2.1 Do campo de abrangência de Atuação do Ente Público	57
2.2.2 Dos tipos de riscos envolvem o agente público no processo de mediação	62
2.2.3 Da atuação do Mediador	64
2.4 Do termo celebrado e de seus critérios	74
2.5 Da mediação nos conflitos que envolvem o poder público em juízo	75
3- A EFICIÊNCIA DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..	76
3.1 – Instrumentalidade da eficiência- a utilização dos métodos consensuais na resolução de conflitos no regime jurídico de direito público	78
3.1.1. O Fórum Múltiplas Portas: a Política Pública da Administração na Resolução de seus Conflitos	81
3.1.2- Dos Conflitos Envolvendo os Entes: Regras Gerais para Estados, Distrito Federal e Municípios nas Tratativas da Lei 13.140/2015	86

3.1.3- Transação por Adesão nos Conflitos envolvendo a Administração Pública.....	89
3.1.4 Da atual experiência Negocial e Consensual das Propostas Apresentadas pela Advocacia- Geral da União aos Litígios que a Envolvem	91
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS.....	99

INTRODUÇÃO

Estudos apontam a existência da crise na Instituição Judiciária, no que diz respeito à capacidade dos Estados em lidar o aumento no número de processos, tais ocorrências se dão em diversos países.

É manifesto o fomento da doutrina processual contemporânea em deixar o conservadorismo da jurisdição estatal e ampliar no traçado da mudança de paradigma do acesso à justiça e da utilização de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Em clássica concepção de ADR -Alternative Dispute Resolution, sigla esta que traduzida significa Resolução Alternativa de Disputa, tal meior parte do uso de técnicas de resolução de conflitos, que deve se basear em argumentos de produção direcionados à conquista de resultados, com menor gasto de tempo e de recursos e por argumentos de qualidade que indicam as vantagens do uso de um dado mecanismo pode resultar. Esta dissertação vem ao encontro da indispensabilidade de se procurar soluções possíveis diante da ineficácia dos mecanismos processuais clássicos utilizados para dirimir os novos conflitos em descrição e em equivalência que caracterizam a sociedade pós-moderna.

No Brasil, as Entidades Públicas são os maiores litigantes do Judiciário sendo responsável pelo volume vultoso de processos em trâmite na Justiça Estadual e Federal hodiernamente. A alteração da Lei de Arbitragem para a Lei n.º 13.129/2015 e a criação da Lei de Mediação de nº 13.140/2015 surgiram para atender essa diligência, assim com autorização legal para que o poder público se valha deste método de resolução de seus conflitos. Da mesma forma as execuções fiscais na esfera federal, estadual, municipal e do distrito federal que detém um percentual significativo de todas as demandas em andamento no judiciário.

Não obstante, a permissão da utilização da lei de mediação, para alcançar redução do volume de execuções fiscais não apontou parâmetros objetivos, a serem aplicados pelo gestor público nos pleitos de negociações acordadas com particulares, acarretando responsabilidade exclusiva aos gestores, assim, é primordial, que o administrador público conduza o seu trabalho primando pela defesa e preservação do interesse público. Trata-se de um instrumento em desenvolvimento em suas práticas no setor público e ainda nos bastidores doutrinários que ampliam a sua aplicação e acuidade para a sua efetividade.

Os conflitos na Administração Pública ultrapassam as extensões jurídicas, ou seja, atentam para as desproporções havidas entre os participantes do conflito, sejam em condições de vantagens econômicas ou com influências que causam desvantagens entre as partes, ainda que, estes litigantes sejam entes jurídicos da administração pública. Desta forma, busca-se a

proporcionalidade na resolução de conflitos que a envolvam, sejam estes, entre particulares ou entes jurídicos.

Paralelo a tal situação da qual a administração trata dos seus conflitos, surge a mudança de padrão da prática administrativa do Estado, a partir, da ordem constitucional trazida pela Carta Magna de 1988, não diferente também a modernização inaugurada pelo consensualismo, alterando-se a decisão unilateral de imposição, subordinação para o diálogo que prestigiam a atuação do cidadão.

Diante das tendências que permeiam a dinâmica da administração, faz-se necessário rever se a forma contenciosa e heterocompositiva, se de fato são eficazes para todos os conflitos que envolvam a administração pública.

No entanto, há resistência por parte do conservadorismo administrativo, a incredulidade na utilização do método de mediação diante de conflitos da Administração Pública e o Direito Administrativo não harmonizam com a forma consensual de resolução de conflitos.

É notória a recorrência nos conflitos com a Administração Pública apelar-se para a cultura litigiosa, desconsiderando a eficiência, moralidade e a autotutela administrativa.

Hodiernamente a busca pela resolução dos conflitos através das vias judiciais acarreta prejuízos de grande monta, uma vez que, além do prolongado período de tramitação consumido no desenrolar do processo, o elevado custo processual, cabe ressaltar, ainda que, o mais importante é que no judiciário resolve-se a demanda, no entanto, não soluciona o conflito, não há restabelecimento da comunicação, da relação entre administrador e administrado. Este trabalho objetiva analisar em que medida a mediação é meio adequado para atingir a efetiva resolução de conflitos na Administração Pública, reconectando a comunicação, dirimindo conflitos de forma célere, econômica e eficaz.

Para isso aborda-se o tema visando à delimitação, construção e a noção do conceito e formas de gerir a Mediação e sua aplicabilidade na seara da Administração Pública.

Assim, constata-se que o uso das técnicas de autocomposição contribuem para a comunicação entre as partes, conduz à coexistência harmônica da liberdade individual e dos limites sociais administrativos, valoriza a autonomia e a liberdade, conferindo tratamento diferenciado às resoluções dos conflitos.

A permissão legal e o conteúdo doutrinário que abarcam a mediação na Administração Pública depende da recepção e maleabilidade dos agentes que litigam no conflito, a saber, entes, órgãos da Administração Pública.

Empoderam as partes fazendo assumirem seu inerente poder decisório. A análise possibilita também a constatação de que nem todo conflito existente na seara administrativa pode ser resolvido pelo Instituto da Mediação, devendo haver o diagnóstico prévio e o encaminhamento para resolução através de outros mecanismos autocompositivos.

O uso da mediação extrajudicial no âmbito da administração pública, em razão de sua estrutura e técnica, apresenta elevada possibilidade de proporcionar aos envolvidos a resolução do conflito com o exercício amplo da autonomia, conforme expõe a investigação deste trabalho.

A presente dissertação pretende levantar com a pesquisa a importância da Mediação como instrumento da efetividade da Justiça. Difundir a função do marco divisório da mediação de conflitos, na esfera pública, que exige um novo meio de atuação do Estado e seus servidores que envolvam a consensualidade.

A autocomposição de conflitos que figura como parte pessoa jurídica de direito público com perspectivas a investigar quais são os desafios e possibilidades para sua aplicabilidade, os instrumentos da mediação e os novos paradigmas do consensualismo, no âmbito da administração pública, assentem que se larguem os meios tradicionais unilaterais determinados pelo Estado, para que se possa pensar em um eficiente Estado Democrático de Direito tracejado em soluções que busquem a atuação ativa dos seus administrados.

No decorrer dos anos, a ausência do instrumento legal contribuiu ao desinteresse dos juristas, doutrinadores e administradores públicos no uso desses instrumentos na resolução de conflitos na seara pública. Portanto, com o fomento do novel dispositivo positivado no ordenamento brasileiro, os empenhos se compactuam para entender e executar os novos institutos.

Assim, justifica-se a pesquisa como meio para analisar e indicar enunciações críticas, que corroboram para a assimilação deste instituto nas disputas e indicar alternativa quanto às medidas precisas para a sua efetividade.

A proposta apresenta alguns entendimentos e interpretações doutrinárias à observação da temática considerando as transformações visadas no Código de Processo Civil num viés crítico, razoável e viável. A dissertação se propõe a realizar um estudo da consensualidade na Administração Pública por meio de uma análise analítica, normativa e empírica.

Assim, levanta-se a eclosão do problema frente ao marco legal da mediação quais os desafios e possibilidades para a aplicabilidade da autocomposição na Administração Pública?

O objetivo geral do trabalho é identificar o cenário de apresentação de posicionamentos teóricos e práticos a respeito do tema. A pesquisa foi elaborada por meio do

método hipotético-dedutivo, com consulta em livros e periódicos científicos, contando também com a coleta de documentos textuais: legislação atualizada e doutrinas pertinentes. Além disso, utiliza-se o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Consideraram-se como fonte de pesquisa, também, os relatórios publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, cujos materiais integram o Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), dos quais constam indicadores quantitativos e percentuais relativos à quantidade de processos em tramitação no Poder Judiciário, bem como, a quantidade de acordos provenientes da autocomposição, entre outros, dados referentes à Semana Nacional da Conciliação. Com a intenção de produzir contribuição nos estudos na área de concentração, Justiça, Empresa e Sustentabilidade, do Programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho – Uninove.

A pesquisa e estudo do presente tema têm por objetivo demonstrar como a mediação na administração pública é um importante meio de resolução extrajudicial para os conflitos, justificado pela importância da preservação das relações administrativas preservando a autonomia, celeridade, economia e efetividade nas relações estabelecidas em todos os patamares da Administração Pública.

A presente dissertação parte de dois pontos de discussão. O primeiro retrata do atual cenário da mediação e do consensualismo da esfera pública na resolução das disputas no Brasil. Ainda, da aplicabilidade institucional e procedimental da mediação de conflitos que envolvem a Administração Pública. Perguntam-se dentro desse âmbito de discussão se a pesquisa se norteará pela seguida a formulação dos problemas da impessoalidade, da indisponibilidade de bens públicos dentre outros inerente à Administração Pública, seria fator impeditivo para o tratamento das questões por meio da mediação o procedimento voltado precipuamente ao atendimento de pessoas para tratarem seus conflitos de forma pacífica?

Como a Administração Pública resolve seus conflitos no modelo do consensualismo?

Quanto à efetividade e ao custo gerados nos conflitos que envolvam a Administração Pública, quando o uso da mediação é aplicável, eficaz e menos onerosa?

Serão formuladas as hipóteses através das quais os problemas serão solucionados.

O uso da mediação pode evitar prejuízos e contribuir com a efetividade, sendo meio mais adequado para atingir a efetiva resolução de conflitos no âmbito da administração pública.

Os conflitos causam reflexos que obstam ao desenvolvimento da organização da Administração Pública.

A mediação pode representar significativa diminuição com custos em litígios, além de promover segurança institucional e celeridade nas resoluções, influenciando nos recursos da Administração Pública, através dos resultados econômicos, financeiros e administrativos.

O uso do instituto da mediação nos conflitos na Administração Pública pode contribuir muito para a efetividade considerando sua aplicação como um grande aliado ao acesso à justiça, celeridade processual e desafogamento no judiciário.

Com o uso das técnicas da mediação nos conflitos os resultados são, em maior parte, efetivos em relação a tempo, custo e adimplemento.

Parte-se do objetivo geral do trabalho que é verificar se já existe um cenário de apresentação de posicionamentos teóricos a respeito do tema. Justifica-se a pesquisa, como meio para analisar e indicar enunciações críticas, que corroboram para a assimilação deste instituto nas resoluções de conflitos e indicar alternativa quanto às medidas precisas para a sua efetividade.

É fato que a Administração Pública é formada por órgãos e instituições, cujos atos devem ser pautados pela impessoalidade, no sentido de que devem ser motivados apenas pelo interesse público, assim como o representante da administração não atua em seu nome, mas investido da competência que detém por força legal e regulamentar. Acautela-se porém, que essas delimitações não elidirão o exame geral da mediação. Uma fase importante da dissertação, da institucionalização dos amparados legais pelo arcabouço normativo do Direito Administrativo.

Pretende-se verificar na conclusão que a hipótese estava adequada e, portanto, o problema estará solucionado; ou a hipótese não se confirmará e o problema continua sem solução.

1- DO ATUAL CENÁRIO DA MEDIAÇÃO E DO CONSENSUALISMO NA ESFERA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Brasil, o atual cenário é de uma cultura litigiosa, vez que, no surgimento do conflito para se obter uma solução, necessita-se demandar no Poder Judiciário. Diferente de diversos países essa cultura não prevalece, como pode ser averiguada a forma vigorante nos Estados Unidos, conforme afirma Osvaldo Agripino de Castro Jr¹.

[...]a expressão alternativa decorre da cultura em que o modelo dominante de resolução de conflitos é de competência do Poder Judiciário, o que se torna uma impropriedade, pois nos Estados Unidos, as evidências mostram que a maioria dos conflitos é resolvida fora da esfera jurídica.

O poder intervencionista estatal começou a ser questionado pela incapacidade em desenvolver de forma satisfatória as atividades de garantia do bem estar social, o que levou a um processo de descentralização de serviços públicos e das atividades econômicas².

A busca pela descentralização, nesse caso, veio como forma de aumentar a eficiência na utilização dos recursos públicos, atendendo, com isso, o interesse público primário.

Esse caminho de descentralização e desconcentração reforça a importância do papel do gestor público no cenário da implementação de políticas públicas, tornando o gestor peça primordial na captação dos anseios sociais. A Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação, traz a expressa previsão judicial e extrajudicial para a mediação de conflitos no âmbito da Administração Pública. Conforme, Antônio Carlos Ozório Nunes o momento é de se descobrirem novas maneiras de solucionar os conflitos inclusive da Administração Pública, “reavaliar paradigmas e re-analisar dogmas tradicionais sob novas lentes”³.

A limitação do agente público é muito mais aparente, já que o administrador público está obrigado a seguir os ditames que regem o princípio da legalidade, base fundamento do Direito Administrativo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁴:

1 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 88

2 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

3 NUNES, A. C. O. Manual de mediação: guia prático da autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 129.

[...] princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um Princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

Notavelmente, o autor traz o alicerce principiológico consistente que deverá ser o parâmetro daquele atrelado às atividades públicas. O atual cenário traz em seu bojo fundamentação, que dispõe sobre a mediação e a conciliação como meio de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública. A função do marco legal da mediação de conflitos na esfera pública, tem como desígnio uma viradela cultural e comportamental que exige um novo meio de atuação do Estado, que envolve a consensualidade.

Trata-se de um dispositivo com posicionamentos doutrinários em construção que discute a sua aplicação e acuidade, bem como, os meios necessários para a sua efetividade.

A mediação classifica-se como uma das formas não adversarial de resolução de conflito, muito utilizada mundialmente ao longo dos tempos e muito presente nos dias atuais, seu campo abrange diversas áreas de interesse, José Roberto da Silva descreve-a como sendo⁵:

[...] é uma técnica privada da solução de conflitos que vem demonstrando no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois, com elas são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor.

A mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial desprovida de imposição de sentenças ou laudos e, com um profissional técnico devidamente competente

⁵SILVA, José Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004, pag.13. Disponível em: <http://www.camaf.com.br>. Acesso em 26 de set de 2018.

que assessora as partes a acharem seus verdadeiros interesses de forma a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganhem⁶.

De acordo com o entendimento de Chirstopher W. Moore, define a mediação como⁷:

A mediação é geralmente definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança a respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e danos psicológicos.

Dessa forma a mediação por meio do diálogo procura uma solução que seja benéfica para as partes envolvidas, caracterizando-se pelo tipo ganha-ganha e objetiva manter um bom relacionamento para o futuro.

A autocomposição de conflitos em que figura como parte a Pessoa Jurídica de Direito Público, com perspectivas a investigar quais são os desafios e possibilidades para sua aplicabilidade, teve seu marco na mencionada Lei de Mediação.

O instrumento da mediação com novo paradigma do consensualismo no âmbito da administração pública, assente que se larguem os meios tradicionais unilaterais determinados pelo Estado, para que se possa pensar em um eficiente Estado Democrático de Direito, tracejado em soluções que busquem a atuação ativa dos seus administrados.

No decorrer dos anos, a ausência do instrumento legal contribuiu ao desinteresse dos juristas, doutrinadores e administradores públicos no uso desses instrumentos na resolução de conflitos na seara pública. Portanto, com o fomento do novel dispositivo positivado no ordenamento brasileiro os empenhos se compactuam para entender e executar os novos institutos.

A prática mediativa sobressai contrário às formas jurisdicionais de resolução de conflitos, idealizada com o viés da composição e fomento ao diálogo na pacificação da

⁶SILVA, José Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. Cit., pag.13.

⁷MOORE, Chirstopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. trad. Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

sociedade e, assim, criada como um meio do acesso à Justiça com prestância da liberdade dos cidadãos em auto comporem seus litígios.

As demandas no judiciário, ordinariamente demoradas e com altos custos, subordinadas e a engrenagem da máquina estatal, determinam decisões pautadas em diversos paradigmas observados pelo julgador, que por vezes, ocasionando-resultado não satisfatório almejados pelas partes. Diferentemente do contexto da mediação, pois o que se busca, na maior parte dos casos é o ganha/ganha, a ser construído da dialógica das partes, de forma a alcançar um resultado de um acordo aceitável, apto de finalizar acertadamente a controvérsia.

Consideram-se que as transformações postas no Código de Processo Civil visam um viés questionador, razoável e viável. Com objetivo de demonstrar como a mediação na Administração Pública é um importante meio de resolução extrajudicial para os conflitos, justificado pela importância da preservação das relações administrativas preservando a autonomia, celeridade, economia e efetividade nas relações estabelecidas em todos os patamares da Administração Pública.

Conforme aponta o Conselho Nacional de Justiça em seu informativo Justiça em Número do ano de 2018, possui grande acervo de demandas no judiciário que têm como litigante em uma das pontas da relação processual, o Poder Público, ou seja, o Estado com suas autarquias e fundações públicas⁸, aprofundadas e detalhadas no item 4 deste trabalho.

No entanto, este Estado garantidor do acesso à justiça e aos direitos fundamentais é o mesmo mensurado como maior demandante litigioso do país.

Assim, com o paradigma trazido pelo consensualismo nas relações, visivelmente se conecta a humanização de relacionamento de âmbito público, através da resolução pacífica de conflitos. A Mediação é um advento, uma mola mestra propulsora, para a efetividade nos conflitos que recepcionem tal medida consensual, que envolvam a Administração Pública.

Na forma conceitual conflitos são definidos no dicionário como brigas, lutas ou embates. No entanto para a Teoria do Conflito, a luta, a briga ou o embate mencionam somente um dos aspectos conflitantes, chamado de aspecto destrutivo. Conforme com a supradita teoria, que possui entre os dois notáveis teóricos Mary Parker Follet⁹ e Morton

8BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2018: ano-base 2017/ Conselho Nacional de Justiça - Brasil, CNJ, 2108, Anual 212f:II. I Poder Judiciário – estatística – Brasil. II Administração Pública – Brasil – página 125. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 01 de set. 2018.

9 Uma resenha de Mary Parker Follett (Quincy, 1868 — Massachusetts, 1933) foi uma autora norte-americana que tratou de diversos temas relativos à administração, na chamada Escola das Relações Humanas ficando conhecida como a “profetisa do gerenciamento”. Formou-se

Deutsch,¹⁰ o conflito é um sistema edificado nas inter-relações pessoais que opõem consigo mesmo em razão de metas, posições, interesses, necessidades, desejos ou valores individuais mutuamente incompatíveis ou percebidos como incompatíveis. E, como há discordâncias, é um mecanismo natural e indispensável a qualquer meio social, que trazem aspectos destrutivos e também construtivos. No entendimento dos estudos feitos por Deutsch, o meio plausível e implacável não se trata de eliminar ou prevenir o conflito, mas como fazê-lo transformar-se produtivo.

De acordo com William Ury, um dos criadores do método de negociação de Harvard, a interatuação das relações pessoais progressivamente na atualidade por força do desenvolvimento, faz-se uma conjectura de que, no futuro, crescerão os conflitos. Segundo ele, “nossa meta não pode e não deve ser eliminar o conflito, pois ele é tão natural e tão necessário quanto a chuva¹¹”.

É necessário escolher o método que melhor adequa ao caso concreto para a resolução do conflito, já que nem sempre esse método é o judicial ou qualquer outro método contencioso ou heterocompositivo¹².

em filosofia, direito, economia e administração pública e foi autora de três livros. Suas idéias foram muito revolucionárias para sua época, e, em boa parte, continuam sendo até hoje desafiantes. Ela foi capaz de enxergar através do Homo economicus, dos pensadores do Taylorismo, e propor que o ser humano somente se desenvolve quando carregado de responsabilidade. Com suas teorias, Follett deu maior importância às relações individuais dos trabalhadores e analisou seus padrões de comportamento. Sobre o Conflito Construtivo, Follett afirma que as divergências são extremamente importantes porque revelam uma diferença de opinião que cedo ou tarde se manifestará, de forma danosa ou não. Follett afirma que existem três soluções possíveis para o conflito: A primeira seria a dominação onde um dos lados, o mais forte provavelmente, predominará e terá suas exigências atendidas, enquanto o outro lado não terá nenhuma de suas exigências atendidas, e assim, o conflito será na verdade sufocado. A segunda alternativa apontada por Follett diz que os dois lados cederão cada qual um pouco, e um meio-termo será adotado como solução. A esse método denominou conciliação, uma alternativa apontada por ela como nociva a ambos os lados já que nenhum tem suas reivindicações plenamente atendidas. A solução ideal proposta por ela é a Integração, na qual a resposta ao dilema não está concretizada e deve, portanto, ser pensada, inovada, criada. A Integração parte do pressuposto que o conflito existe porque demandas não são atendidas, e essas demandas não devem ser suprimidas, e sim supridas. No entanto ela reconheceu que nem todas as disputas poderiam desse modo ser resolvidas e que embora seja a solução ideal, nem sempre é a real, e portanto muitas vezes a conciliação e até mesmo a dominação são as alternativas concretas. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae/v37n2/a09v37n2>.

10 DEUTSCH, M. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 17.

11 URY, W. *Chegando à paz, resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia a dia*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 110.

12 Ainda, em relação às formas alternativas, estas podem ser categorizadas em autocompositivas e heterocompositivas. As de natureza autocompositivas “são aquelas em que as próprias partes interessadas, com ou sem a colaboração de um terceiro, encontram, através de um consenso, uma maneira de resolver o problema.” Já, as heterocompositivas, “o conflito é administrado por um terceiro, escolhido ou não pelos litigantes, que detém o poder de decidir, sendo a referida decisão vinculativa em relação às partes.” (SANTOS, 2004, p. 14). As formas de resolução de conflitos mais conhecidas são: mediação, arbitragem, conciliação, negociação e autotutela. SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 14.

Nos entendimentos de Humberto Dalla Bernardino de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten¹³, a mediação consiste num processo em que, graças ao uso de técnicas próprias, o mediador facilita “a abertura dos caminhos dialógicos para que os próprios protagonistas envolvidos no conflito envidem esforços para encontrar soluções consensualmente”.

No próximo subitem aborda-se a trajetória percorrida à alcançar ao longo de décadas o novo paradigma consensual pela instrumentalidade da mediação e o enfoque do acesso à justiça.

1. 1 Das mudanças ocorridas na resolução de conflitos: desenvolvimento da mediação e do acesso à justiça

De acordo com o posicionamento de Cappelletti, considerando que a expressão: “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídicoeste pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo¹⁴.

Todavia, adequado para estabelecer a função essencial do ordenamento jurídico: o acesso ao Poder Judiciário deve ser de forma igualitária com efeitos resultantes que tragam ao meio social de forma justa, bem como sendo caracteristicamente individual¹⁵.

A despeito disto, tal expressão vai além da simples possibilidade do cidadão fazer uso do instrumento jurídico, sobretudo, versa sobre uma justa composição do litígio para os conflitos de interesses o qual se encontra. Assim, conforme a Convenção Internacional sobre Direitos Humanos¹⁶.

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente,

¹³PINHO, H. D. B. de; PAUMGARTTEN, M. P. **Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo Código de Processo Civil**: quais as perspectivas para a justice brasileira? In: ALMEIDA, D. A. R. de. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 2.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 4.

¹⁵O acesso à justiça está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.” Pode ser chamado também de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação.

¹⁶Artigo 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica

independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Destaca-se que o acesso à justiça é um direito fundamental expresso pela Carta Magna de 1988 acolhido em seu artigo 5º, inciso LXXIV, que assegura a todos assistência judiciária. Assim, o Estado é incumbido pela efetivação deste direito. Sabe-se que por meio dele há desobstrução para a efetivação dos demais direitos. Cabe ressaltar que tal acesso não se caracteriza somente pelo direito público subjetivo a demandar uma ação, mas também impedir que o legislador crie uma lei que retire o Poder Judiciário da observação de todo e qualquer direito que venha ser lesionado ou ameaçado.

De acordo com Capelletti e Garth¹⁷, o acesso à Justiça passou a ser o direito à solução efetiva do conflito, por meio da participação adequada do Estado como um todo, além do Judiciário, solução para a satisfação das pessoas. O direito de acesso à Justiça tornou-se, por conseguinte, muito mais amplo do que o direito à decisão judicial.

A atual gestão pública administrativa do século XXI, têm como seu marco o consensualismo nas relações administrativas do Estado. Assim, rompe-se do posicionamento outrora burocrático, marcado pela clássica tradicional relação unilateral entre a Administração Pública e seus administrados, com alicerce na doutrina e transplantada no dia a dia da gestão pública¹⁸.

No entanto, o consensualismo rompe com a tradição trazendo em seu bojo a quebra da verticalização nas relações para a dialógica das partes.

Em 05 de novembro de 1982 foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU a Declaração de Manila para Resolução Pacífica de Conflitos, com posicionamentos de relevância a maleabilidade de Estados onde se destaca a posição dos entes públicos, que são matrizes da Organização Estatal para predileção de meios de resolução de disputas fundadas em conversação igualitária das partes¹⁹.

A resolução pacífica das disputas entre o Estado para uma realidade nacional é o novo caminho que já percorre em Constituições Nacionais e Comunitárias, que surgem da

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Cit., p. 12.

¹⁸ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsomdi. **Mediação na Administração Pública Brasileira: o Desenho Institucional e Procedimental**. São Paulo: AlmedinaBrasil, 2018, p.242.

¹⁹ Tratado no United Nations, Office of Legal Affairs. Codification Division. **Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States**. New York, 1992. Disponível em: <http://legal.un.org/cod/books/HandbookOnPSD.pdf>. Acesso em 01 de set. 2018.

necessidade universal da valorização do indivíduo de acordo com Di Salvo²⁰, de forma que os Sistemas do Direito Administrativo não mais conseguem fugir da realidade nas sociedades atuais.

Algumas leis nas esferas municipais, estaduais e federais já prediziam timidamente, a viabilidade da composição de acordos na seara judicial, quando a Administração Pública direta ou indireta figurasse uma das partes disputantes. Algo paradoxo, porquanto a Administração Pública sempre assoberbou o sistema judiciário de litígios.

Historicamente a Consolidação Leis Trabalhistas, por volta dos anos 40 (quarenta) continuamente foi uma legislação mais maleável, pois observava a realização da conciliação em dois tempos diferentes, imperiosamente, sob pena de nulidade processual²¹.

Conhece-se, que as Leis dos Juizados Especiais Estaduais (Lei nº 9.099/95) e Federais (Lei nº 10.529/2001), que objetivaram trazer a celeridade ao serviço jurisdicional, terminaram por não auferir a sua finalidade, ocasionando inúmeras demandas, daí a imprescindibilidade de alteração e fomento em políticas públicas que abarcassem entre outros uma maneira consensual de conflitos.

Igualmente foi instituída a Lei nº 2.153/2009 que versa os Juizados Especiais da Fazenda Pública dispondo do processamento especial dos litígios de pequena relevância em que envolvam os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que carece de complementação por cada ente da federação, conforme o art. 8º da referida Lei²².

Contudo, a Lei de Arbitragem nº 9.307/96 da mesma forma trouxe a alternativa de resolução de litígios por meio preciso a Administração Pública, no que tange aos direitos patrimoniais disponíveis.

Não obstante, a Administração Pública com os princípios e regras peculiares e particulares não fomentavam a aplicação dos meios consensuais de resolução de litígios. Outrossim, o Poder Público por vezes usou o judiciário para gerir suas dívidas por não existir uma estratégia de ação de defrontação de vultuosos números de ações judiciais, em que o Estado fosse parte seja no pólo passivo ou ativo.

²⁰ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di **.Mediação na Administração Pública Brasileira**. Cit., p.23.

²¹FAGUNDEZ. Paulo Roney Ávila. **O marco legal da mediação no brasil: aplicabilidade na administração pública**. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito | e-ISSN: 2525-9679 | Curitiba| v. 2 | n. 2 | p. 148 - 164 | Jul/Dez. 2016

²² SOUZA. Luciana Moessa de Souza. **A mediação de conflitos e a Administração Pública**. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016.

O Conselho Nacional de Justiça depois de diversos estudos elaborados, com o objetivo de reduzir os números de litigiosidade no Brasil, a Mediação teve sua inserção positivada no ordenamento jurídico, com o surgimento da Lei nº 13.140/2015, na praxe já havia obtido o reconhecimento pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, como uma política pública. O divisor de águas insurge com intuito de alavancar e superar a super litigiosidade.

Contudo, com viés de uma transformação comportamental e restauração do sistema judicial forte tendência já conjecturada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth²³. Segundo os autores, tais modificações no meio estatal inseridas na “terceira onda”, apresentam um prisma que sugere a envoltura do Estado ao acesso à justiça utilizando além via do processo judicial, estendendo seu foco de igual modo em políticas públicas que fomentem o consensualismo²⁴. No entendimento de Warat, a Mediação não pode ser entendida com credices e suposições do fictício comum. Assim, é fundamental que o entendimento jurídico modifique a experienciar do novo paradigma, para que não culmine a distorção de seu propósito. Reivindica, portanto, “uma nova postura das partes, que não a da passividade, à espera que a autoridade estatal decida o que deve ser feito²⁵”.

Da soma dos dispositivos legais positivados no CPC de 2015 e na Lei da Mediação, incontestavelmente a Administração Pública está incluída como destinatária dos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Uma nova concepção de Administração Pública teve seu marco legal, que harmoniza com a dialógica, assim a motivo de ser do Estado é o cidadão, que figura como protagonista, no entendimento de Elisa Berton²⁶:

A concepção de uma Administração Pública que dialoga com o cidadão, o qual é, ao fim e ao cabo, a razão de ser de todo o aparato do Estado, está bem clara na redação do novo código processual. A possibilidade deste diálogo, por óbvio, não se compatibiliza com a pré-definição de que há uma supremacia dos interesses do Estado sobre aqueles pretendidos pelo indivíduo, sobretudo porque não são poucas as vezes em que o agir estatal (ou não agir) viola direitos fundamentais. Um poder público que se utiliza da morosidade do judiciário para se esquivar do cumprimento de suas obrigações é postura que não se compatibiliza com a Constituição nem com as

²³CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Cit., p 31-74.

²⁴ Ibid.

²⁵ EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública**. RPGE. Porto Alegre, v. 36 nº 75, p.61, 2015.

²⁶ EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública**. Cit., p.70, 2015.

normas fundantes do processo civil contemporâneo e expressamente previstas na novellegislação (consensualidade, celeridade, colaboração e promoção da dignidade da pessoa humana).

Assim, ao versar da mediação e solução de conflitos²⁷ trata o conflito como componente positivo na vivência coletiva concluindo-o indispensável para o avanço dos cidadãos e da sociedade em que situa. Tal entendimento veio ao encontro do novo cenário em que Administração Pública vivencia a partir do ápice legal da mediação.

Cabe ressaltar que os estudos que abarcam a cultura da paz preconizam um desenvolvimento social, este que é tutelado pelo Estado, que é de promover a paz social. Assim, num olhar minucioso nos entendimentos aqui posicionados por diversos autores, contribuem na formação de um pensamento crítico e racional da cultura contenciosa, para uma abertura moderna do cenário atual da dialógica-consensual.

O autor aponta que “o conflito opõe-se à estagnação. Exerce o ofício de mola alavancadora que permite à humanidade sobreviver em um planeta de recursos limitados”. De igual modo tal posicionamento é defendido por Marinés Suares²⁸, validando que há em si mesmo”. Acrescenta ainda que, “se não existissem essas interações antagônicas, não existiria a evolução...” e se as excluíssemos “eliminaríamos também a evolução, e possivelmente também a vida”.

Efetivamente a Advocacia Pública incube de cooperar com a finalidade do Judiciário, não tão somente na esteira do processo judicial, mas de forma preventiva, por meio de sua atividade de consultoria e, a partir do Novo Código de Processo Civil, também nas Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos. Dessa forma, além da contribuição com o Poder Judiciário, deve a Advocacia Pública voltar a sua atenção, à concretização dos direitos fundamentais e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas do Estado de Direito, de modo a tornar melhor a relação da Administração com o cidadão²⁹. Essa nova postura traz a advocacia pública, uma incumbência com a gestão adequada dos conflitos envolvendo o Poder Público, condizente também com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988, bem como com os princípios que regem a Administração Pública, notadamente o da Eficiência.

27 FIORELLI, José Osmir. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo. Atlas. 2008. p. 6.

28 SUARES, Marínés. **Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires. Paidós. 2012. p. 72.

29 EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública**. Cit., p.55-74, 2015

A mediação como instrumento de gestão, contribui para a elaboração de ações e metas, que fortalecem os processos de pacificação social ao fixar como missão comum a todos os órgãos à consensualidade, que tende a fortalecer o atendimento ao cidadão, finalidade última do Estado brasileiro³⁰: posições antagônicas, em um momento de divergência entre as pessoas, sejam físicas ou jurídicas³¹. Na seara da mediação o conflito é analisado resultante de uma inter-relação existente entre duas ou mais pessoas [podendo ser indivíduos, grupos grandes ou pequenos que interagem entre si]. Assim sobleva o antagonismo decorrentes de atos, discursos, afetos e pensamentos dos envolvidos que carecerá do desenvolvimento e construção que deve ser realizado pelo mediador e as partes.

Da tradicional relação unilateral da Administração Pública a uma seara vasta do consensualismo, que está sendo difundida e implementada, ainda, timidamente nas Câmaras da Administração Pública, há um caminho a desbravar e muito a aprender nas praxes diárias da resolução de conflitos.

A seguir, um levantamento os princípios que regem a aplicabilidade da mediação e do acesso à justiça, nos litígios que envolvam a Administração Pública, com o tutorial legal deste novo conceito em resolução de conflitos no âmbito estatal.

1. 1.1 Dos Princípios que regem a Mediação e o Acesso à justiça nos litígios em que envolvam a Administração Pública após o advento da Lei n.º 13.140/2015

De forma quase generalizada a sociedade tem a prática rotineira de procurar no judiciário a prestação jurisdicional, a conhecida judicialização, por crença social ser um instrumento inigualável de acesso à Justiça, um culto ao litígio, que ao longo dos anos contribuiu para o volume exacerbado de demandas processuais, ocasionando a morosidade e ineficiência no judiciário.

Elencam-se os dispositivos possíveis para Poder Público utilizar-se dos meios consensuais de solução de conflitos que a envolvam, fundamentados com previsão no Código de Processo Civil (LF 13.105/15), na Lei de Mediação (LF 13.140/15), na Lei de Arbitragem (LF 9.307/96, alterada pela LF 13.129/15). Contudo, leva-se em conta ao praticar a mediação,

³⁰COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. **A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão**. Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em 29 agosto 2018.

³¹Ibid.

o interesse público em consonância com interesse da Administração Pública, da indisponibilidade do interesse público com a disponibilidade de interesse público do direito patrimonial. Isto precisa estar claro para o mediador que atua na resolução de conflito.

Assim, pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação conforme o art. 3º, caput da Lei de Mediação. O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público³². No que tange ao direito patrimonial disponível do Estado, existirá direito patrimonial disponível da Administração, em ocasião que cuidar de litígio à volta de bem dominical, passível de valor pecuniário, que seja capaz de ser desembaraçadamente negociável por seus nominais titulares.

Resolve-se o conflito existente entre o administrado e a Administração de ordem patrimonial de modo direto, entre os litigantes, por meio, da autocomposição os direitos disponíveis.

Possibilidade do Poder Público utilizar meios consensuais de solução de conflitos por meio da Lei conforme CPC/2015, no entanto há que observar a classificação do Código Civil no que tange aos bens públicos nos artigos 98 e 99 que caracterizam que são bens de titularidade do Estado, necessários ao desempenho de funções públicas, submetidos a um regime jurídico de direito público. Titulares de bens públicos: União, Estado e Municípios (administração direta); Entidades da administração indireta: autarquias e fundações dotadas de personalidade jurídica pública.

Por outro lado, se houver, no caso concreto, previsão legal acerca da afetação do bem ou inalienabilidade do bem ou direito por parte da Administração, tal bem ou direito não poderá constituir-se em objeto de acordo ou contrato administrativo que visem à sua disposição.

As bases tradicionais do Direito Administrativo, a saber, supremacia e indisponibilidade do interesse público, no entendimento da Maria Sylvia Zanella Di Pietro, elucida que no decorrer histórico do direito administrativo, este segmento de estudo é denominado o “conjunto de princípios que regem a Administração Pública”. Afirma também que, apenas a mera definição nominal sem a compreensão do que de fato é a Administração Pública. Existem definições que abrangem o estudo da Administração Pública sob aspecto

³²Disponível em <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/justica/menu/index.php?p=233564>; Acesso em 10 de set2018.

formal quando o Poder Público manifesta-se com atos jurídico-administrativos guarnecidos de autoexecutoriedade³³.

Ainda assim, a definição é incompleta, pois a Administração Pública não é guarnecida apenas de atos autoexecutórios geradora de obrigações ao administrado, e ainda também de atos reconhecedores de direitos, a exemplo a permissão, a licença, a autorização, às quais adicionam contratos firmados pela Administração em sentido amplo³⁴. Segundo Di Pietro descreve o direito administrativo como:

[...] o ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública³⁵.

O mundo do Direito Administrativo abarca os entes que compõe a Administração Pública e sua atividade. A autora ainda esclarece que “Administração Pública”, para tais fins, é considerada em sua função administrativa, excluindo-se a função política (nela compreendida a atividade de direção, de traçado das grandes diretrizes e de comando nas várias áreas de atuação), que é dividida entre Poder Executivo e Legislativo. Assim, a Administração não se confunde com o Poder Executivo, que tem função mais ampla³⁶.

Diante disso o método consensual deve ser utilizado como tática de resguardo dos interesses da Administração Pública, convencionado com múnus de realização do interesse público, que por várias vezes interfere no cumprimento do interesse subjetivo do particular. Isso deve ser feito através de um processo adequado.

Exemplificam-se alguns mecanismos da Administração Pública que exercem o novo paradigma consensual nos conflitos que envolvam a Administração Pública. Destacam-se: Tomado por exemplo o Cejusc do Estado de São Paulo, que efetivamente realizou um Mutirão da COHAB, com resultado assertivo logroucerca de um milhão de reais em apenas 3 (três) dias de sessões de conciliação³⁷. Caberá ao Cejusc da Fazenda Pública, a Câmara de Solução de Conflitos da Administração Municipal e a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos com fulcro nos Art. 174 do CPC e art. 32 e seguintes da Lei de Mediação.

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 42-43

34Ibid., p.43.

35 Ibid.,p.43

36 Ibid.,p.43

37 Pesquisa realizada no site da PMESP Acesso em set 2018 <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/justica/menu/index.php?p=233564>

E conta-se também com a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos Municipal que foi instituída pelo Decreto nº 57.263, de 29 de agosto de 2016 e vinculada à Coordenadoria do Consultivo da PGM – Procuradoria Geral Municipal.

De acordo com Art. 33 do Decreto, dispõem, a saber, fica criada a Câmara de Solução de Conflitos da Administração Municipal do Estado de São Paulo, vinculada à Coordenadoria Geral do Consultivo, com suas atribuições, haja vista a Portaria nº 26/2016 – Procuradoria Geral Municipal, estabelece o regulamento da Câmara da seguinte forma onde constitui passo prévio obrigatório à formulação de demandas em juízo; o mediador ser integrante da carreira de procurador, ainda a possibilidade de designação de mediadores especializados em conjunto a solicitação do interessado e também a previsão de arbitramento do conflito em ocorrência de não composição³⁸.

A legislação de mediação brasileira optou por destinar um conceito de mediação no sentido de que “considerar a mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (parágrafo único do artigo 1º da Lei).

Em sentido amplo a mediação pode ser entendida como sinônimo da expressão “procedimentos não adversariais de resolução de conflitos³⁹”. Em sentido estrito, conceitua-se a mediação como um método alternativo, em que um terceiro imparcial denominado “mediador”, é responsável por facilitar o diálogo e a comunicação entre as partes conflitantes, para que juntas construam soluções satisfatórias para as suas controvérsias.

Fez-se necessário assegurar ao cidadão a contribuição de uma tutela jurisdicional efetiva, de forma que alcance o direito fundamental de acesso à Justiça.

Os meios consensuais representam uma significativa contribuição do legislador para atenuar o volume de processos e soluções céleres pretendidas e acesso à justiça.

Do acesso à justiça, nos ensinamentos da Ada Pellegrini Grinover, a crise da Justiça representada especialmente por sua inacessibilidade, lentidão e custo põe imediatamente em destaque o primeiro objetivo almejado pelo renascer da conciliação extrajudicial: a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais pela

38 BRASIL. Centro de Estudos Jurídicos – Cejur. **Possibilidades do Poder Público Utilizar Meios Consensuais de Solução de Conflitos.** Disponível em: [HTTP://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/negocios_juridicos/CEJUSC](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/negocios_juridicos/CEJUSC). Acesso: 01 de set. 2018.

39 WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis. Habitus Editora, 2001. p. 68

atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados de conciliação, ainda que, facultativos⁴⁰.

Tais considerações averiguadas afirmam que são instrumentos para desobstrução do judiciário. Vê-se, que a mediação entre particulares e órgãos estatais atende à moderna concepção de celeridade, efetividade e justiça, visando a participação de todos os litigantes resguardando a segurança jurídica.

A mediação é um mecanismo orientado por importantes princípios, tais como: a informalidade, voluntariedade, oralidade, autonomia, imparcialidade do profissional mediador, isonomia entre as partes, boa-fé e a confidencialidade (art. 2º da Lei 13.140/2015), utilizados na busca por uma solução eficaz.

O fomento às práticas mediatórias as mudanças trazidas pela Lei 13.105⁴¹ de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil – CPC apresentam disposições que estimulam a resolução do conflito através da mediação. No CPC, no parágrafo 3º do artigo 3º, no capítulo que trata das Normas Fundamentais do Processo Civil, dispõe que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Essa norma também pode ser verificada no inciso v do artigo 139, do novo CPC, quando se observa os deveres dos juízes que estão expressamente incumbidos do dever de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

Preocupado o legislador chamou a atenção para uma necessária mudança e paradigma, em relação ao processo judicial, introduziu as mudanças acima e outras mais, estimulando a prática da auto composição mesmo dentro do processo judicial, tamanha a importância desse instituto.

É enfática a legislação brasileira sobre mediação (Lei de Mediação, art. 2º, caput e §3º; CPC/2015, art. 166), trata-se de um procedimento voluntário, imparcial, informal, independente, pautado pela oralidade, flexibilidade, confidencialidade, marcado pela

40GRINOVER, Ada Pellegrini. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo**. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Candido Rangel; Watanabe, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988 ARAÚJO, Luis César G. de Araújo. **Gestão de Pessoas: Estratégias e Integração Organizacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

41BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 20 agosto. 2018.

autonomia da vontade dos envolvidos no conflito, que se pauta na busca do acordo e regido pela decisão informada, ou seja, é vedada a decisão surpresa.

Assim, entende-se que a aplicabilidade da mediação e do acesso à justiça em litígios que envolvam a Administração Pública devam ser pautados nestes princípios, elencados de forma a não ferir o interesse da coletividade em detrimento ao particular, mas consciente de negociações coerentes e razoável. Levando-se em conta que, nem todos os litígios que envolvam a Administração pública podem resolver-se por meio da Mediação, devido ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

No próximo o atual entendimento da AGU, na aplicabilidade da Mediação nos litígios que envolvam o Poder Público. Observa-se o parâmetro do marco legal, questão discutida ao longo deste artigo. Visa-se o fomento, bem como, o esforço em aplicar, nas esferas públicas, respeito aos limites da legislação.

1. 1. 2- Da garantia do Acesso à Justiça nos litígios que envolvam a administração pública- Do atual entendimento e fomento da Advocacia-Geral da União na garantia do acesso por meio da Mediação

De tempos longínquos é notório que sociedade assiste nas suas relações cotidianas uma intensa intervenção estatal. Da prestação de um serviço público, ao acatamento de determinadas normas, a reivindicação de direitos, a observância de um dever, inevitável tal inter-relação, contudo hermética. Assim, o Estado por vezes fracassa na expectativa dos jurisdicionados sob seus cuidados, no tempo que ele mesmo é o respectivo gerador de alguma lesão.

De acordo com os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, é alarmante a quantidade de demandas do Poder Público no judiciário, conforme dispõe estatística⁴²:

[...] historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização

42 Justiça em Números 2018: ano-base 2017/ Conselho Nacional de Justiça - Brasil, CNJ, 2108, Anual 212f: IL. I Poder Judiciário – estatística – Brasil. II Administração Pública – Brasil – página 125. Acesso em: 01 de Setembro 2018.

profissional. Acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação. Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 74% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 91,7%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2017, apenas 8 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia 9 pontos percentuais, passando de 72% para 63% em 2017. O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 14%; a Justiça do Trabalho, 0,31%, e a Justiça Eleitoral apenas 0,01%. A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (94%), seguida da Justiça Estadual (91%) e da Justiça do Trabalho (87%). A menor é a da Justiça Eleitoral (74%), conforme se verifica na Figura 104. A série histórica dos processos de execução fiscal, apresentada na Figura 102, mostra crescimento gradativo na quantidade de casos pendentes, ano a ano, desde 2009. Os casos novos, após decréscimo em 2015, subiram em 2016 e 2017, em 12,9% e 7,4%, respectivamente. O tempo de giro do acervo desses processos é de 11 anos, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seriam necessários 11 anos para liquidar o acervo existente.

Mediante a Lei de Mediação a AGU e os Estados assinam termos para dirimir litígio entre entes e ampliar cooperação⁴³. Conforme menciona registros em fontes oficiais⁴⁴:

A Advocacia-Geral da União (AGU) e as 27 procuradorias-gerais estaduais e do Distrito Federal assinaram nesta quinta-feira (10/08/2018) dois acordos de cooperação que pretendem fortalecer a defesa do Brasil nas entidades interamericanas de direitos humanos e diminuir os conflitos judiciais entre entes da Federação. Os termos foram assinados na sede da AGU, em Brasília, pela advogada-geral da União, ministra Grace Mendonça, e pelo presidente do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais Estaduais e do Distrito Federal (CNPGE), Francisco Wilkie. A solenidade também contou com a participação histórica do presidente da República, Michel Temer, e da presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Carmen Lúcia. Um dos acordos cria o Fórum Nacional da Advocacia Pública, que entre outras medidas prevê a busca de soluções alternativas para litígios entre União e estados. O objetivo é possibilitar conciliações antes que as divergências cheguem aos tribunais. “Abrimos a porta da Advocacia-Geral da União para que possamos resolver os nossos dissensos no âmbito de uma conversa, para trazer para o Poder Judiciário o alívio que tanto necessita no momento em que é tão sobrecarregado pelo

⁴³http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/587200: acesso em 01 de Setembro de 2018

⁴⁴http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/587200: acesso em 01 de Setembro de 2018

volume de processos. O que nos une é o diálogo entre os poderes e entre os entes da federação. Precisamos construir uma advocacia que tenha força para transformar essa realidade de judicialização elevada. Que o conflito possa ceder espaço para o diálogo”, afirmou Grace durante a solenidade.

De acordo com o Michel Temer e a Cármen Lúcia do mesmo modo salientaram a relevância da decisão. “A litigiosidade cria uma instabilidade social. Deve imperar a harmonia entre os poderes, por determinação constitucional. Os advogados públicos são chamados para causas públicas. E tenho a mais absoluta convicção de que esses atos proporcionarão uma integração extraordinária pautada pelo princípio federativo”, atentou o Ex- Presidente Michel Temer⁴⁵.

Assim a ministra Cármen Lúcia: [... a melhor forma de prestar jurisdição não é litigando]. O litígio onera não só o Poder Público, mas o cidadão. De forma, precisa e direta a ministra enfatiza a necessidade de um direito que leve a uma federação que se fortaleça pelo consenso e pela convergência no interesse público⁴⁶. Ainda, quanto a defesa no exterior foi assinado um termo que prevê a cooperação técnica entre os entes jurídicos federal e estaduais na atuação jurídica do Brasil ante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, a decisão se deu desde a apuração das resoluções relacionadas ao tema discutidas no momento no exterior têm como escopo a adoção de políticas em âmbito estadual.

No cenário atual o atingimento de comunicados que dariam alegações e contribuiriam na estratégia de defesa do país é óbice pela ausência de um diálogo melhor entre Estados e a União⁴⁷.

Dados apontam que AGU no Ceará poupa a quantia de R\$2,1 milhões para os cofres públicos ao priorizar conciliações⁴⁸. Desta forma, preferir a resolução de conflitos por consensualismo estima trazer proveitos para os dois lados dos conflitos judiciais. Assim, é a avaliação da Procuradoria da União no Estado do Ceará (PU/CE), unidade da Advocacia-Geral da União (AGU) que em 2018 realizou 1.672 acordos, e com isso, contribuiu para o desafogo do Juizado Especial Federal no Estado. A estimativa é de que pelo menos R\$ 2,1 milhões não foram gastos devido às negociações. A grande parte dos processos refere-se a pedidos de servidores que pretendem incorporar aos salários as diferenças na gratificação de

⁴⁵http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/587200: acesso em 01 de Setembro de 2018

⁴⁶http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/587200: acesso em 01 de Setembro de 2018

⁴⁷http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/587200: acesso em 01 de Setembro de 2018

⁴⁸http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/587200: acesso em 01 de Setembro de 2018

desempenho, consideradas prioritárias. Os casos são direcionados à Central Local de Negociação, para formalizar uma proposta. Considera-se a atualização monetária a incidir sobre o valor final a ser recebido pela parte⁴⁹. Segundo o advogado público e coordenador de assuntos pessoais da PU/CE, André Moraes: "temos parâmetros de cálculos pré-definidos por instruções normativas e pelo planejamento estratégico da Procuradoria-Geral da União (PGU) à partir disso, tentamos chegar ao melhor que pode ser oferecida em litígio"⁵⁰.

Nos entendimentos de Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz e Mônica Bonetti Couto⁵¹.

[..] é necessário salientar, porém, que a mediação, a conciliação e a arbitragem, compreendidas como métodos alternativos de solução de controvérsias, não devem ser encarados como panaceia para a crise numérica de processos, muito embora possam provocar impacto significativo nas taxas de congestionamento do Poder Judiciário, que seria um efeito e não deve ser confundido com a causa principal para a sua utilização. Portanto, o recurso aos meios alternativos não deve servir como um pretexto, apesar de sua utilização ter o condão de produzir redução do acervo processual: são as peculiaridades da controvérsia que devem guiar eventual preleção pela via alternativa e não o potencial descongestionamento forense. De todo modo, pontua-se que o novo Código de Processo Civil incorpora o ideal de acesso à justiça compartilhada entre as normas fundamentais ao prever, no seu art. 3º, que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, referindo-se, em seguida, aos métodos consensuais, evidenciando, ainda, que a conciliação e a mediação não são necessariamente desenvolvidas no plano extrajudicial.

A seguir abordar-se-á às peculiaridades que contribuíram para as mudanças de paradigmas da Administração Pública.

1. 2 Das mudanças nos paradigmas da administração pública

Sabe-se que como ente membro do Estado, a Administração Pública cinge-se de parte do poder político⁵², o “poder administrativo”.

⁴⁹http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/587200: acesso em 01 de Setembro de 2018

⁵⁰http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/587200: acesso em 01 de Setembro de 2018

⁵¹ Revista de Processo | vol. 271/2017 | p. 405 - 425 | Set / 2017 DTR\2017\5621

⁵²O poder político relaciona-se diretamente ao conceito de soberania, por meio da qual o poder disperso na sociedade concentra-se e se reveste de legitimidade, constituindo, então, poder de direito. Reconhecido como poder soberano, o poder político apresenta como nota peculiar a manutenção do monopólio da coerção, fator indispensável à ordenação da sociedade na medida em que termina por se situar em posição de supremacia sobre

No entendimento de Norberto Bobbio, o poder público de forma tradicional possui em sua constituição o *dominium* e o *imperium*, de modo respectivo ao poder sobre as coisas (poder econômico) e ao poder de domínio sobre os homens. Em sentido literal, o poder político seria o próprio *imperium*⁵³. Por tais atributos, apercebe-se a supremacia de detentor do poder político, ou, mais especificamente, do poder administrativo, em relação aos destinatários deste poder. Além disto, o pelo poder administrativo vir da soberania do Estado, o qual determina a superioridade estatal⁵⁴, contribui para o entendimento da autoridade a partir do poder administrativo.

A estada do poder administrativo na Administração Pública define, portanto, a autoridade⁵⁵ no Direito Administrativo, devido ao acirrado relação entre este ramo o Direito com a Administração Pública e o regime administrativo. Do mesmo modo da sobrelevação do Estado de Polícia pela subordinação do Estado ao Direito, a aceitação de várias competências administrativas pela Administração Pública no bojo do Estado Social e o da prioridade do interesse público, o item autoritário remanesce na atuação administrativa⁵⁶.

De acordo com a doutrina administrativa as prerrogativas públicas denotam o poder administrativo. Diversos são os exemplos de prerrogativas públicas apresentados pelos administrativistas: auto-executoriedade dos atos administrativos, poder de tutela, poder hierárquico, poder de expropriar, poder de requisitar bens e serviços, prerrogativa imperativa, poder de polícia, prerrogativa sancionatória, poder de instituir servidões, poder de modificação e de rescisão unilateral dos contratos administrativos, poder disciplinar, presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos. Sem variação, encerram a

os demais poderes sociais. Cf. Carlos Ari SUNDFELD, Fundamentos de Direito Público, p. 20 e ss. Cf., ainda, Floriano de Azevedo MARQUES NETO, para quem a soberania encerra a “inoponibilidade do poder frente aos outros Estados e aos demais pólos de poder existentes na sociedade”. Regulação Estatal e Interesses Públicos, p. 33.

⁵³Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política, p. 84.

⁵⁴ “Desde el punto de vista etimológico, el concepto de soberanía implica el de superioridade, vale decir, preeminencia jerárquica, lo que equivale al derecho de dar órdenes y al deber de obedecerlas. Es soberano un poder que está supra-ordenado respecto de los demás. Por ello se ha dicho que es soberanía, la superioridad absoluta de un poder del Estado con relación a todos los demás poderes del mismo”. Manuel Maria DIEZ, Derecho Administrativo, p. 36-37.

⁵⁵ A autoridade atrela-se diretamente ao poder, podendo ser compreendida como “uma relação de poder estabilizado e institucionalizado em que os súditos prestam uma obediência incondicional. Esta concepção se manifesta sobretudo no âmbito da ciência da Administração”. Mario STOPPINO, Dicionário de Política, p. 88.

⁵⁶ Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, p. 64 e ss. Nesse sentido, Floriano de Azevedo MARQUES NETO pontua: “[o] atrelamento da atividade do Estado – e, por conseguinte, da Administração Pública – aos limites e autorizações ditados pela Constituição e pela lei não afasta a realidade de que a ação estatal pressupõe prerrogativas e restrições aos direitos dos particulares, decorrentes fundamentalmente da centralização da autoridade. Ou, de outro modo, da supremacia do público sobre o privado”. Regulação Estatal e Interesses Públicos, p. 71.

autoridade do estado, quer pela coação, quer pelo meio de procedimentos vantajosos ao ente público. Como característica comum, as prerrogativas públicas marcam a superioridade da Administração em relação aos administrados⁵⁷. O tradicional atributo da exorbitância se solidifica no Direito Administrativo contextualmente quando da procura pela autonomia científica que registrou a primeira fase de teorização daquele ramo do Direito. Fundamentada sobre a dicotomia Direito Público e Direito Privado, a exorbitância aponta a peculiaridade dos institutos, regras, princípios e finalidades do Direito Administrativo em detrimento ao Direito Comum, visivelmente por valer se à realização do interesse público.

Genericamente os administrativistas emanam do pressuposto de que as prerrogativas públicas são inerentes ao regime administrativo⁵⁸. O Direito Administrativo seria alinhavado por um regime jurídico exorbitante, derogatório do Direito Comum, motivo pelo qual as prerrogativas públicas também de algum modo seriam marcadas por serem parte ao regime administrativo⁵⁹.

Assim, Gasparin menciona: “como decorrência desse entendimento, apenas nas atividades desenvolvidas sob a égide do regime administrativo a Administração Pública poderia exercer suas prerrogativas”. Portanto, justifica o motivo de alguns administrativistas destacarem que as atividades exercidas pelo Direito Comum não comportam prerrogativas, como nos contratos de Direito Privado celebrados pela Administração⁶⁰.

⁵⁷Os chamados ‘atributos’ do ato administrativo (presunção de legitimidade – e de regularidade –, imperatividade e auto-executoriedade) foram concebidos durante período pretérito. Essa visão tradicional reflete a influência de concepções não democráticas do Estado. Há forte resquício das teorias políticas anteriores à instauração de um Estado Democrático de Direito, que identificavam a atividade administrativa como manifestação da ‘soberania’ estatal. Como decorrência, o ato administrativo traduzia as ‘prerrogativas’ do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência”. Marçal JUSTEN FLHO, Curso de Direito Administrativo, p. 300.

⁵⁸ Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “sabe-se que o regime jurídico-administrativo caracteriza-se por prerrogativas e sujeições; as primeiras conferem poderes à Administração, que a colocam em posição de supremacia sobre o particular; as sujeições são impostas como limites à atuação administrativa, necessários para garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos”. Direito Administrativo, p. 256. Nesse sentido, José CRETELLA JR. pontua: “as prerrogativas e sujeições, que regem a atividade da Administração, formam um quadro singular, com índices típicos e inconfundíveis – o regime jurídico exorbitante do direito comum, que se coloca na base das pessoas jurídicas públicas”. Curso de Direito Administrativo, p. 32.

⁵⁹ Em relação ao direito comum, ele [Direito Administrativo] é derogatório. Ele não se contenta em considerar problemas não propostos em direito privado, mas ele os resolve fazendo apelo a noções que o direito privado ignora (utilidade pública, potestade pública)” (grifei). Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, Direito Administrativo, 19ª ed., p. 58.

⁶⁰ “Observe-se, a final, que não gozam de qualquer privilégio os atos da Administração Pública praticados sob a égide de outros regimes jurídicos, a exemplo da permuta ou da adoção, que são regidas pelo Direito Civil, e do contrato de trabalho, regulado pelo Direito do Trabalho”. Diógenes GASPARINI, Direito Administrativo, p. 26-27. Por outra linha, Odete MEDAUAR salienta a impossibilidade de submissão completa dos vínculos contratuais firmados pela Administração ao regime de Direito Privado ante a presença orgânica da Administração Pública na relação, razão pela qual as regras atinentes às cláusulas necessárias, às prerrogativas

Autômico das prerrogativas públicas o atributo da exorbitância é apoiado na doutrina nacional e apropria-se da importante função dinâmica da atuação administrativa, pois consiste na verticalização das relações administrativas enfrentadas entre Administração Pública e administrado⁶¹. O resultado da exorbitância das prerrogativas públicas evidencia-se na supremacia da Administração Pública face ao administrado. Assim, a incidência das prerrogativas na relação administrativa destaca a Administração em posição de superioridade frente aos administrados porque conta aquela com a faculdade de impor unilateralmente a decisão administrativa ao administrado.

No entanto, a Lei 13.140/2015 estabelece o marco regulatório da mediação como solução de controvérsias entre particulares e no âmbito da administração pública.

Observa-se a importância que reflete determinar um marco regulatório para a mediação, tempo em que a globalização acorda para uma sublevação paradigmática na forma de resolução dos conflitos na sociedade.

Trata-se de uma cultura dialógica a qual a presunção é locomoção da justiça estatal para a autocomposição. Uma nova forma diante do desaire da judicialização como única e magistral instância de resolução de conflitos.

Bem definida, esta lei assevera ser a mediação “uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia⁶²”. No art. 2º, estão elencados os princípios que regem a mediação: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Diversas disposições legais servem tanto para mediações judiciais quanto extrajudiciais.

No que tange o princípio da isonomia é possível obtê-la, como se perfaz na esfera pública entre administrador e administrado? Para responder tal questionamento parte dos princípios norteadores previstos no art. 2º da Lei 13.140/2015 descritos acima devem ser observados em cada caso sua particularidade. Em que pese à boa vontade do legislador, alguns pontos restaram omissos e necessitarão de interpretação da doutrina bem como da consolidação da jurisprudência, como é o caso do início da suspensão do prazo da prescrição em decorrência da instauração da mediação.

61 José CRETELLA JR., As cláusulas ‘de privilégio’ nos contratos administrativos, p. 9.

62 Art. 1º da Lei 13.140/15

Destaca-se que a delimitação do objeto sujeito de mediação restringiu a sua esfera de atuação, exercendo com que o seu objetivo essencial a restauração e construção do diálogo entre os envolvidos, não possa ser atingido em todas as hipóteses. Os direitos indisponíveis a exemplo não são sujeitos da transação, se é que tal nomenclatura é possível, sequer poderão ser levados à discussão numa sessão de mediação, ainda que tal medida pudesse auxiliar a encontrar um denominador comum entre as partes e resultasse numa maior eficácia do provimento judicial obtido.

As ideias de igualdade na seara jurídica, igualdade diante a lei e igualdade dos direitos, formas conservadoras de reconhecimento no contexto do princípio isonômico, em que pese inequivocamente imprescindíveis, não se revelam suficientes. Não garantem a igualdade pretendida “pela Constituição a mera forma de regulação geral e abstrata e de aplicação igualitária da lei. Outorgar o mesmo tratamento a todas as pessoas, sem observar as distinções que a complexidade social e a realidade da vida lhes impõem, é também uma forma de violar o princípio da igualdade”⁶³.

Desta forma a igualdade, como conceitual relativo, impõe uma análise e confrontação das diferentes circunstâncias em que se encontram os diversos sujeitos de direitos. Apenas com a determinação das características essenciais de cada um é que se pode eleger soluções capazes de equipará-las as diferentes situações, corrigir as distorções e os desequilíbrios existentes. Igualar os que estão em situações iguais exige que se dedique tratamento diferenciado aos que encontram em situações desiguais, autorizando uma espécie de “discriminação inversa”, pressuposto da “igualdade de fato”.

De acordo com o autor a “igualização (no sentido de corrigir desigualdades por meio de discriminações) é, pois, o pressuposto para que se tenha a igualdade de fato, vale dizer, predisposição de meios para o igualitário”⁶⁴.

A cautela da Advocacia Pública ao firmar acordos é a probabilidade de violação do princípio isonômico, dedicando a litigantes, em situação idêntica, diverso tratamento. Este medo é muito latente. O de fato interessa é que o cidadão receba devido tratamento com igual consideração e respeito, ou seja, que lhe seja garantido isonomia como igual e não necessariamente o mesmo tratamento.

Na prática, raramente existirão casos exatamente iguais, havendo um campo imenso para que a administração possa avaliar a situação particularizada de cada autor a fim de

⁶³VAZ, Paulo Afonso Brum. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 30-50, set./dez. 2016

⁶⁴ibid

apresentar e discutir sua proposta de acordo. Sempre que houver a integral similitude deve a administração dedicar tratamento igualitário aos litigantes, no sentido da adoção de idênticos critérios de balanceamento da situação fática.

Seria demasiado utópico pensar que é possível padronizar o comportamento e o conteúdo dos acordos celebrados pelo Poder Público, que ocorrem hoje a mancheias. Os conflitos são históricos, isto é, sempre únicos, singulares e específicos, mesmo quando se repetem. Diariamente são celebrados inúmeros acordos, em vários locais, por dezenas de procuradores em atividade nos foros do país e sobre uma diversidade imensa de matérias. Não há, nessa prolixidade contingente de situações, meios de se conhecer os termos acordados. O máximo que se pode intuir é acerca de uma possível padronização para algumas matérias já pacificadas no âmbito administrativo ou judicial, é dizer, em litígios de massa ou repetitivos em que é possível estabelecer um padrão de proposta de acordos⁶⁵.

Nesses casos, é desejável que não haja discrepâncias relevantes sobre o conteúdo dos acordos do Poder Público, alcançando os diversos litigantes de forma mais ou menos igual. E até se poderia afirmar que há um direito subjetivo desses ao tratamento igualitário.

De acordo com Luciana Temer, “apesar da resistência de alguns, hoje a interpretação do princípio isonômico não só permite, mas exige tratamento desigual para situações desiguais”⁶⁶. Segundo a autora⁶⁷:

[...]a primeira Constituição a consagrar o princípio isonômico foi a Constituição Republicana, de 1891. Trazia o postulado de igualdade formal, impregnada pelo espírito liberal. O artigo 72, § 2º, determinava: Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho. Estabelecia vedação aos privilégios individuais e tratava de uma igualdade meramente formal. João Barbalho, ao comentar o dispositivo constitucional, refere-se ao fato de que, perante a lei republicana, não havia distinção entre grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos. O autor certamente elencou as diferenças tidas como relevantes na época. Também a Constituição de 1934 e a Carta outorgada de 1937 integraram o preceito isonômico em seus textos. A Constituição de 1946

⁶⁵ VAZ. Paulo Afonso Brum. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 30-50, set./dez. 2016

⁶⁶ LULIA, Luciana de Toledo Temer. S. P. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**, São Paulo. 2005. 177p. Dissertação (Doutorado em Direito) - Universidade Pontifícia Católica, São Paulo

⁶⁷ibid

proclamava, em seu artigo 141, § 1º, que todos são iguais perante a lei. Tal artigo encontrava-se inserido no Capítulo II, Dos Direitos e Garantias Individuais, que, por sua vez, estava abrangido pelo Título IV, Da Declaração de Direitos. A Constituição de 1967 manteve o princípio, incrementando-o. Em seu artigo 150, § 1º, dizia que: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas(...). A Constituição de 1969 em nada alterou a literalidade do enunciado, apenas o transportou para o artigo 153, § 1º. Observa-se a repetição, tanto nas constituições brasileiras como nas de outros países, da enunciação de um rol concreto de discriminações que se pretende eliminar. São relativas a raça, sexo, religião, opinião, origem e outras que, por serem historicamente recorrentes, são enfatizadas. O constituinte de 1988 tornou a redação mais genérica e, com isso, mais abrangente. Ao invés de enumerar quais os tipos de discriminação vedados, disse apenas: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Com isso, eliminou uma série de critérios, sempre considerados pela doutrina e pela jurisprudência como exemplificativos, e não como taxativos. Esta é meramente a discricção de como o princípio isonômico aparece redigido na nossa história constitucional. A interpretação e forma de aplicação do princípio atenderam as necessidades e convicções da sociedade em cada época da história. A dimensão do princípio, nos dias atuais, é o que se pretende verificar.

Ainda segundo Luciana, o sentido atual a interpretação do princípio isonômico não só permite, mas exige tratamento desigual para situações desiguais.

Em parecer, emitido pela Comissão Constitucional portuguesa sobre certa lei acusada de ferir o princípio da igualdade por estabelecer privilégio em favor de determinado grupo, a Comissão afirma⁶⁸:

[...] face a um quadro normativo idêntico para a generalidade dos cidadãos, haverá que inquirir, nesta linha de raciocínio, se algum dos motivos referidos no artigo 13º, nº 2, da Constituição (ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções política ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social) ou mesmo outros não postulariam, no respeito pelo princípio da igualdade, uma diversificação dispositiva.⁵⁸ No mesmo sentido, tem se posicionado a Corte Constitucional italiana. Em várias decisões, tem defendido que o princípio da igualdade também se viola quando situações desiguais recebem tratamento normativo igual, declarando inconstitucional a lei que regula, da mesma forma, situações desiguais.⁵⁹ Em suma, o princípio da igualdade obriga tanto a igualar situações iguais, como desigualar situações distintas. Algumas constituições, como a espanhola e a italiana, trazem explicitado este

⁶⁸ibid

sentido do princípio. A Constituição italiana, no seu artigo 3º, afirma que: Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política, condição social ou pessoal. E no § 2º do mesmo artigo 3º, completa: É obrigação da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e igualdade dos cidadãos, impedem o livre desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país. Na Constituição espanhola de 1978, no Capítulo sobre Direitos e Liberdades, artigo 14, encontra-se o seguinte dispositivo: Os espanhóis são iguais perante a lei, não podendo haver qualquer discriminação em razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião, ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.

E no seu artigo 9.2: Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integram sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social. A Constituição brasileira de 1988 segue a mesma linha das já citadas, explicitando a obrigação pela busca da igualdade substancial. No artigo 5º. Em todas as constituições referidas há disposições acerca da igualdade espalhadas pelo texto, além das citadas, que só reforçam a necessidade de conciliação entre igualdade formal e material. A medida em que a interpretação constitucional é forçosamente sistemática, não há como escapar desta conclusão.

Parafraseando Norberto Bobbio⁶⁹, “a autora relata a igualdade é valor fundado na consideração do homem como pessoa humana, distinto de todos os outros seres vivos. Trata-se de conceito que remete sempre a uma relação. Explica que, para o termo ter algum sentido, é preciso responder a duas perguntas: a) igualdade entre quem? b) igualdade em quê? Não se pode ser igual ou diferente sem referencial. Um homem ou um conjunto de homens é igual a algo ou diferente de algo. Portanto, a igualdade não é em si positiva ou negativa, mas consiste numa relação que só tem valor positivo, só é desejável, pelo fato de ser justa”.

Ademais, segundo a autora “para que o legislador e o aplicador do direito respeitem o princípio isonômico, é preciso compreendê-lo, e este é o grande desafio. Bobbio, da mesma forma que Celso Antônio, entende que a regra de justiça expressa por Aristóteles, que consiste no mandamento de tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual não soluciona o problema da aplicação do princípio da igualdade. É simplesmente um enunciado

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. SP: Ediouro, 2002, p. 12

pressupondo que o problema anterior já foi resolvido, o de saber qual o tratamento justo para o indivíduo”. Neste sentido segundo Bobbio⁷⁰:

Quem confunde o problema (ou melhor, os vários problemas) da justiça como igualdade com a regra da justiça não parece perceber que a primeira tarefa de quem pretenda fazer obra de justiça consiste em estabelecer como um determinado indivíduo deve ser tratado para ser tratado de modo justo. Somente depois que se estabeleceu o tratamento é que surge a exigência de garantir que o tratamento igual seja reservado aos que se encontram na mesma situação.

Portanto preceitos uniformes comuns a uma multiplicidade de situações podem violar o princípio da igualdade, se o particular condicionalismo de alguma delas obrigar na economia do princípio a tratamento distinto. A igualdade não se confunde assim com a uniformidade normativa. Preceitos uniformes, comuns a uma multiplicidade de situações, podem violar o princípio da igualdade, se o particular condicionalismo de alguma delas obrigar na economia do princípio a tratamento distinto. A igualdade não se confunde assim com a uniformidade normativa.

O art. 166 do NCPC elenca os seguintes princípios informativos da conciliação e da mediação: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Seria justificável uma mudança de paradigma quanto a essa concepção de acesso à justiça demanda a reformulação do conceito de jurisdição?

Segundo Carlos Alberto Salles, sim, pois se faz necessário reescrever também o conceito de jurisdição ante o advento de novas formas hetero e autocompositivas de conflitos⁷¹ nem sempre com a preferência da via adjudicatória estatal.

A literatura mais clássica sobre o assunto pontua a jurisdição uma aliada da legislação, uma função estatal, a função da qual fica a pacificação através da resolução de conflitos entre os sujeitos, como fica elucidado no seguinte nos entendimentos de Grinover, Dinamarco e Cintra⁷²:

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**, p.21

⁷¹ SALLES, Carlos Alberto de. A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública, *cit.*, p. 129-130.

⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, AdaPellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38.

Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na jurisdição, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre as pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que este preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma longa manus da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.

No entanto, segundo Fernanda Tartuce aponta como forma de jurisdição com o viés de adequar seu conceito ao novo paradigma, é a atividade, vez que pode ser efetuada em vários âmbitos, inclusive não estatais (como no caso da mediação) e seu objeto pode ser estendido, para, além das crises jurídicas, alcançar o “correto encaminhamento de interesses relevantes”, ou seja, o exercício da jurisdição voluntária⁷³.

Nas palavras de Mancuso, o meio que se intenciona fomentar pela Resolução n. 125/2010 do CNJ, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos é de jurisdição compartilhada⁷⁴. Segundo o autor, embora o termo esteja conectado à Justiça estatal, não apresente base homogênea, sendo palavra polissêmica e plurívoca, empregada em diferentes contextos com diversas finalidades⁷⁵:

[...]évisível o crescimento de instâncias, órgãos e agentes para jurisdicionais, voltados à prevenção e/ou à resolução consensual dos conflitos, levando ao gradual reconhecimento de que a jurisdição não é apanágio exclusivo do Estado, mas, ao contrário, assiste a todo agente, órgão e instância capaz de prevenir ou resolver, em tempo hábil, uma crise iminente ou já instalada. É dizer, sem meias-palavras: cumpre reconhecer que dentre nós já se instalou um ambiente de jurisdição compartilhada⁷⁶.

Os meios consensuais podem ser olhados como uma forma de justiça (justiça consensual), contudo, a solução do conflito não é impositiva e nem advém do Estado, mas

⁷³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008, p. 84

⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **O direito à tutela jurisdicional**, p. 151

⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011, p. 337.

⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011, p. 336-337.

construída a partir da condução dos próprios envolvidos a uma solução que se pretende rápida, eficaz e satisfatória⁷⁷.

Segue-se no item a seguir com das características da supremacia e indisponibilidade do interesse público em sua nova leitura.

1.2.1- Características gerais: da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público e a sua releitura

Objetivamente, são colocadas as funções de incentivo: atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada; a polícia administrativa que trata de toda atividade de executar limitações impostas pela lei aos direitos individuais em favor do interesse público; o serviço público, atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público a intervenção regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada⁷⁸.

Subjetivamente, assimila a administração direta e indireta do Estado, que, em nosso direito positivo, pode ser identificada com precisão no art. 4º do Decreto-Lei n. 200/67: Art. 4º. Sabe-se que a Administração Federal compreende a Administração Direta, que se estrutura dos serviços integrados na base administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Já a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria, a saber, as Autarquias, as Empresas Públicas; as Sociedades de Economia Mista e as Fundações Públicas.

Encontram-se distintos conceitos de Direito Administrativo que compreendem competências não-estatais no âmbito desse ramo de estudo. Conforme o posicionamento de Marçal Justen Filho, conceitua este segmento do direito como “conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”⁷⁹. Outras formas para a aproximação da matéria segundo o dito autor, para a noção estruturante do Direito Administrativo como promovedor – ou, ao menos, organizador – de políticas públicas. Assim sendo, o direito administrativo é a priori, um recorte didático do direito positivo. Em segundo lugar obtém dimensão de um conjunto de

⁷⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008, p. 208

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50-51.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 65.

conhecimentos que gera uma visão particular sobre as situações compreendidas em seu objeto.

O direito administrativo brasileiro foi crescendo alicerçado em alguns princípios que reverberam através dos doutrinadores de diferentes momentos e sentidos diversos.

Por tratar da influência desses elementos na aplicabilidade do direito administrativo, a noção de princípio é adotada diante de diversas discussões que versam acerca do assunto, uma delas traduzida por Odete Medauar, a partir das lições de Karl Larenz, como “fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico”⁸⁰.

O princípio da supremacia do interesse público é compreendido na doutrina clássica como um meio de solução de conflito de opções na atuação administrativa: ao se sobreposarem os interesses em conflito em definido caso concreto, deve primar a solução que vise o bem de toda a coletividade. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, une-se a supremacia do interesse público com a situação de indisponibilidade dos referidos interesses que são chancelados pelo chamado “poder de polícia administrativa”, o qual permite que o Estado, unilateralmente, regule sua autonomia da vontade a fim de que os efeitos decorrentes estejam conforme com o interesse do Estado, representante da sociedade⁸¹.

Numa releitura e de comum acordo com o posicionamento do autor, também o tenho numa visão da união dos dois princípios norteadores da Administração Pública em consonância de forma a atender a coletividade habitada num mundo de relações globalizadas e necessidades diversas, que também carece desta consensualidade que tem sido modelo de sucesso em países desenvolvidos.

Ademais, agrega-se a importância da observância do princípio da eficiência, na resolução de conflitos na esfera da Administração Pública, tema que será abordado no próximo subitem.

1.2.2 Do princípio da Eficiência na escolha do meio de atuação e resolução de conflitos

⁸⁰LARENZ, Karl. *Derecho Justo* (trad. Luiz Díez-Picazo). Madrid: Civitas, 1985, p. 14 apud MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 133.

⁸¹BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Público* n. 2. São Paulo: RT, 1967, p. 13-14.

A incumbência de eficiência da administração é normalmente considerada para amparar o acatamento de meios de solução de conflito alternativos ao Judiciário, sejam adjudicatórios ou consensuais ⁸².

Aponta Luciane Moessa de Souza, que o princípio da eficiência como fundamento para a adoção de meios consensuais, os conflitos sejam resolvidos da forma que melhor apresente a relação custo-benefício, segundo o menor custo, no menor tempo, menor desgaste para a relação das partes e melhores resultados para ambos. Afirma ainda, que é dever do Poder Público disponibilizar tais métodos de solução de conflitos, não sendo, contudo, os particulares obrigados a neles tomar parte, podendo optar pela via judicial se assim entenderem mais apropriado ⁸³.

O estudo acerca dos aspectos do princípio da eficiência, inserido na Constituição Federal (CF), conforme o escopo da Administração e do Direito. Como ponto de partida e sob o entendimento da ciência administrativa, faz-se precisa a constatação dos clássicos conceitos de eficiência e eficácia e de outro mais atual, a efetividade. A partir desse alicerce, pondera-se o entendimento da ciência jurídica na introdução do princípio da eficiência na CRFB/1988.

Segundo o ensino de Idalberto Chiavenato, toda organização deve ser analisada sob o escopo da eficácia e da eficiência, ao mesmo tempo, a saber, a eficácia ⁸⁴.

[...] uma medida normativa do alcance dos resultados, enquanto eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo”. A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível. À medida que o administrador se preocupa em fazer corretamente as coisas, ele está se voltando para a eficiência (melhor utilização dos recursos disponíveis). Porém, quando ele utiliza estes instrumentos fornecidos por aqueles que executam para avaliar o alcance dos resultados, isto é, para verificar se as coisas bem feitas são as que realmente deveriam ser feitas, então ele está se voltando para a eficácia (alcance dos objetivos através dos recursos disponíveis).

⁸²LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública**. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 99

⁸³SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público**: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. Revista do Advogado. São Paulo, AASP, n. 123, ago.2014, p. 162-169, p. 163.

⁸⁴CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa**: pessoas, organizações e sistemas. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 67-76.

A eficiência não se incomoda com os fins, mas com os meios, ela se coloca nas operações, com vista voltada para os aspectos internos da organização. Logo, quem se preocupa com os fins, em atingir os objetivos é a eficácia, que se insere no êxito do alcançados objetivos, com foco nos aspectos externos da organização⁸⁵.

O autor menciona que nem sempre se é eficiente e eficaz ao mesmo tempo. Uma organização pode ser eficiente e não ser eficaz e vice-versa. A melhor forma é ser igualmente eficiente e eficaz.

Segundo Chiavenato, utiliza de exemplos para diferenciar os conceitos: eficiência é ir à igreja, enquanto eficácia é praticar os valores religiosos; eficiência é rezar, enquanto eficácia é ganhar o céu; ou ainda utilizando outro exemplo, para a copa do mundo de futebol, eficiência é jogar futebol com arte, enquanto eficácia é ganhar o jogo.

De acordo com Torres⁸⁶, os conceitos na esfera pública “a eficácia basicamente, a preocupação maior que o conceito revela se relaciona simplesmente com o atingimento dos objetivos desejados por determinada ação estatal, pouco se importando com os meios e mecanismos utilizados para atingir tais objetivos”. “Já a eficiência nesta esfera é mais importante que o simples alcance dos objetivos estabelecidos é deixar explícito como esses foram conseguidos. Existe claramente a preocupação com os mecanismos utilizados para obtenção do êxito da ação estatal, ou seja, é preciso buscar os meios mais econômicos e viáveis, utilizando a racionalidade econômica que busca maximizar os resultados e minimizar os custos, ou seja, fazer o melhor com menores custos, gastando com inteligência os recursos pagos pelo contribuinte”.

Atualmente, a literatura especializada incorporou um terceiro conceito, mais amplo que eficiência e eficácia. Trata-se da efetividade, especialmente apropriada para a administração pública.

A efetividade, na esfera pública afere em que medida os resultados de uma ação trazem benefício à sociedade. Ou seja, ela é mais abrangente que a eficácia, na medida em que esta indica se o objetivo foi atingido, enquanto a efetividade mostra se aquele objetivo trouxe melhorias para a população visada.

De acordo com Torres, “a efetividade é o mais complexo dos três conceitos, em que a preocupação central é averiguar a real necessidade e oportunidade de determinadas

⁸⁵ CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa**: pessoas, organizações e sistemas. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 70

⁸⁶ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. 224 p

ações estatais, deixando claro que setores são beneficiados e em detrimento de que outros atores sociais. Essa averiguação da necessidade e oportunidade deve ser a mais democrática, transparente e responsável possível, buscando sintonizar e sensibilizar a população para a implementação das políticas públicas. Este “conceito não se relaciona estritamente com a idéia de eficiência, que tem uma conotação econômica muito forte, haja vista que nada mais impróprio para a administração pública do que fazer com eficiência o que simplesmente não precisa ser feito”.

Conforme a introdução do princípio da eficiência na Constituição Federal, através da Emenda Constitucional n.º. 19 representou um marco para a administração pública brasileira. Assim, significa uma verdadeira mudança de paradigma e a possibilidade de importantes avanços para Poder Público. Com ela, têm-se a anuência para se seguir no Brasil as melhoras gerenciais. Esta referida contém numerosos artigos com significativas novidades e expressamente Princípio da Eficiência, conforme o “Art 37- A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Nesse momento, ao analisar o texto constitucional, cabe recurso aos ensinamentos da Ciência Jurídica.

No entendimento de Hely Lopes de Meirelles, relata⁸⁷:

[...] o Princípio da Eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros.

Nos ensinamentos de Maria Sylvia di Pietro, trata da mesma definição usada por Meirelles e insere definição dada por Carvalho Simas, que esse dever de eficiência equipara ao dever de boa administração do preceito italiano, que já é usado entre nós, por meio da Reforma Administrativa Federal do Dec. Lei 200/67, quando jugula toda a atividade do Executivo ao controle de resultado, fortalece o sistema de mérito, sujeitando a administração à eficiência administrativa e recomendando a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso.

⁸⁷ Meirelles, 2002, p.94

A autora ainda diz tratar-se de idéia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. Com esse objetivo estão sendo idealizados institutos, como os contratos de gestão, as agências autônomas, as organizações sociais e tantas outras inovações com que depara o administrador a todo o momento.

A base constitucional estabelece a diferença entre eficiência e eficácia. É o que fica notória com a leitura do artigo, que trata de um sistema de controle interno integrado entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, inciso II: “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária. Nessa esteira, conclui-se que a CRFB/1988, ao tratar do princípio da eficiência, não faz menção à eficácia, nem tampouco à efetividade. Surge então um questionamento fundamental. É viável ou mesmo desejável um Estado eficiente, mas que não seja eficaz nem efetivo? É claro que a resposta é negativa. Toda a moderna teoria gerencial sobre o Estado e, mais ainda, todas as ações do Estado devem ocorrer no sentido de que os objetivos desejados pela administração devam ser alcançados, com os melhores meios possíveis, atendendo às necessidades da população visada. Portanto, dizer que a Constituição naquele momento se referia somente aos meios é um contra-senso. Ou seja, para alguns autores o legislador, ao anunciar o princípio da eficiência, estaria englobando também os princípios da eficácia e da efetividade, ou, pelo menos, o primeiro. Os três ou dois princípios estariam condensados em um só. Seria como afirmar que os Constituintes não conheciam ou não levaram em conta a diferenciação oriunda da Ciência Administrativa.

Trilhando essa vertente se avista a solução. O artigo 74 data da redação original da Constituição. Sempre o tema de Controle Interno sofreu muita influência da Ciência da Administração. Daí a menção à eficiência e eficácia. Já a redação da EC 19 se deu em outra realidade. O que se buscava era a modernização da administração pública. Uma mudança de paradigmas do modelo burocrático, que se preocupava principalmente com meios, para o modelo gerencial, com ênfase em resultados.

1.3 Mediação como Método de Autocomposição de Disputas

No entendimento de Carnelutti, o conflito de interesses é o componente material da disputa, determinada como o conflito atual e intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida⁸⁸.

⁸⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Tradução da quinta edição italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: **Ediciones Jurídicas Europa-América**, 1973, p. 56.

Análogo, Alcalá-Zamora Y Castillo consideram litígio – termo que utiliza em sentido bastante assemelhado ao de lide, em Carnelutti – como o conflito juridicamente transcendente que constitua ponto de partida de um processo, de uma autocomposição ou de uma autotutela⁸⁹.

Frente ao conflito, três atitudes essenciais podem ser tomadas por aquele que busca uma pretensão: é capaz suportar a sua insatisfação, oficializar acordo que garantia seu exercício, mesmo que parcial ou capaz de pleitear a sua satisfação, hipótese em que ambos envolvidos passam a ser satisfeitos.

Nesse contexto, o Estado, no exercício do Poder Jurisdicional, coloca-se à disposição do jurisdicionado para receber a sua pretensão e, se for o caso, reconhecer o direito e outorgar o bem da vida pretendido. Esse poder, função e atividade do Estado⁹⁰, a atual doutrina processual intitula prestação de tutela jurisdicional. Portanto, o método estatal utilizado como legitimador do funcionamento da jurisdição é o processo, entende-se, como a ordenação sucessiva de atos, praticados em contraditório, voltados ao reconhecimento e à satisfação de direitos⁹¹.

Do ponto de vista da partida para o desempenho da jurisdição, o conflito é juridicamente transcendente. A tenacidade dessa premissa é relevante, para os fins desta dissertação vez que, dentre os institutos essenciais do direito processual, a doutrina tem a predisposição de orientar para o estudo do processo estatal, da ação e da defesa, sem valer-se da questão de que o processo não é a única técnica capaz de solucionar conflitos⁹².

Diante do insucesso do atual estágio de desenvolvimento do movimento teórico de acesso à justiça⁹³ indica para a necessidade de se investigar a possibilidade de utilização de outras técnicas para a resolução de conflitos individuais e coletivos.

⁸⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. 3. ed. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 18.

⁹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 150.

⁹¹ É justamente sobre esses quatro pilares – jurisdição, ação, defesa e processo – que se desenvolveu a teoria geral do processo. Nesse sentido: DINAMARCO, Candido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I, p. 245-298.

⁹² Na realidade, a oferta de tutela jurisdicional por meio do processo estatal para toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos constitui garantia constitucional de importância e campo de atuação inquestionável. Mais do que isso, a convicção por parte do jurisdicionado, tanto daquele que detém a pretensão como daquele que a elaresiste, de que, se necessário, receberá do Estado-juiz tempestiva tutela jurisdicional é imprescindível.

⁹³ Trata-se da chamada terceira onda renovatória do movimento em que os esforços se voltam à superação do obstáculo processual, diante da constatação da inadequação dos tipos ordinários de procedimento para atender a todos os tipos de conflitos que emergem da sociedade moderna. (CAPPELLETTI, Os métodos extrajudiciais..., p. 84).

A sociedade e a própria Justiça trilham, ao encontro de formas pacificadoras de resolução das demandas, através de instrumentos de ação social participativa. E neste raciocínio, introduz-se toda filosofia e o próprio idealismo daqueles que estão empenhados em mudanças razoáveis e factíveis para que outras perspectivas se abram para a sociedade em geral, devido à facilitação do acesso à Justiça, com a utilização de meios e instrumentos pacificadores como a conciliação, amediação e a arbitragem, com todos os desdobramentos deles derivados⁹⁴. Direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e as soluções efetivas.

A mediação é um método que atua, também, como pacificador social na medida em que promove uma nova cultura. Enquanto uma sentença judicial ou decisão administrativa tende a gerar um sentimento de derrota no sucumbente, o qual irá procurar os meios cabíveis para reverter a situação, uma autocomposição, alcançada por meio da mediação, tende a por fim ao problema efetivamente, gerando uma mútua satisfação entre as partes.

A difusão da mediação como forma de resolução de conflitos fez com que esse instituto surgisse em diversos âmbitos, tais como empresarial, familiar e corporativo institucional. Há, ainda, duas relevantes divisões, quais sejam, a mediação judicial e a extrajudicial.

Para o presente estudo, mediação judicial é aquela que acontece no âmbito das causas propostas perante o Poder Judiciário, podendo ser endoprocessual ou pré-processual. A primeira é a que ocorre quando já há uma ação judicial em curso, e a segunda ocorre quando ainda não foi ajuizada a ação, havendo apenas a pretensão por parte do jurisdicionado. Por outro lado, a mediação extrajudicial é aquela que ocorre fora do âmbito judicial, podendo ser particular ou pública.

Assim, além da construção de um acordo mutuamente satisfatório, o que já é um fator de pacificação social, a mediação age de forma pedagógica ensinando às partes que a resolução de um conflito de forma pacífica pode ser extremamente mais benéfica para ambas as partes.

Após essa explanação sobre a mediação, como forma de resolução de conflitos, será estudada a base que ancora a estrutura do judiciário.

A mediação é um instrumento da desjudicialização e efetividade na resolução de conflitos. A sociedade, de forma quase generalizada, tem a prática costumeirada buscar no

⁹⁴CONCILIAR BRASIL. “Centro de conciliação e julgamento” 2006.

Judiciário a prestação jurisdicional, a conhecida e denominada da judicialização, por crer ser a fonte ímpar de acesso à Justiça, uma verdadeira cultura do litígio que desencadeou uma quantidade exorbitante de processos, deixando o Judiciário a cada dia mais moroso e ineficiente.

A desjudicialização trata acerca de facultar às partes buscarem a solução de seus conflitos extrajudicialmente, que tenham por objeto direitos disponíveis na busca de soluções sem a tramitação habitual dos tribunais, considerada morosa. Na desjudicialização, é possível transpor atribuições do Poder Judiciário, portanto, positivadas na legislação como de sua exclusiva competência, para as esferas extrajudiciais, permitindo que esses órgãos possam realizá-las por meio de procedimentos administrativos.

Faz-se necessário assegurar ao cidadão a contribuição de uma tutela jurisdicional efetiva, de forma que alcance o direito fundamental de acesso à Justiça. Diante da dificuldade do Judiciário em atender com prestígio às demandas judiciais, bem como da necessidade de achar soluções eficientes, a desjudicialização tornou-se uma realidade no Brasil, com a criação de leis que favorecem o acordo amistoso de conflitos sociais através dos meios alternativos extrajudiciais para contribuir com o Poder Judiciário.

Os meios alternativos representam uma significativa contribuição do legislador para atenuar o volume de processos e soluções céleres pretendidas. Como visto, a desjudicialização é um meio de aliviar o Judiciário frente à contínua litigiosidade das relações sociais, cada vez mais complexas e em constantes transformações.

Nos ensinamentos da Ada Pellegrini Grinover, a crise da Justiça, representada especialmente por sua inacessibilidade, lentidão e custo, põe imediatamente em destaque o primeiro objetivo almejado pelo renascer da conciliação extrajudicial: a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certos instrumentos institucionalizados de conciliação, ainda que facultativos.

Tais considerações averiguadas afirmam que os meios alternativos são instrumentos da desjudicialização e de desobstrução do Judiciário. Vê-se que a mediação entre particulares e órgãos estatais atende à moderna concepção de celeridade, efetividade e justiça, visando a participação de todos os litigantes resguardando a segurança jurídica.

Alguns meios de resolução de conflitos têm como características a flexibilidade, a informalidade, a confidencialidade e a autonomia. São métodos que apresentam abordagens mais eficazes e de inferiores custos em relação aos métodos judiciais, conhecidos como Métodos Adequados de Solução de Conflitos – MASC, ou, em inglês, Alternative Dispute

Resolution – ADR. Usando o Poder Judiciário como paradigma para a resolução de conflitos, os MASC se mostram consideravelmente mais satisfatórios.

Entre as modalidades de MASC mais utilizadas (arbitragem, conciliação, mediação e negociação), a presente pesquisa cuida da mediação.

A palavra mediação, que no latim é *mediare*, é um instrumento de resolução de conflitos dirigido pela voluntariedade, informalidade e confidencialidade, dependendo da autodeterminação das partes envolvidas, que buscam uma solução ponderada e eficaz. Tal solução é alcançada através do auxílio do mediador, um terceiro, neutro, imparcial e independente, que tem como função a facilitação do diálogo entre os envolvidos na demanda.

Desta forma, Maurício Delgado, assim expõe: “Mediação consiste na conduta pela qual determinado agente, considerado terceiro imparcial em face dos interesses contrapostos e das respectivas partes conflituosas, busca auxiliá-las e, até mesmo, instigá-las à composição, cujo teor será, porém, decidido pelas próprias partes. A mediação é realizada por agente externo às partes em dissenso, que se possa considerar como efetivo terceiro em contraponto a elas e seus interesses, dotado, assim, da necessária imparcialidade em relação ao litígio enfrentado”.

O trâmite mediatório abarca peculiaridades que merecem apreço. A mediação é a transigência dos particulares que buscam resolver suas demandas sem a intervenção do Poder Judicial Estatal. Esse mecanismo vai exigir que as partes tenham o objetivo de restabelecer a comunicação entre elas (mediador) surge quando falta diálogo e/ou confiança, o que impede que os envolvidos cheguem a uma solução eficiente e bem sucedida.

Acerca dos poderes do mediador esclarecem que esse personagem não tem poder de decisão, sendo seu papel o de incentivador à resolução do conflito. A mediação se constitui na participação de um terceiro que não possui poder de decisão.

Para Luana Pedrosa de Figueiredo⁹⁵ o mediador deve orientar as partes no sentido de uma composição, mas, diante da impossibilidade, não há nada que se possa fazer.

No procedimento mediatório, as partes, fazendo uso de sua liberdade, autonomia, consciência e espontaneidade, trazem um terceiro qualificado (mediador), que será responsável pela condução do processo de mediação e agirá de forma neutra e imparcial, buscando facilitar o processo de comunicação e negociação entre os envolvidos. O mediador desenvolve seu trabalho na busca de auxiliar e conduzir as partes para a promoção de restabelecer a comunicação e o diálogo; chegar a uma solução possível; preservação das

⁹⁵ Cruz, Luana Pedrosa de Figueiredo. **A mediação como instrumento de desjudicialização e efetividade na resolução de conflitos**, 2018.

relações mantendo a relevância para o presente e o futuro (CPC / 2015, art. 165, § 3º). O mediador auxilia para a ocorrência do respeito mútuo, visando à facilitação da comunicação das partes, levando-os a um diálogo participativo, pacífico e efetivo que possa levar à solução satisfatória da demanda.

A existência da negociação é o ponto importante da mediação, posto que, para que haja mediação, os envolvidos devem negociar. Como apresentado por Calmon, “ou a mediação interfere em uma negociação sem perspectiva de resultado positivo, ou interfere em uma disputa sem diálogo, com vistas a proporcionar o início de uma negociação profícua”. Sua essência é a negociação que se utiliza um terceiro imparcial que, através de procedimentos eficazes de negociação, ajuda as partes a coordenarem suas atividades para que sejam mais eficientes em suas pretensões.

Mensurando a mediação como um método facilitador da comunicação entre os comprometidos no conflito para o alcance de uma solução consensual, entende que a mediação viabiliza às partes visualizarem meios alternativos para a resolução do conflito, sendo a protagonista para uma solução amistosa, em que a característica de conflitualidade, encontrada nos litígios judiciais, é substituída pela busca do aprimoramento das relações sociais, transformando a qualidade das interações das partes no conflito existente.

1. 3.1 A Mediação como âncora da estrutura do Judiciário na caoticidade da Justiça

Sabe-se que o Poder Judiciário vem encarando uma caoticidade e coabitando com uma grande crise, desta forma contribuindo para dificultar o acesso da sociedade à justiça. Por força legal o Poder Judiciário possui o abarcamento da jurisdição. A Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XXXV traz esta prerrogativa, com o objetivo de garantir que todos sejam tutelados pelo judiciário de forma igualitária, sem distinções, evitando que a parte mais forte imponha sua força e faça prevalecer a sua vontade.

Nesse viés, o Estado delegou ao Poder Judiciário a exclusividade estatal para resolver os litígios. A jurisdição trata o conflito com base na aplicação do direito positivado.

Quando o conflito é levado à apreciação do Poder Judiciário, o poder público acaba substituindo as partes com base na própria lei e em seus princípios universalmente aceitos. O Judiciário, no entanto, está

perdendo o monopólio ante a explosão da litigiosidade e da burocracia estatal, um dos fatores que alimentam a crise do Poder Judiciário⁹⁶.

O meio adotado pelo Estado da jurisdição, visa a limitar o poder do mais forte, os abusos e o uso de uma justiça privada, garantindo aos indivíduos certa tranquilidade na solução dos conflitos, permitindo que a sociedade mantenha uma convivência pacífica⁹⁷. Segundo leciona Antônio Álvares Silva no quesito à solução dos conflitos pelo Poder Judiciário⁹⁸:

Tais dissídios têm que ser resolvidos sob pena de haver um colapso social, pois, sem sua solução, cada um faria justiça com as próprias mãos, instituindo-se o reino da força e o império dos mais fortes. Neste caso, há que chamar um terceiro isento para resolvê-los que, analisando a controvérsia e os fatos em que baseia, dê uma solução justa, até onde for possível, à questão. Esta é a matriz político-social do Judiciário e sua função em todas as sociedades: resolver questões entre os membros de uma sociedade, impedindo as soluções de força ou a imposição da vontade do mais forte.

Além da crise judiciária atual, há também uma crise na estrutura que o mantém. Ao longo dos anos a sociedade vem enfrentando diversas mudanças no âmbito cultural e no direito propriamente dito.

Surgem várias novas demandas, milhares de novas questões que são levadas ao Judiciário diariamente, no entanto, este tem demonstrado ser ineficaz de resolver a todas que lhe são apresentadas. Acarreta-se um número vultoso de processos e da forma da aplicação processual, resulta na morosidade e lentidão.

Assim, cada vez, mais o Judiciário está afastado do real interesse social, uma sociedade em constante mudança e inovações, na qual novos direitos e conflitos surgem todos os dias.

⁹⁶SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, F Teobaldo. **A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos**. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, F Teobaldo (Org.). **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. 1.ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012. P.43

⁹⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. pag 78

⁹⁸SILVA, Antônio Álvares da. **Poder judiciário – crise e reforma**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~bacp/artigos/alvares006.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2018

Desta forma o judiciário, com estrutura tradicionalmente clássica e conservadora enfrenta óbice para se adequar a essa nova realidade, criando na sociedade dúvidas em relação à eficácia das leis e na justiça como meio efetivo de solução dos conflitos⁹⁹.

Com isto a morosidade, o custo oneroso e a burocratização dos processos, os que julgam que, em alguns casos, deixam de aplicar o que os códigos estabelecem os empecilhos em conseguir o benefício à justiça gratuita, acabam também se tornando óbice para o acesso à justiça, retirando o Poder Judiciário dos cidadãos.

Concomitantemente em que o acesso à justiça é marcado por inúmeras dificuldades, cresce desordenadamente o número de litígios, próprios das comunidades modernas, terminando por sobrecarregar o Poder Judiciário¹⁰⁰.

Em tempo moderno globalizado, onde o imediatismo ainda está atrasado, a urgência banalizou-se, porque as respostas por inúteis que sejam precisam ser imediatas, vedado perder tempo. Assim espera-se que o Poder Judiciário aja com eficiência, solucionando os litígios rapidamente e de maneira eficaz.

Na lição de Fabiana Marion Spengler¹⁰¹.

As relações sociais contemporâneas sofreram profundas mudanças em sua configuração, colocando em xeque as tradicionais instituições modernas, o próprio Estado e sua(s) estratégia(s) organizativa(s) sob o modelo da especialização de funções [...]

Atualmente, a tarefa de “dizer o Direito” encontra limites na precariedade da jurisdição moderna, incapaz de responder às demandas contemporâneas produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente, permitindo o aumento da exploração econômica, caracterizada pela capacidade de produzir riscos sociais e pela incapacidade de oferecer-lhes respostas a partir dos parâmetros tradicionais.

Quanto ao exacerbado volume de processos que sobrecarregam o Judiciário, isso se deve a uma cultura do conflito, que foi cultivada pela sociedade frente à Constituição Federal de 1988, que prevê a garantia de acesso à justiça, o que paradoxalmente ensejou atualmente

⁹⁹FARIA, José Eduardo. **Introdução: o judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico**. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1.ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994. p.89

¹⁰⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional – guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁰¹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010. p.25

um tipo “balcão de demandas”, por vezes, efêmeras e fúteis, mero aborrecimento passível de abstração, torna-se, mais um processo, para o gargalo judicial.

A banalização e exiguidade social consolidam no uso do Judiciário com meio de obtenção satisfatória de qualquer espécie de intempérie, para exercer o seu direito de cidadão. Paralelamente, fatores relevantes impedem da garantia e do amplo acesso à justiça.

Na prática há certos entraves a isso, impedindo que muitos cidadãos tenham acesso a uma justiça realmente efetiva. Nas lições de Cappelletti e Garth¹⁰², “o acesso à justiça pode ser considerado como o mais básico dos direitos humanos, entretanto os principais obstáculos a ele são de ordem econômica ante ao alto custo dos processos (principalmente em relação às pequenas causas), a possibilidade das partes (disparidades), a conjuntura processual, o tempo do processo e o surgimento dos interesses difusos”.

O garantismo por si só, não resolve o acesso à justiça; é preciso que o Estado assegure que esse acesso à justiça seja realmente efetivo, que a prestação jurisdicional seja de maneira adequada, com respeito aos direitos dos litigantes e a um processo adequado e eficaz. No entanto, o Estado já não consegue atender mais aos interesses dos cidadãos que recorrem a sua prestação jurisdicional buscando a solução do conflito. Nesse norte, quanto à dificuldade do acesso à justiça Mancuso,¹⁰³ afirma que:

[...] a rigor, o problema não está (ou ao menos não tanto) na singela questão do acesso à Justiça (já que a instância estatal hoje é alcançável por diversas vias, valendo lembrar que o necessitado – não só ao ângulo econômico, mas até mesmo o carente organizacional – beneficia de “assistência jurídica integral e gratuita”: (CF/1988, art. 5º, LXXIV), e, sim, nos modos e meios pelos quais o Estado haverá que assegurar a finalidade última do processo, qual seja a composição justa e tempestiva do conflito disponibilizado, ou, se quiser: o acesso à ordem jurídica justa.

Ainda, a mediação como forma atuante da democracia na Administração Pública participativa, a ser discutida no próximo item.

1. 3.2 A Mediação como meio de atuação da Democracia da Administração Pública à Democracia Participativa

102 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988

103 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.197.

No Brasil, o processo de democratização em curso há três décadas e institucionalizado pela Constituição Federal de 1988 não foi capaz de apagar uma história marcada por práticas clientelistas, patrimonialistas e diversas outras formas de apropriação do espaço público por interesses privados, combinadas com desigualdade e exclusão social — enfim, com uma cidadania extremamente limitada¹⁰⁴.

Desta forma “analisando esse fenômeno a partir, da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, segundo Nobre cunhou o conceito de “pemedebismo”¹⁰⁵, que designa uma “cultura política” caracterizada por bloqueios a quaisquer tentativas de reformas estruturais e avessa à interferência direta da população, pois isso poderia ameaçar interesses historicamente hegemônicos¹⁰⁶.

Diante disso os teóricos da democracia participativa defendem a combinação do sistema representativo com organizações de democracia direta Bonavides¹⁰⁷, Comparato¹⁰⁸, Silva¹⁰⁹, especialmente no nível político local e nas decisões da esfera do trabalho Held¹¹⁰.

Em sua obra Bonavides, conceitua a democracia como “aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou

104 Disponível em pesquisa no: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612148181> . Acesso em 20 de out 2018.

¹⁰⁵O Nobre define o pemedebismo em cinco características fundamentais: 1) governismo, ou seja, independentemente de qual orientação ideológica do governo federal, é preciso sempre permanecer no poder; 2) produção de super maiorias legislativas, isto é, supõe-se que, para governar, é necessário conquistar uma ampla base de apoio no Congresso Nacional; 3) funcionar como um sistema de vetos; 4) impedir a entrada de novos membros no poder, tornando o bloco governista pouco ou nada plural; e 5) evitar o conflito aberto, solucionando as disputas nos bastidores da política. Convém notar a discrepância entre a definição de democracia e a de pemedebismo: se a primeira é definida como “modo de vida”, o segundo, como se vê, é explicado essencialmente em termos institucionais, precisamente a dimensão não analisada pelo autor. Disponível em :http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092015000300171. Acesso dez 2018.

¹⁰⁶Hegemonia é a influência dominante ou superioridade exercida sobre alguém. Trata-se de uma dominação total e incontestável, que pode ser social, cultural, econômica ou ideológica e que impõe a autoridade de um grupo, de um país ou de um estado, sobre outro(s).

Apesar de a palavra estar associada, desde a Grécia Antiga, à supremacia militar e política de algumas cidades-estado sobre outras, o conceito foi alargado, no século XIX, descrevendo o imperialismo de alguns países ocidentais sobre colônias africanas e asiáticas. Já no século XX, o marxista italiano Antonio Gramsci definiu a hegemonia do ponto de vista da luta de classes, sobretudo da burguesia sobre a classe trabalhadora (o proletariado). Nos estados modernos, a hegemonia pressupõe o consenso com os interesses da sociedade civil e a hegemonia é essencialmente a capacidade de influenciar decisivamente as decisões (políticas e econômicas) na ordem internacional. <https://www.lexico.pt/hegemonia/> acesso 20 de agosto 2018.

¹⁰⁷107 BONAVIDES, Paulo. **A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante**. In: BENEVIDES, Maria V. M.; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu (Org.). *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 825-840

¹⁰⁸COMPARATO, Fábio K. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. P636

¹⁰⁹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 130-147.

¹¹⁰HELD, David. **Cosmopolitanism: ideas, realities and deficits**. In: HELD, David; MC GREW, Anthony. *Governing globalization: power, authority and global governance*. Cambridge, UK: Polity, 2007. p. 229-237.

indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, asaber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo”¹¹¹. O referido autor parte da concepção de democracia consagrada por Lincoln, como sendo um governo do povo, pelo povo e para o povo¹¹².

Diante deste quadro, Bonavides propõe a implementação de uma verdadeira democracia participativa, cuja estrutura organizacional se assenta, dentre outros, no princípio da soberania popular. Como bem sintetiza esse doutrinador, “não há democracia sem participação”¹¹³. Tal democracia participativa se concretiza por meio de mecanismos de exercício direto da vontade geral e democrática, vindo a restaurar e a repoliticizar a legitimidade do sistema¹¹⁴.

Desta forma a democracia participativa sempre será articulada com a representativa. Até mesmo como aponta Macpherson¹¹⁵, “alguém deve formular as questões” a serem decididas, e a complexidade da administração e da sociedade em geral não permite reduzir as possibilidades de respostas a “sim” ou “não”, notadamente em matéria de política econômica ou social.

O direito administrativo brasileiro passa transformações mormente em sua metodologia: “passa-se à admissão de uma postura instrumental do direito administrativo, em que importa cada vez mais a funcionalidade das normas e dos institutos à pesquisa e à gestão pública”¹¹⁶.

Nesta esteira metodológica, surgiu o recorte da “consensualidade” entre os administrativistas. Os fatores que impulsionaram ao debate em torno do tema no Brasil, inspirado pelas discussões passadas na Europa Continental, são a democracia substantiva, a contratualização da atuação da administração, e a eficiência como diretriz dessa atuação¹¹⁷.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 13.

¹¹² Id. Ciência política. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 267.

¹¹³ Id. Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 51

¹¹⁴ BONAVIDES, op. cit., 2001, p. 22.

¹¹⁵ MACPHERSON, Crawford Brough. **A democracia liberal**: origem e evolução. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 99-101

¹¹⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador, Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009, p. 11

¹¹⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**, p. 82-83.

De acordo com lição de Segundo Justino de Oliveira, a inserção da consensualidade na pauta de discussão dos administrativistas se fundamenta na modificação da visão da função do Estado¹¹⁸.

Explica-se ainda o autor que as bases do direito administrativo brasileiro são achadas na opinião liberal de Estado do século XIX, daí que institutos e conceitos vigentes até hoje foram alicerçados. Criou-se uma ação administrativa própria por intermédio dos atos administrativos repletos de imperatividade, emanado a dualidade autoridade-liberdade, visto como opostos. Ainda o autor, aponta que é o momento da administração autoritária, grifada pela desigualdade entre administração e administrados e pela incumbência de autoridade aos seus agentes. Denominada um modelo que tinha como meta assegurar o poder político através de instrumentos jurídicos, no entanto, que não protegia os interesses dos indivíduos¹¹⁹.

O papel estatal, não obstante, altera-se de impositiva para garantir os direitos fundamentais e mediador. “O Estado mediador deve não apenas estabelecer canais de participação com indivíduos e grupos sociais, mas também de compor interesses públicos e privados em jogo, incluindo os cidadãos no processo de definição do conceito de interesse público”. É um modelo que se sobrepõe ao modelo de Estado como mero titular do poder de império¹²⁰.

Visto os diversos meios de atuação possíveis do Estado, no próximo item aborda-se a aplicabilidade institucional e procedimental da mediação na esfera pública.

2 - DA APLICABILIDADE INSTITUCIONAL E PROCEDIMENTAL DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A admissão da metodologia autocompositiva de conflitos envolvem numa mudança cultural significativa, provavelmente exigirá anos e preparação até que desenvolva em sua total pretensão. Faz-se necessário que seja mensurado no dia a dia, que a solução consensual de conflitos vem sendo legitimada desde a Constituição Federal de 1988.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A Administração consensual como a nova face da Administração pública no século XXI**: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 211-231, p. 218.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A Administração consensual como a nova face da Administração pública no século XXI**, p. 218-219.

¹²⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A Administração consensual como a nova face da Administração pública no século XXI**, p. 218-219.

O método de resolução pacífica de conflitos na esfera pública está alicerçado com fundamentos constitucionais, destaca-se o princípio de acesso à Justiça conforme art. 5º, XXXV, CF/88; o princípio da eficiência no art. 37, caput e o Princípio Democrático que é um dos fundamentos da nossa ordem constitucional vistos no art. 1º, da CF/88. Assim, sob estes rudimentos deve o Poder Público disponibilizar métodos de resolução consensual de conflitos, quando estiver litigando com particulares.

Há uma imediata obrigação de gerar e fomentar a instrução dialógica entre a Administração Pública e o administrado. Faz-se necessário dialogar com os administrados para viabilizar uma resolução precisa para o conflito. Esta inovação na forma de agir deve dar início pelos municípios, pois, é o ambiente onde diariamente o administrado vive, vida laborativa, faz suas relações com o poder político e onde, ocorrem os conflitos com o Poder Público circunscritos. A pacificação entre Administração e Administrado pode ser compreendido como “o grande esteio de todo o sistema autocompositivo. De acordo com Nunes, se for guiado com estratégia, leva a negociações integrativas e possibilita soluções inteligentes para os conflitos da vida”¹²¹.

Destarte mudanças fomentadas pela Lei 13.140/2015 e pelo novo Código de Processo Civil com a pretensão da autocomposição de conflitos em envolvam a pessoa jurídica de direito público aponta incitamentos a serem absorvido por todos, destaque de acordo com poucos pesquisadores, começar pelos municípios, especialmente pela Advocacia Pública. Assim, primariamente no local onde o cidadão lida cotidianamente, de passo a passo, do menor para o maior, busca-se a institucionalização da inovação da cultura jurídica no Brasil: a cultura de consensualismo público-administrativo.

Todos aqueles que atuam na esfera pública, precisam estar receptivos à cultura de solução pacífica de conflitos na Administração Pública, apta a reduzir custos e trazer celeridade na solução dos conflitos, inerentes ao interesse público. O poder estatal não pode ser omissor a inovação do sistema consensualista na resolução dos conflitos. Muitas e incontáveis as demandas sociais, pautas em diversos meios de comunicações, a sociedade grita por soluções inadiáveis, peremptórias e eficientes.

Destaca-se, a solução por meio da instrumentalização pujante da mediação, para atuar eficazmente no cenário conflituoso que encontra a sociedade. A participação incumbe a todos, a efetiva busca deste caminho que se abre diante da sociedade. Fora a omissão. Segundo lições de Leal, salienta que o Estado, por ocasiões, indefere as numerosas demandas sociais

¹²¹NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de mediação**: guia prático para conciliadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.39.

que aguardam soluções satisfativas. Outrora, projeta essas inquietudes sociais na clandestinidade e na ilicitude. Exemplifica-se como destaque o parcelamento clandestino do solo urbano, a violência, os sem-teto, a prostituição, o narcotráfico¹²².

É inadiável que o poder estatal conscientize e aprenda a administrar estes conflitos:

Deixa o Estado, assim, de compreender que administrar os conflitos da sociedade significa conservar a sociedade e ter, como legítima, a complexidade multifacetada de suas articulações e tensões; que não precisam ser extirpadas as diferenças identificadas no seu evoluir, mas impõe-se a gestão da diversidade em nome da harmonia e pacificação das relações sociais, evitando que a comunidade se desintegre. Na medida em que o Estado não é capaz de resolver os conflitos, ele perde a sua legitimidade, ou em outros termos, a questão da legitimidade desse Estado, torna-se um problema.

Visivelmente, o Judiciário está “administrando” o Estado e estabelecendo políticas públicas. Cotidianamente, o administrado litiga contra o Poder Público, com pedidos indenizatórios, demandas no que tange a atendimento a direitos sociais essenciais como medicamentos, procedimentos clínicos e cirúrgicos; diversas vagas no setor educacional, meio de transporte escolar; estipêndio para aluguel social; implantação em projetos habitacionais; dentre outros. Estes litígios poderiam obter solução por intermédio da mediação ou à conciliação extrajudicial. Para isto, exige-se uma metanóia, uma nova mentalidade e atuação na Administração Pública.

Um bom exemplo foi mensurado pelo CNJ, feita entre 1º de janeiro a 31 de outubro de 2011, que verificou que o Setor Público Municipal integrava na 3ª posição entre os 100 maiores litigantes no Poder Judiciário¹²³. Assim, demonstra a urgência de se averiguar detalhadamente as razões destas demandas volumosas e, por fim, criar soluções plausíveis e eficazes, a fim, de prevenir e solucionar os conflitos, que envolvam o município e o administrado.

A vicissitude do pensamento litigioso para autocompositiva como colocado no caso dos municípios, inicia com a gênese das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, em que os municípios carecerão organizar para este processo. De forma contundente, vê-se que a Lei 13.140/2015, no art. 32, determina a viabilidade da criação das respectivas câmaras, ocorre que o CPC/2015 traz uma ordem inescusável no art. 174, ao

¹²² LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.48.

¹²³Disponível em www.cnj.jus.br/imagem/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf

determinar que os entes públicos “criarão” os referidos órgãos de prevenção e resolução administrativa dos conflitos.

Por isto, todos os entes públicos necessitarão explorar e determinar o regulamento de implantação das câmaras, definindo sua composição e funcionamento. Cada ente precisará legislar sobre a matéria. Por consequente, as matérias apontam certo enredamento, há visto, que a legislação inova no tocante aos Municípios, desprovidos de experiências, de órgãos ou ações focadas para mediação.

No próximo item, versa-se sobre a delimitação imputada à mediação na esfera da administração estatal.

2.1 Da delimitação da mediação de conflitos

Para começar, cabe referir que o interesse pela mediação no Brasil teve início nos anos de 1990, por influência da legislação argentina editada em 1995¹²⁴. A iniciativa brasileira quanto ao tema se deu ocorreu com a proposição do Projeto de Lei nº 4.829/1998, de Zulaiê Cobra¹²⁵. No ano de 2002, na Câmara dos Deputados o projeto de lei foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu o nº PLC 94/2002. Ocorre em 2010, o CNJ editou a Resolução nº 125 manifestando as premissas da mediação. No ano de 2009 iniciaram os trabalhos de elaboração do novo Código de Processo

¹²⁴ HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

¹²⁵ Considera-se uma pessoa pública de importante relevância no tema abordado: “Zulaiê Cobra Ribeiro, nasceu em São José do Rio Pardo (SP), no dia 18 de novembro de 1943, filha de Manuel Gonçalves Ribeiro e de Maria Amélia Cobra Ribeiro. Formou-se pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC), de São Paulo em 1969. Nos anos 1980, foi assessora jurídica e sócia do SOS Mulher, Pronto Socorro da Mulher Paulista (1980-1983), coordenadora do I Encontro de Advogados de São Paulo, promovido pela seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (1983), integrante do Conselho Estadual da Condição Feminina do Estado de São Paulo (1983-1985) e vice-presidente da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo (1983-1986). No mesmo período tornou-se apresentadora do programa Direito da Mulher, na TV Record de São Paulo, tendo proferido palestras em vários congressos e seminários, entre os quais o II Congresso de Advogados Pró-Constituinte, ao qual compareceu representando o Conselho Federal da OAB (1985). Indicada pela OAB-SP e pelo Conselho Estadual da Condição Feminina, elaborou o texto do decreto que criou a Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher, a pedido do então secretário de Segurança Pública de São Paulo, Michel Temer. No pleito de outubro de 1998 candidatou-se à reeleição na legenda do PSDB e obteve uma suplência. Em novembro votou a favor do teto de 1.200 reais para aposentadorias no setor público, e dos critérios de idade e tempo de contribuição mínimos para os trabalhadores do setor privado, itens que definiram a reforma da Previdência. Deixou a Câmara ao término da legislatura, em janeiro de 1999. Com o pedido de licença de José Aníbal, em fevereiro seguinte, para assumir a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Desenvolvimento Econômico do estado de São Paulo no segundo governo de Mário Covas (1995-2001), assumiu o mandato de deputada federal no dia 9 do mesmo mês e foi efetivada em 20 de julho. Na legislatura 1999-2003 foi membro titular da Comissão de Constituição e Justiça e exerceu a vice-liderança do PSDB”. Disponível em <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/zulaie-cobra-ribeiro>, acesso de out 2018.

Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, em seu bojo valores e normas fundamentais de fomento a solução consensual dos conflitos.

Vistos os óbices teóricos à tomada dos meios autocompositivos pela Administração Pública suscitados do início das fundações teóricas e dogmáticas inerentes do Direito Administrativo, a saber: a legalidade estrita; a supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público.

Mostra-se, ainda que, os meios consensuais de solução de conflitos, adistritos benefícios como da celeridade e custos baixos bem discutidos, são aptos em levantar soluções plausíveis de suprirem ao interesse público e dotadas de estrutura que não comprometem abdicação de interesses.

Absorvidos tais obstáculos, acredita-se a inexistente da “indisponibilidade” ampla e irrestrita do “interesse público”, vez que, trata-se de cláusula geral de conteúdo laboriosamente identificado. Leva-se veemente em conta a finalidade pública específica de ato praticado pela Administração, como por exemplo, serviços a determinado interesse coletivo ou no que tange a direito fundamental, óbice de desvio. Desta forma, primando essa finalidade, contingente conflito pode ser integrado contanto que a salvguarde.

Embora, a Administração Pública não sujeita-se a vedação geral, de envolver-se em meios consensuais de solução de conflitos e atuar na autocomposição bilateralmente, condicionam-se a umas limitações. No entanto, não observa o idêntico comando de atuação atribuída ao particular, sujeita-se a definidas normas que objetivam garantir a satisfação do atendimento, da função administrativa e a subsistência da própria Administração em face circulação de interesses puramente particulares, dos administradores ou terceiros desprovidos de ligação com a realização do bem de todos ou de direitos fundamentais.

Mediante pesquisa empírica realizada pela Escola de Direito da FGV, em parceria com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), onde se investigou a possibilidade do uso da Dispute System Design (DSD) para litígios de interesse público, levantou-se algumas objeções advindas da participação de entes públicos, baseados na análise de questões conflituosas de vastadimensão, a saber: adimplemento de pagamento de dívidas por meio de precatório; das próprias limitações à negociação pela Administração; o amedrontamento em quanto à responsabilidade particular do gestor público, na força do efeito das leis de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa; da indisponibilidade do interesse público e a incerteza sobre a sua dimensão, que colaborou para que órgãos de controle e fiscalização, a exemplo o “Ministério Público e o Tribunal de Contas, variem de opinião de acordo com o casuísmo ou as impressões pessoais; inafastabilidade da jurisdição e

estímulo ao uso da via judicial; mobilização da burocracia da Administração pública, que impede uma resposta rápida ao conflito, pois não há mecanismos ágeis para obter autorização para uma decisão; dificuldade em assegurar a isonomia”¹²⁶.

Tais comedimentos insurgem como limitações à celebração de acordos, pois são desanimadoras que, além de não desprestigarem abertamente a autocomposição, na prática acarretam um obstáculo perante o Poder Público em alcançar a solução consensual.

Os pressupostos são parecidos às abordagens no trabalho no item acima e reiteradas na doutrina sobre o assunto. As questões que já foram tratadas como indisponibilidade do interesse público, neste capítulo tem como objetivo debruçar nessas limitações do ponto de vista teórico, investigar se a dogmática jurídica de fato induz a concepção de insuperáveis e, na medida do possível, averiguar a existência de soluções que viabilizem a utilização dos meios consensuais.

Certamente, para cada área de atuação da Administração Pública sejam órgãos de proteção ao meio ambiente, contratos administrativos, servidores públicos, área fiscal, arrecadação tributária dentre outros existem ressalvas devidas. Pretende-se listar as ressalvas de generalidade, que sejam úteis aplicáveis à Administração Pública e a diversas situações enfrentadas na prática gestora.

Adiante, aborda-se a distinção procedimental entre os meios autocompositivos.

2. 2 Distinção procedimental entre os meios autocompositivos: mediação, conciliação e negociação

A despeito da distinção entre a mediação e a conciliação embora não tenha efeitos práticos para este trabalho – que versa a institucionalização da mediação na administração pública – é relevante destacar que há importantes distinções a serem observadas entre a mediação, a conciliação e a negociação. Entre as duas primeiras e a negociação há uma diferença formal consistente na presença do terceiro imparcial (mediador ou conciliador), pois sendo a negociação bilateral há apenas uma relação entre as partes para a produção de um acordo. Trata-se da diferença entre a autocomposição direta, chamada negociação e a assistida, denominada mediação e conciliação.

¹²⁶CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro (coord.). **O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011, p. 14,75-76.

Segundo Gabbay¹²⁷ em sua tese de doutorado afirma que eventualmente a negociação pode também contar com a figura de um terceiro (negociação assistida), e as distinções mais substanciais recaem sobre a forma de atuação e capacitação deste terceiro, o tipo de conflito e a relação entre as partes, que influem diretamente nos objetivos das técnicas autocompositivas.

Ainda, afirma “a atuação do terceiro que pode ser mais ou menos ativa, facilitadora ou avaliativa¹²⁸ das possibilidades de acordo, situando-se os conciliadores entre aqueles mais ativos e diretivos da sessão, e que podem inclusive propor ideias de acordo às partes”.

A autora menciona que “a espécie de conflito e a relação contínua entre as partes são fundamentos relevantes na definição da técnica compositiva, pois a mediação tende a trabalhar mais profundamente as facetas do conflito e os interesses das partes que estão por trás das disputas, inclusive no âmbito emocional, para manter a relação entre elas, enquanto a conciliação tende a se dar no âmbito da disputa, muitas vezes limitada ao objeto do processo, quando na esfera judicial”¹²⁹.

Assim, na conciliação o mecanismo é mais simples e a sessão mais rápida, não se entra no mérito do caso, que é direcionado ao acordo, enquanto na mediação o acordo não é a meta, mas somente um dos resultados possíveis¹³⁰.

127 CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro (coor.). **O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011, p. 14,75-76

128 Segundo Wayne Brazil, quanto mais avaliativa e menos imparcial for a postura do mediador, maior é o risco de as partes litigarem e competirem para tentar “ganhar” a causa diante do mediador. BRAZIL, Waine. Continuing the Conversation about the current status and the future of ADR: a view from the Courts. *Journal of Dispute Resolution*, vol. 11, 2000, p. 33.

129 Segundo Wayne Brazil, quanto mais avaliativa e menos imparcial for a postura do mediador, maior é o risco de as partes litigarem e competirem para tentar “ganhar” a causa diante do mediador. BRAZIL, Waine. Continuing the Conversation about the current status and the future of ADR: a view from the Courts. *Journal of Dispute Resolution*, vol. 11, 2000, p. 33

¹³⁰A conciliação não requer relacionamento significativo no passado ou contínuo entre as partes no futuro, que preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim à controvérsia ou ao processo judicial: aplica-se ao caso de acidente de veículos e relações de consumo em que as partes não possuem vínculos afetivos, profissionais ou sociais e não conviveram e não irão conviver após aquele ato, somente necessitando de um terceiro que as ajude a refletir qual seria a melhor solução para a controvérsia, evitando os desgastes de uma batalha judicial. O objetivo maior da conciliação seria a composição das partes para pôr fim à demanda, quer judicial, quer extrajudicial. Cf. BRAGA, Reflexões sobre a Conciliação e a Mediação cit., pp. 489/491-492. Nesse mesmo sentido, Juan Vezzulla ressalta que a grande diferença ao escolher entre a conciliação e a mediação reside na existência ou não de relacionamento entre as partes (família, comerciantes com um longo trabalho conjunto, relações laborais, relações de vizinhança, relações contratuais em que as partes desejam manter o relacionamento). A sua existência exige um trabalho de mediação e a sua ausência ou a existência de simples relacionamentos circunstanciais sem desejo de continuação ou aprofundamento (acidentes de aviação, compra e venda de objetos, agressões entre desconhecidos) permitem a aplicação rápida e econômica da conciliação, que trata o conflito de forma menos aprofundada do que a mediação. Cf. VEZULLA, Mediação cit., p. 83.

No que diz a observação da conduta do terceiro imparcial frente à autonomia das partes, o conciliador pode avocar um lugar de poder, embora sem ter autoridade para determinar uma sentença às partes, as técnicas de que usa visam direcionar as partes à efetivação do acordo.

Esta situação é especialmente comum nas conciliações institucionais, como as que ocorrem no Judiciário, tanto nas sessões de conciliação dos juizados especiais quanto nas audiências de conciliação e julgamento presididas pelo juiz¹³¹.

O conciliador assume um papel na sessão de conciliação diferente daquele assumido pelo mediador na sessão de mediação, onde o protagonismo recai sobre as partes e em sua responsabilidade para decidir o conflito.

3. 2.1 Do campo de abrangência de Atuação do Ente Público

Sabe-se que pela abordagem da legalidade, ao longo deste trabalho, o desenvolvimento do progresso, do entendimento sobre a legalidade administrativa alcançou uma plataforma, em que a ação administrativa pode mesmo sem previsão explícita em lei, ser extraída das diretrizes mandamentais constitucionais.

Com base no brocardo da ponderação existem os que amparam o uso dos meios consensuais de solução de conflitos autônicos de manifesta outorga legal, frente ao princípio constitucional da eficiência que, ponderado com o princípio da legalidade em sentido estrito, melhor atenderiam à concretização do interesse público primário¹³².

Questiona-se acerca do tema interesse público, necessário em litígio que envolvam a Administração Pública, é lícito um acordo pactuado livre de autorização legal? Assim, há que questionar-se: o mecanismo a ser usado deve ter outorga legalmente direcionada específica ao ente público? Outra, o teor do combinado deve estar determinado na Lei? E por último, a parte capaz deve estar no rol dos elencados pela lei? Pretende-se, responder de forma satisfatória de acordo com a literatura pesquisada, quanto ao primeiro questionamento, segundo Luciana Moessa é “permitido diferenciar a escolha de satisfazer certa finalidade pública por um meio consensual ao invés da judicialização do conflito e, ainda, a atitude de

¹³¹ COSTA, **Cartografia dos métodos** cit., p. 181.

¹³² MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rego; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. **Direito Tributário e Arbitragem**: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. Revista de Mediação e Arbitragem. São Paulo, RT, n. 23, p. 60-88, out./dez. 2009, p. 66.

criar caminhos próprios para resolução consensual de conflitos dispensam a lei, estando definida, na verdade, por outras limitações da Administração Pública”¹³³.

Desnecessário seria, portanto, uma lei permitindo a Administração Pública a usar a conciliação, a mediação ou a negociação direta, ou, talvez empenhar-seem um padrão processual de gerenciamento, ou a criar caminhos próprios para solução ou precaução de litígios.

Desta forma, caso um Município resolva fazer uma Câmara de Conciliação para definidos assuntos ou escolha pelo término de um conflito por composição, desnecessário seria a outorga legal para favorecer-se do instrumento. Contudo, estaria dentro do campo da discricionariedade da Administração como escolha de caminho para alcançar uma finalidade, desde exercido pela autoridade capaz.

De acordo com o entendimento de Baptista Júnior, “quando a Administração não conta com habilitação legal expressa, a transação é possível, desde que o administrador não tome deliberações de disposição. (...) A transação é lícita desde que a Administração nada ‘conceda’”¹³⁴.

A gigante subjetividade traz medo e desencoraja o administrador público em sua abrangência de gestão e atuação funcional. É oportuno mencionar uma tese de doutoramento de Fernando Gaspar Neiser¹³⁵, que aborda em sua pesquisa parte da análise de que a corrupção é um conceito polissêmico, cujas adjacências tornam abstruso seu tratamento pelo Direito. Segundo o autor no Brasil, escolheu-se por requerer seu enfrentamento, em meio a outras maneiras, pela ação de improbidade administrativa.

Desta forma Neiser, relata o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que pacificou o entendimento do qual exige-se a identificação do elemento subjetivo da ação para imputação, o que trouxe a discussão sobre de que dolo e culpa se fala.

Assim após refutar a probabilidade de que o injusto da improbidade administrativa deva ser considerado Direito Administrativo Sancionador, a tese expõe como o Direito Penal e o Direito Civil desenvolveram seus conceitos próprios de injusto, responsabilização, dolo e culpa.

¹³³SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 141.

¹³⁴ BAPTISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas.** São Paulo: QuartierLatin, 2007, p.

514 *apud* SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos, cit.,** p. 172.

¹³⁵NEISER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa : um debate pela perspectiva penal.**São Paulo, 2018.313 p.

Ademais elaborado sobre a solução utilizada em países do viés jurídico da Common Law, de um modelo intermediário a ser usado aos cases civis com caráter punitivo, justifica-se a possibilidade de seu encaixe nos países da tradição jurídica da Civil Law.

Desta forma a edificação do exemplo intermediário próprio da improbidade administrativa passa, em seguida, pela identificação das âncoras metodológicas que o aproximam de cada um dos exemplos paradigmáticos, do Direito Penal e do Direito Civil.

Diante disto, avalia-se, assim, o ponto sob o olhar da acepção dada pelo legislador, da natureza do injusto, do tipo e finalidade das penas previstas na lei e do marca que elas ocasionam nos sujeitos submetidos a sua aplicação.

Portanto conclui o autor que o modelo intermediário deve ser mais próximo do Direito Penal, com questão de flexibilização em direção ao Direito Civil.

Assim, estes pressupostos, sugerem as características que a imputação subjetiva deve ter na improbidade administrativa, ressaltando o papel que o elemento intelectual do dolo assume, em detrimento do elemento volitivo.

Por fim, mensura os pontos relativos ao dever de conhecimento do agente público, de como se lhe atribui tal conhecimento e as devidas consequências de sua prática de delegação.

Ressalta Neiser, que a má-fé é analisada como componente externo ao dolo, equivalente à consciência da antijuridicidade, sendo exigência para a imputação, uma vez que não se há de reconhecer improbidade sem desonestidade.

Contudo a modalidade culposa de improbidade torna o objeto de investigação, reconhecendo-se que somente a culpa grave autoriza a imputação, dado que a lei de improbidade administrativa não se presta a efetuar o controle da qualidade da gestão pública, mas da honestidade dos agentes públicos.

De acordo com Luciane Moessa de Souza, comentando o trecho, afirma que “quando o autor fala em ‘deliberações de disposição’ ele quer se referir a ‘renúncia’, que seria impossível no caso – o que já não ocorre com a simples ‘troca’¹³⁶. Para a autora, a renúncia não coincide com a transação, que contempla, sim, apenas “troca” e, normalmente, com vantagens para Administração. No entanto para Jefferson Carús Guedes, por sua vez, parece entender que mesmo a transação é exceção, e só se justifica na presença de lei¹³⁷.

¹³⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**, *cit.*, p. 172.

¹³⁷ GUEDES, Jefferson Carús. **Transigibilidade de interesses públicos**: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 252,

O dever de eficiência da administração é normalmente levantado para fundamentar a adoção de meios de solução de conflito alternativos ao Judiciário, tanto adjudicatórios quanto consensuais¹³⁸.

A ênfase no princípio da eficiência administrativa foi inserida no Art. 37 da CF/1988 pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Considerada conceito aberto, de desdobramentos que não foram dados pelo texto constitucional. Uma maior solidificação do princípio é necessária para que se atribuam sentidos que orientem a abrangência de atuação de condutas do Administrador Público.

De acordo com Luciane Moessa de Souza, “o princípio da eficiência como fundamento para a adoção de meios consensuais, entendendo-o, no caso, como princípio que orienta que os conflitos sejam resolvidos da forma que melhor apresente a relação custo-benefício, o que se mede segundo o menor custo, no menor tempo, menor desgaste para a relação das partes e melhores resultados para ambas”. Reitera que é dever estatal propiciar métodos de solução de conflitos, de forma que, os particulares não são obrigados a eles, com opção da via judicial se assim entenderem mais adequado¹³⁹. Como dito, o princípio da legalidade dos atos da Administração Pública tem como objetivo fazer valer a finalidade pública, veiculado pela vontade estatal como representativa da sociedade. Sendo assim, a busca pela eficiência deve ser canalizada, conforme as permissões legais dadas à atuação no caso, não podendo a Administração valer-se de expedientes que, apesar de atingir a finalidade de maneira eficiente, desconsideram as margens de sua atuação e violam a própria segurança do ato.

Por outro lado, dentro da definição de eficiência adotada, se o meio consensual mostrar-se apto a solucionar o conflito e, ao mesmo, atingir as finalidades públicas envolvidas, em um tempo e custo menor, e respeito os parâmetros de legalidade, sua adoção certamente é uma forma de otimizar o mandamento de eficiência. Na literatura administrativista, depara-se com exposições semelhantes. De acordo com Odete Medauar, a eficiência “determina que a Administração deva agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população”¹⁴⁰.

¹³⁸ Cf. LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública**. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 99.

¹³⁹SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público**: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. Revista do Advogado. São Paulo, AASP, n. 123, ago.2014, p. 162-169, p. 163.

¹⁴⁰MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: RT, 2012, p. 141-142.

Pode também afirmar que a eficiência se familiariza a um dever de gestão do agente público, com o dever de gerar os melhores efeitos econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. São noções do princípio de proximidade de uma concepção de melhoramento do exercício da Administração Pública. De acordo com Humberto Ávila, em seus ensinamentos enfatiza não como um princípio, mas em um dever de eficiência da Administração Pública, que “estrutura o modo como deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue”¹⁴¹. Por tal crença do autor a eficiência trata-se um dever da Administração, importando evidenciar qual o conteúdo desse dever. Preliminarmente refere-se a um dever que determina correspondência entre meios e o fim que se quer obter. Assim, vê-se que nestas questões busca-se refutar a duas questões acerca essa correlação: De fato há uma obrigação de obter o melhor resultado possível (resultado ótimo) com os meios utilizados? Desta forma o parâmetro de eleição do meio a ser usado deve primar pela economia financeira?

Quanto à segunda pergunta, há uma ponderação por parte do autor que o lado financeiro é uma dentre diversas questões da decisão administrativa. Impõe o menos oneroso ao erário, obtendo menos custas aos administrados, conseqüentemente restringido sua autonomia. Sabe-se também que atribuirá ao princípio que o menos oneroso é o critério de escolha da medida. Ainda diz o autor que se o nível de restrição da liberdade for o mesmo, o critério do custo financeiro pode ser adotado. Afirma que, “existe o dever de escolher o meio menos dispendioso, somente no caso de ficarem inalteradas (*ceteris paribus*) a restrição dos direitos dos administrados e o grau de realização dos fins administrativos”¹⁴².

Quanto à primeira pergunta, o autor se vale do postulado da proporcionalidade para responder: a Administração deve escolher, entre os meios disponíveis para determinado fim, em primeiro lugar, uma medida adequada à consecução da finalidade. Para o autor, isso não significa que a Administração deva escolher o melhor meio em termos qualitativos, o mais abrangente em termos quantitativos ou o mais seguro em termos.

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, IBDP, n. 4, out./dez. 2005, p. 19. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em: 07/08/2018

¹⁴² ÁVILA, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, IBDP, n. 4, out./dez. 2005, p. 20-21. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em: 07/08/2014

2. 2.2 Dos tipos de riscos envolvem o agente público no processo de mediação

Sabe-se que a limitação do agente público é muito mais visível, vez que, o administrador público está obrigado a seguir as regras que dominam o princípio da legalidade, base fundamento do direito administrativo. No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴³:

[...] princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um Princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

Para alguns o princípio da legalidade retrata uma proteção aos administrados, vez que, o ato praticado pela Administração Pública tão somente terá validade se pautado na lei. No entanto, outros afirmam acarretam difícil limitação para a atuação do gestor público, já que os atos praticados fora das autorizações constantes na letra fria da lei poderão ser questionados, e, em última análise, ocasionar responsabilidade pessoal do gestor.

A administração pública tem obrigação e sujeição aos ordenamentos previstos no princípio da Legalidade elencados expressamente na Constituição Federal:

Art 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

¹⁴³BANDEIRADE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais deDireitoAdministrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro:Forense. P.129

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Sabe-se que no atual cenário, a incumbência exclusiva dos gestores é atuar diante de leis e preceitos que permitem ao gestor a busca da aplicabilidade do instituto é substancial para a efetivação desse com a colaboração de diferentes atores. A legislação de mediação vindicou o fomento das forças políticas para que se pudesse dar a partida à implementação de uma política pública de desjudicialização.

Assim, a Resolução do CNJ 125/201014 descreveu que “cabe ao judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses que ocorrerem em larga e crescente escala”, sendo necessário se “consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”. O projeto de lei para a criação da lei de mediação, da mesma forma, já havia evidenciado que a utilização da mediação pelo Poder Público deveria pautar a mudança de postura da sociedade quanto à cultura da litigiosidade.

Reproduz-se, o que consignou no teor taxativo do projeto de lei de mediação¹⁴⁴ que ora em vigor:

Uma vez que a utilização da mediação extrajudicial depende de uma alteração de paradigma e de uma mudança de cultura na sociedade, a proposta traz em seu bojo norma pragmática, com o objetivo de que o Ministério da Educação – MEC de incentivar as instituições de ensino superior a incluírem em seus currículos a disciplina da mediação como método extrajudicial consensual de prevenção e resolução de conflitos.

Da mesma maneira, aventam o CNJ e o CNMP fomentam a inserção, nos conteúdos do programa de concursos públicos para a entrada nas ocupações do Poder Judiciário e do Ministério Público, nesta ordem, de matérias associadas à mediação como meio consensual de prevenção e resolução de litígios.

As novidades legislativas criadas pela lei de mediação e alteração trouxe novas prerrogativas ao gestor público do poder executivo, considerável a princípio tratar as principais características da atuação do mediador, tema do próximo item deste trabalho.

¹⁴⁴ Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=138762> Acesso em junho de 2018.

3. 2.3 Da atuação do Mediador

O mecanismo de mediação, todavia, autocompositivo tem a atuação da figura crucial de um mediador que diligenciará conduzir às partes a uma elucidação acerca de das dificuldades de uma discussão arbitral ou judicial, de forma fomentar que as partes avaliem a possibilidade de uma composição, evitando, assim, o litígio a lei de mediação traz, de forma expressa, a oportunidade da administração pública direta e indireta participar do processo de mediação, do uso de um método consensual para alcançar uma solução extrajudicial para determinado litígio. Para se entender o papel de atuação do mediador, faz-se necessário, antes de tudo, compreender a dinâmica que o envolve como administrador público, regras legais a serem cumpridas no exercício do dever público.

Ao administrador público é determinado o cumprimento do princípio da legalidade, que determina que o agente público está habilitado a fazer aquilo que está positivado e autorizado na lei. De acordo com os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles assim define¹⁴⁵:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Encontram-se previstas as responsabilidades dos agentes públicos na Constituição Federal da República e nos respectivos regimes jurídicos (estatutos) dos servidores públicos civis de cada pessoa política: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O art. 37, § 6º da Constituição Federal prevê que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

As responsabilidades atribuídas às pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e suas respectivas Autarquias e Fundações Públicas) e das

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 137

peessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (concessionárias e permissionárias) é denominada objetiva, a saber, não depende da comprovação da ocorrência de dolo ou culpa. No entanto, a responsabilidade dos agentes públicos é chamada subjetiva, ou seja, o servidor só será objeto indenizatório prejuízos que tenha causado em caso de dolo ou de culpa.

Sabe-se que a responsabilidade do servidor público da União Federal está descrita na lei nº 8.112/90, elencadas em seus arts. 121 a 126¹⁴⁶, nas esferas civil, penal e administrativa, sendo que todas elas estariam relacionadas ao exercício irregular das suas atribuições. No que concerne à responsabilidade Civil, esta é de ordem patrimonial e decorre do art. 186 do CC, segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Configura-se o ilícito quando o agente público pratica ação ou omissão antijurídica, resultantes de atos de culpa ou dolo, com liame de causalidade entre a ação ou omissão e o dano apurado, assim como a ocorrência de um dano material ou moral. Relevante mencionar que quando o dano é causado por agente público, identificar se o dano foi sofrido pelo Estado ou por terceiros.

Os procedimentos auto executórios são garantidos pelas leis estatutárias, pelos quais a administração subtrai o prejuízo dos soldos do agente, observa-se o afixado na legislação. Nas circunstâncias de crime que gere dano para o erário público ou enriquecimento ilícito do servidor, o mesmo ficará sujeito a sequestro ou perda de bens, intervenção judiciária, de acordo com a lei nº 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, a responsabilidade na esfera penal do agente público, no que lhe concerne, caracteriza-se sempre que for possível constatar que ele se distanciou do cumprimento das suas obrigações laborativas para lograr interesse pessoal, considerando-se a estada dos requisitos que o ato praticado esteja definido em lei anterior como crime; que o agente possua capacidade penal (ou seja, que tenha mais de 18 anos e com plenas condições mentais); que o fato não tenha sido resultado de caso fortuito, força maior ou praticado em legítima defesa.

¹⁴⁶Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros; § 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial; § 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva; § 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida; Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade. Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função. Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si. Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior

Enfim, a responsabilização administrativa do agente público está disciplinada no Art.124 da lei 8.112/90, que estipula que “a responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função”.

É fato que, a existência de “ato omissivo ou comissivo” referente a performance para específico cargo ou função pode levar à responsabilização individual do gestor público, cenário que impõe o gestor a considerar as adequadas e eficientes práticas de administração que estão à sua disposição.

A presente análise tem como cenário a atual inovação legislativa relacionada à criação da lei de mediação para aplicação pelas entidades públicas, converge-se a análise nos ordenamentos previstos na lei para cuidar da responsabilidade do gestor público.

No art. 3º da Lei 10.340/2015, prenuncia que pode ser objeto de mediação o conflito que trata sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.”

Está evidente a princípio a limitação quanto à aplicabilidade desse instituto, logo, já que a administração pública está autorizada a utilizar a mediação apenas para tratar sobre questões relacionadas a direitos disponíveis. De acordo com a lição de João Bosco Lee¹⁴⁷, direitos disponíveis são aqueles que estão “sob o total domínio de seu titular, de tal modo que este pode fazer tudo em relação a aquele, principalmente alienar, e mesmo renunciar. O critério da livre disponibilidade é na verdade de difícil apreensão”.

2. 3 Do procedimento da mediação na esfera da Administração Pública – nos moldes dos Artigos 14º ao 20º da lei 13.140/2015

Na prática do procedimento de Mediação as partes envolvidas são assistidas por um terceiro imparcial, incumbido de auxiliar os integrantes de forma que percebam o porquê do litígio e conjuntamente criem soluções consensuais conforme art. 165, §3º do NCPC, vez que o processo da mediação não é impositivo e o mediador não dispõe de autoridade de decisão, de acordo com art.1º, § único, da lei 13.140/2015.

O tramite do procedimento da mediação deve ser realizado em um local reticente e adequado, indispensável no início do primeiro encontro, a garantir a relação do diálogo de confiabilidade entre as partes, a devida explicação sobre a guarda do sigilo recíproco e absoluto resultantes dos informes e dados¹⁴⁸ “trocados entre os presentes, o mediador, os

¹⁴⁷ LEE, JOÃO BOSCO. **Estudos de Arbitragem**, Editora Juruá, 2008, 1ª edição, Curitiba, P. 62.

interessados e os partícipes, o que chega a ser uma conclusão óbvia, resultante não apenas da lei regente, mas do ânimo que vetoriza essa atividade, daí resulta não proibida, mas também nefasta a revelação não autorizada do ocorrido nos respectivos encontros, mesmo que não presenciais, condição que deve ser formalizada por compromissos, reduzido a termo”.

É ordem imperativa que todos comprometidos firmem um acordo de confidencialidade¹⁴⁹ entre ambos primando pela credibilidade e respeito para criar um ambiente amistoso para propiciar o andamento da convenção de constituição do acordo.

Uma das primazias da mediação é o canal aberto ao diálogo no meio das partes e demais enredado, cabe ressaltar que inclusive advogados eleitos pelos particulares que estiverem presentes em alguma reunião da mediação, são obrigados a acatar o acordo de confidencialidade.

O art. 14 desta lei é enfático quanto ao sigilo das informações tramitadas durante o encontro de mediação, vez que, é entendível tal preocupação, pois desde o começo é indispensável a confiança no mediador e a segurança às propensões dos participantes.

De acordo com o MMJ¹⁵⁰ “o mediador, uma vez adotada a confidencialidade, deve enfatizar que tudo que for dito a ele não será compartilhado com mais ninguém, excetuado o supervisor do programa de mediação para elucidações de eventuais questões de procedimento”.

Nota-se o cuidado exigido pelo legislador no parágrafo único do art. 10, a lei é clara, no que tange a tratativa de mediação extra judicial, determina que se uma das partes comparecerem na companhia de advogado ou defensor público, o mediador deverá suspender o procedimento até que todos estejam assistidos devidamente. Com fulcro¹⁵¹ no princípio da isonomia, de ordem constitucional pressupondo não apenas igualdade das partes perante a lei, denominada “isonomia formal”, mas também a proibição de distinções baseadas na individualidade chamada “isonomia material”. Desta forma, promove garantia fundamental

148 Descrito no manual de Mediação Judicial
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> Acesso em 10 de out 2018.

149 Descrito no manual de Mediação Judicial
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> Acesso em 10 de out 2018.

150 Descrito no Manual de Mediação Judicial
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> Acesso em 10 de out 2018.p.141

151 Art 5.º, caput e inciso I, e art 7.º, incisos XXX e XXXI, da Constituição Federal

obriga que os desiguais¹⁵² recebam tratamento diferenciado na exata medida em que se distinguem dos demais, com objetivo de preservação da equiparação mútua.

O sigilo das informações obtidas na reunião tem como objetivo valorizar os laços do relacionamento dos envolvidos, algo essencial na fase do andamento da mediação, desta forma caminham para uma possível resolução do litígio.

Compreende-se que a mediação tem por escopo ao mesmo tempo que procedimento de viés confidencial e voluntário, a elaboração de um cenário substancialmente colaborativo¹⁵³ de modo que a decisão finalística cabe sempre aos envolvidos.

Dentre vários princípios que norteiam a mediação elencados no art. 166 do NCPC, nota-se, que a confidencialidade tem um notável valor neste microsistema¹⁵⁴ por tratar especialmente da essência deste procedimento de consensualidade, tanto que é extensivo a todos até mesmo o mediador com fulcro no art. 166 § 2.º, do NCPC, de guardar o sigilo sobre tudo que foi discutido nas reuniões da mediação, exceto por autorização das partes ou em circunstâncias em que prepondere o¹⁵⁵ interesse público das informações em juízo de ponderação de valores.

No que diz respeito ao princípio da confiabilidade é razoável mencionar que há compreensão, ainda que não uniforme de entendimento doutrinário, no que diz respeito à audiência descrita no art. 334, do NCPC, que esta não poderá ser realizada pelo juiz de direito dirigente do feito, pelo motivo do mesmo a conduzir, ainda que de forma involuntária, poderá ouvir dos envolvidos dados subjetivos de teor, “uma vez não obtida a composição voluntária do conflito, não mais seja possível desconsiderar posteriormente, quando vier a proferir a sentença para aquela demanda”.

Aplica-se ao¹⁵⁶ mediador, seus sucessores, partes e prepostos, advogados presentes e serventuários da justiça e a todos que atuaram do procedimento o dever de confidencialidade. Princípio mor fundamentado veemente na Lei de Mediação e no NCPC, tão relevante a ponto

¹⁵²**Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 65.

¹⁵³ Elencado na Resolução n.º 125/2010 do CNJ, CPC/2015 e Lei n.º 13.140/2015

¹⁵⁴ Elencado na Resolução n.º 125/2010 do CNJ, CPC/2015 e Lei n.º 13.140/2015

¹⁵⁵**Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 78.

¹⁵⁶**Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 79.

de não permitir que as informações trocadas nas sessões de mediação não poderão ser escopo de depoimento e de elemento de convicção para respaldar a sentença.

A ideia principal do Art.14 é resguardar os participantes em todo o procedimento da mediação, por isso, o foco enfático e obrigatório na confidencialidade, se porventura, não ocorrer a resolução do litígio na composição do acordo durante as sessões, fica impossibilitado de utilizar das informações para desfavorecer uma das partes numa casual posterior ação judicial.

Ressalta-se que no enunciado de n.º 56 da ENFAM partilhar da mesma fonte de confidencialidade, a saber, declara¹⁵⁷ “nas atas de sessões de conciliação e mediação, somente serão registradas as informações expressamente autorizadas por todas as partes”.

De acordo com o art. 166,§ 1.º, I a IV da lei 13.140/2015, a extensão da confidencialidade alcança a totalidade dos dados e informes levantados no trajeto do procedimento consensual.

Nos termos do art. 30 da lei supracitada no § 1.º, I a IV elencam as condições em que o sigilo será preservado. No entanto, este princípio não é absoluto, sujeito a mitigação com suas exceções (art. 30).

Assim as informações demonstradas nas sessões de mediação, poderão ser utilizadas em outros procedimentos, até mesmo judicial e circunstância de crime de ação pública de acordo com o art. 30, §3.º desta lei.

O sigilo não exclui o encargo dos envolvidos, especialmente as pessoas jurídicas de direito público, de fornecerem ¹⁵⁸ “à administração tributária após a conclusão do procedimento de mediação conforme art. 198, §3.º, do CTN em respeito ao princípio da publicidade da Administração Pública encontrada no art.3.º, I, da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011)”. Aos servidores públicos aplicam-se a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas de acordo com o art. 30, § 4.º da lei de mediação e 198, caput, do CTN.

¹⁵⁷Acessível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 25 de out de 2018.

¹⁵⁸**Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 80.

Diante do binômio dos¹⁵⁹ princípios sigilo versus publicidade, a legislação opta pela primazia do interesse público na transparência e na publicidade dos procedimentos que envolvam os entes públicos.

Dispõe o art. 15 da referida lei de mediação sobre a perspectiva da incidência da conhecida *co-mediação*, a saber, ocorre quando atuam-se mais de um mediador em um determinado caso. Tratativa especial usada quando a natureza ou complexidade do conflito a ampararem.

A co-mediação¹⁶⁰ é uma exceção, e não deverá ser tomada por regra, trata de algo que não é novo, pois já esteve presente em discussões e projetos anteriores a Lei de Mediação, no projeto de Lei 4.827/98 da Deputada Zulaiê, depois alterada pela Emenda nº 1 /CCJ do Senado Federal ao Projeto de Lei da Câmara n.94/02 já tratava da matéria em seus artigos¹⁶¹ 16 e 33.

De igual modo, o tema foi tratado no¹⁶² projeto do Senado 405/13, depois o substitutivo ao PLS 517/11 que formou a versão consolidada do PLS 405/13 e do PLS 434/13 do Senador Vital do Rêgo, tratou da matéria chegando à versão do texto atualmente constante da Lei 13.140/2015. E por final trazida pelo NCPC Lei 13.105/2015¹⁶³.

A co-mediação vista como uma viabilidade para situação específica quando a presença de apenas um mediador não seja suficiente ou indicada.

No Art. 16 desta lei, disciplina que ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso as partes envolvidas podem submeter-se à mediação, caso assim optem, requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por um prazo satisfatório para a solução do conflito de forma consensual. E ainda irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelos envolvidos.

¹⁵⁹**Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 81.

¹⁶⁰**Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 84.

¹⁶¹ EMENDA Nº 1 – CCJ (SUBSTITUTIVO) AO PROJETO DE LEI 94/02.

¹⁶²**Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 85.

¹⁶³**Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 85

E a suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo judiciário ou pelo árbitro.

Essas disposições legais retratam a predileção da lei pela solução autocompositiva e extrajudicial, assim se existir a possibilidade de composição consensual, deve-se primar por essa.

Tais disposições também aludem sobre o cenário atual do sistema de multiportas de soluções de conflitos. A pluralidade de meios para compor litígios põe a disposição das partes, o aproveitamento de mais de um deles.

O procedimento utilizado em Mediação deverá observar o minissistema brasileiro de métodos consensuais se solução judicial de conflitos incorporados pela Resolução n.º 125 do CNJ e pelo CPC 2015¹⁶⁴ como a Lei 13.140/2015 em seus artigos 16 ao artigo 20.

Portanto, todos os artigos elencados neste trabalho serão analisados no contexto desse conjunto, denominado minissistema,¹⁶⁵ grupo de dispositivos que fomentam à solução consensual de conflitos, contudo sem fazer menos garantia constitucional sem a inafastabilidade da jurisdição, o Art. 17 enseja conciliar a autocomposição com a resguardo do direito de ação de forma associativa do Art. 3º XXXV, da CF/88. Que explicita que “não se excluirá da apreciação do judiciário ameaça ou lesão a direito”, e mais a frente dar enfoque que o Estado proverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, § 2.º.

De acordo com art. 17 há uma procura no equilíbrio entre autocomposição e jurisdição. Assim, enfatiza que a escolha pela consensualidade não implicará em perda do direito de ação por razão de prescrição, segundo o entendimento de Fernanda Tartuce¹⁶⁶, “impedindo assim que pessoas com intenções astuciosas diversa da solução consensual, no entanto, desejosas de fazer o tempo agir em seu favor e contrariamente a quem deseja se valer do direito de ação”.

Assegura o art.17 que o procedimento suspende, não interrompe e o prazo prescricional. De certa forma, afirma-se que esse artigo atua estimulando á solução consensual.

¹⁶⁴GRINOVER .Ada Pelegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC. In ; AAVV. **O Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo; atlas, 2015, p.1e 2.

¹⁶⁵**Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória daProfª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.]; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 104.

¹⁶⁶**Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória daProfª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.]; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 104.

No entendimento de Francisco José Cahali¹⁶⁷, esta previsão legal estimula o ajuizamento de ação judicial para evitar a prescrição, que esta não preocupa para aqueles que querem resolver consensualmente.

Assim, a duração do tempo dispensado na Mediação não impactará o tempo que a lei material determina para o direito de exercício da ação. Caso a mediação logre êxito com acordo na totalidade do litígio, perde-se a princípio o interesse do ajuizamento da ação, daí as partes mediante poderão empenhar-se nos procedimentos despreocupados de que seus direitos de ação sejam prejudicados. Caso não logrem êxito, permanecerão no status quo que se achavam, sem prejuízos do direito de ação. Desta forma, evita-se que o objetivo da mediação seja deturpado por aqueles que queiram tornar do método um meio de artimanhas oportunistas de má-fé.

A previsibilidade do art.17 tem como objetivo pontuar o termo inicial a quo levado em conta para a suspensão dos prazos prescricionais. Segundo Fernanda Tartuce¹⁶⁸ “a melhor interpretação que parece melhor prestigiar os objetivos da mediação”, no que tange a ideia de compulsoriedade da primeira sessão de mediação ou, *rectius*, de pré mediação por analogia ao art. 240,§ 1.º, do CPC/15¹⁶⁹, a suspensão se dá com a presença de uma das partes à primeira sessão mas retroage à data em que se requereu a designação de sessão – no caso da mediação judicial – ou em que se convidou a outra parte para a sessão, no caso da mediação extrajudicial.

No art. 18 é explícito ao mensurar que inicialmente a possibilidade do procedimento de mediação judicial ou extrajudicial dá-se por algumas reuniões também chamadas de sessão ou audiência de mediação.

Autoriza o artigo a possibilidade de várias tentativas, tantas quanto possíveis, para as partes alcançarem a resolução do conflito. Embora não haja limites para as reuniões posteriores a primeira sessão, é indispensável que destas resultem efeitos de consensualidade que caminhem para a resolução do conflito. É de suma importância a percepção do mediador

¹⁶⁷ FRANCISCO JOSÉ CAHALI. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 5ª edição. São Paulo: RT, 2015,p.109.

¹⁶⁸ **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória daProfª Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2018. P. 107.

¹⁶⁹Art240.(...) §1.º A interpretação da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação

durante o período de gestor do procedimento¹⁷⁰, captar a factual probabilidade de acordo entre as partes mediadas.

De acordo com art. 19, o mediador poderá ter reuniões com os mediados conjuntamente ou individualmente e ainda requerer das partes informações que julgar importantes para descomplicar a compreensão entre as partes.

De acordo com Juliana Loss, existem riscos apontados pela literatura, assim como a aplicabilidade da confidencialidade interna no procedimento de mediação. Entende-se que¹⁷¹:

Ao analisar o instituto da sessão privada, mencionado como possibilidade pelo legislador no art. 19 da Lei de Mediação, percebe-se que mesmo na literatura e prática internacional, trata-se de uma ferramenta controversa e cuja utilização variará em frequência, momento, finalidade e até mesmo uso e não uso. De um lado os benefícios do aprofundamento em informações importantes, possibilidade de aprofundar a confiança com a parte, de outro o risco de desprestigiar a responsabilidade e compreensão mútua de questões, entre outros pontos relevantes. Não obstante a existência de controvérsia, e de diferentes modelos metodológicos e estilos de mediar, a sessão privada é um instrumento que pode ser útil, muitas vezes até fundamental, e deve estar à escolha do mediador e das partes em cada procedimento utilizá-lo ou não, assim como a decisão sobre o momento. Daí a beleza da flexibilidade da mediação e da possibilidade de adaptação de procedimentos feito à medida na busca do diálogo, da solução consensual e satisfatória para as partes.

A maleabilidade da mediação e seus instrumentos avançam em experiências, mesmo em mediação por meio online, é possível conversas reservadas com as partes e separadamente.

De acordo com art. 20, o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final quando ocorrer acordo ou quando não justificarem novos esforços para a consecução de consenso, seja através de declaração do mediador nesse sentido ou por demonstração de qualquer dos mediados. Ainda em seu parágrafo único positiva que o termo final de mediação, em ocorrência de acordo, torna esse título executivo extrajudicial e quando homologado na esfera judicial, título executivo judicial.

¹⁷⁰**Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Prof^a Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. P. 109.

¹⁷¹**Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Prof^a Ada Pellegrini Grinover / Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] ; organizado por Trícia Navarro Xavier Cabral, Cesar Felipe Cury. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. P. 121

A resolução de conflitos desenvolve-se por meio de um procedimento, que precisa ter início, meio e fim. O marco legal se acautelou de firmar um procedimento basilar para o instituto, sem descuidar de seu caráter voluntário conforme art. 2.º, § 2.º e do empoderamento das partes art. 2.º, V, ademais para colocar sobre o rito em seu art. 22.

Chegado ao acordo total ou parcial do conflito no termo deste deverão estar evidentes alguns critérios, a saber, no próximo item.

2. 4 Do termo celebrado e de seus critérios

Ensinam ¹⁷²Adolfo Braga Neto e Lia Regina Sampaio que o Termo de Mediação deve conter os seguintes requisitos mínimos:

[...] qualificação completa das partes e de seus advogados, devendo estes apresentar os documentos legais que lhes conferem poderes de representação legal; Qualificação completa do mediador e/ ou comediador, se o caso; Regras estabelecidas para o procedimento; Número indicativo de reuniões para o bom andamento da mediação e sua respectiva duração; Previsão de honorários e despesas incorridas durante a mediação, formas de pagamento, rateio dos valores entre as partes e a proporção; Cláusula dispondo que as partes, bem como o mediador, podem a qualquer tempo se retirar da mediação, comprometendo-se a informar as partes. (voluntariedade); Cláusula esclarecendo a confidencialidade e a extensão dela.

Após a celebração do acordo no termo, ¹⁷³alguns critérios devem ser observados de acordo com o ¹⁷⁴CONIMA- Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, que assim determina em seus artigos 19.º ao 21.º os acordos constituídos na mediação podem

¹⁷²BRAGA NETO, Adolfo e SAMPAIO, Lia Regina, **O que é mediação de Conflitos**, Editora brasiliense, 1ª. Edição, 2007. ALMEIDA, Tania, Caixa de Ferramentas em Mediação, Dash Editora, 2013.p.37

¹⁷³ “Termo de Mediação” ou “Compromisso de Mediação” é um contrato de prestação de serviços, no qual as partes contratam, de comum acordo, com um mediador para auxiliá-las na busca de soluções para o conflito que estão enfrentando, além disto uma pessoa jurídica pode ficar responsável pela administração do procedimento, a chamada mediação institucional. O contrato de mediação é classificado como plurilateral, por compreender no mínimo três pessoas físicas ou jurídicas (duas partes mediadas e o mediador). Consensual, uma vez que nasce do consenso entre as partes envolvidas. Informal, visto pressupor regras flexíveis de acordo com o interesse das partes. Oneroso, posto ser objeto de remuneração ao profissional mediador e a empresa que colaborará na administração do procedimento. Termo de Mediação é o instrumento que confirma o desejo e vontade das partes em se submeterem à mediação, ratifica a pauta a ser tratada, esclarece o procedimento que norteará os trabalhos, a duração, periodicidade e quantidade de reuniões, esclarece a extensão do sigilo, a forma e rateio de pagamentos de custas e honorários do mediador, designa o mediador, ou ainda estabelecer a participação de um comediador. Em suma tal instrumento esclarece a todos os envolvidos as regras procedimentais a serem aplicadas à mediação. Disponível em: <https://www2.mediacaoonline.com/o-que-e-termo-de-mediacao-qual-sua-importancia-para-a-mediacao/> Acesso em 17 de set de 2018.

¹⁷⁴ Disponível em http://www.conima.org.br/regula_modmed. Acesso set 2018

ser totais ou parciais. Caso alguns itens da pauta de mediação não tenham logrado acordo, o mediador poderá atuar na negociação destinada a auxiliar as partes a elegerem outros meios extrajudiciais ou judiciais para a sua resolução.

É inadmissível após a conclusão do trabalho de mediação o termo seja omissivo, confuso ou equivocado, de forma que prejudiquem o cumprimento do acordo estabelecido. Porém, necessitam de clareza em todos os quesitos acordados, nos prazos e da forma como deverão adimpli-los.

No que se refere a mediação judicial é importante que se verifique se todos os pedidos mencionados na exordial e em eventual reconvenção ou pedido contraposto foram tratados, ainda resolver as questões sobre extinção ou prosseguimento do processo, pagamento de custas finais e despesas processuais, honorários de sucumbência e outras próprias do procedimento judicial.

O termo deverá ser sempre que possível, determinar obrigações líquidas, certas e exigíveis, que possam ser objeto de execução judicial forçada. Segundo Marioni e Arenhart¹⁷⁵ diz “respeito à extensão e à determinação do objeto da prestação. Assim não pode exigir de alguém a prestação de algo que não se sabe do se trata. Logo, a liquidez trata do que é devido e de sua quantidade. Para os mesmos autores a certeza “refere-se à existência da prestação que se quer ver realizada”. Enfim a exigibilidade alude à inexistência de motivos que impeçam o credor de reclamar o cumprimento da obrigação¹⁷⁶

Ainda com a ocorrência da solução consensual, o termo deve ser lavrado com muita diligência, vez que a lei outorga o status de título executivo.

Para a eficácia de todo o trâmite procedimental à satisfação do pleito, deve-se, observar as estratégias que seguem no próximo item.

2. 5 Da mediação nos conflitos que envolvem o Poder Público em juízo

No decorrer dos anos houveram questionamentos acerca da possibilidade de celebração de acordos ou transações com o intuito de dar fim aos litígios em que estivesse envolvido o Poder Público tanto nos âmbitos administrativo quanto judicial.

¹⁷⁵ MARIONI, L. A. ; ARENHART, S .C . **Curso de processo civil** 2. Ed. Ver. e atual. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. vol. 3, p.121

¹⁷⁶Op.cit., p.120

Alegam-seda indisponibilidade genérica dos interesses públicos, no entanto, para Luciane Moessa de Souza¹⁷⁷, “uma outra razão de peso para este entendimento que residia e ainda reside no posicionamento de vários Tribunais de Contas do país, no sentido de que o Poder Público, somente poderia realizar qualquer pagamento ao particular, em razão de ilícito por ele praticado, quando já houve decisão condenatória judicial, sem disponibilidade de procedimento via administrativa, de levantamento da prática de ilícitos pelo ente público que conduzissem ao adimplemento espontâneo, das normas de responsabilização do Estado”.

Ainda no parecer da autora a existência de séries de incertezas sobre os critérios permitidos para formalizar transações e os agentes públicos competentes para tomada de decisões, bem como o alcance da responsabilização dos agentes públicos envolvidos na prática desses atos, associado a costume jurídico-burocrático que notadamente não vislumbram efeitos na omissão de atos administrativos fundamentais e exigidos pelo ordenamento jurídico, mas somente nos atos violadores de regras jurídicas, por tradições fez que fosse celebrado acordos em conflitos judiciais ou administrativos em que envolvam o Estado brasileiro, em suas múltiplas peculiaridades.

Contudo, esta situação está mudando, ao menos no que diz respeito aos conflitos que tramitam em juízo, visivelmente na esfera federal, em que se salienta uma contínua iniciativa da AGU, através da edição de súmulas administrativas deste órgão¹⁷⁸.

Ainda uma sucessão de normas federais vem autorizando e determinando autoridades para celebração de acordos, conforme o valor do monte pecuniário comprometido no litígio, com objetivo de economia, definição de valor mínimo que deve estar envolvido no litígio para que se justifique a propositura da ação judicial.¹⁷⁹

3 - A EFICIÊNCIA DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No decorrer do ano de 2015 a seara estatal teve um alcance jurídico fértil, ainda que muitos com diversos questionamentos, no que tange a esfera da resolução consensual de conflitos, de acordo com o novo CPC e a Lei de Mediação.

¹⁷⁷SOUZA, Luciana Moessa de Souza. **A mediação de conflitos e a Administração Pública**. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. P. 131.

¹⁷⁸ Tal prática está elencada no art. 4.º, XII, da Lei Complementar n.º 73/93 que destaca as competências do Advogado Geral da União: “editar enunciados se súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais”.

¹⁷⁹ Lei n.º 9.469/1997, regula a previsão do artigo 4.º, VI da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 199, que incluiu entre as atribuições do Advogado Geral da União a celebração de acordos em juízo

A entrada em vigor do CPC, as instituições obtiveram um lapso temporal para uma melhor adequação da lei, sobretudo o Poder Judiciário, quando deu fomento às discussões para a atualização da Resolução n.º 125/2010 do CNJ, que teve seu término em 2016.

Esses diplomas mencionados, cada qual tratou de forma minuciosa aos seus diversos temas. O CPC trouxe a regulamentação da parte judicial por meio consensual de resolução de conflitos de forma mais detalhada, já a Lei de Mediação teve seu foco com a definição do procedimento administrativo de autocomposição, seja na parte que trata de particulares como em relação à Administração Pública.

A lei de mediação é logo após ao CPC/2015, surgiram questionamentos acerca da promulgação de duas leis que tratam sobre assuntos similares, no pequeno prazo de três meses. O questionamento é em relação a qual lei aplicar em caso de conflito aparente de normas. Portanto como a Lei de Mediação é posterior ao CPC/2015, alguns doutrinadores argumentam que prevalece o CPC em relação a Lei de Mediação. No entanto, na lição de Ada Pellegrini Grinover¹⁸⁰, caso ocorra incompatibilidade entre os dois institutos, as regras de mediação deverão prevalecer (por se tratar de lei posterior, que revoga a anterior, e de lei específica, que derroga a genérica).

O CPC 2015, não trouxe apenas importância ao tema do consensualismo como também fomentou que em todas as demandas se utilizem inicialmente dos meios consensuais, buscando atribuir ambiente de diálogo entre as partes do litígio.

Desta forma, como os demais envolvidos a Administração Pública também foi impactada de tais diplomas, seja na esfera administrativa quanto na judicial.

Todavia, não há incertezas quanto a possibilidade de mediação pela Administração Pública frente à legislação e regulamentações internas dos órgãos até então existentes, tanto no CPC 2015, quanto a Lei de Mediação, de forma explícita se atentaram em direcionar a atuação dos entes públicos e inserção deles no aproveitamento dos institutos.

O eventual dogma ainda existente quanto à impossibilidade de mediação pelos entes públicos em face do princípio da indisponibilidade do interesse público foi superado. No entendimento de Ravi Peixoto¹⁸¹:

¹⁸⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC**. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo, 2015. p. 1

¹⁸¹ PEIXOTO, Ravi. **Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015**. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Processo e administração pública*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 351.

[...] não é a verificação da aptidão ou não dos entes públicos de realizar acordos, mas sim quais seriam as condições. É inegável que a margem de liberdade para a realização pelo poder público é menor do que a existente para o setor privado. Acontece que, quando a situação envolve o poder público, tem-se a prévia exigência de autorização legal para membro da advocacia pública possa transigir em juízo.

O art.1.º da Lei de Mediação evidencia a sua amplitude ao dispor das Câmaras de Mediação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos na esfera administrativa. Ademais, reconhecem que a mediação pode ocorrer de forma diversa da judicial, em órgãos institucionais ou feitas por meio de profissionais independentes, que poderão se regulamentadas por lei específica.

Indiscutivelmente, não existem dúvidas no sentido de que o CPC/2015 e a Lei de Mediação são marcos na trajetória da consolidação dos meios de consensuais de resolução de conflitos. Tais textos de lei, são frutos de uma necessidade da sociedade, ao só dos operam com o direito, da necessidade de se reduzir o contínuo fluxo de judicialização de todos os temas, seja pela incapacidade do Poder Público de enfrentar tal, demanda, seja pelos custos financeiros associados.

A busca pela mediação para solução de conflitos,¹⁸² é fundamental para fazer cumprir pela Administração Pública de forma geral de amplitude, inclusive o Judiciário, o princípio da eficiência, da menor onerosidade, da celeridade processual.

3. 1 – Instrumentalidade da eficiência a utilização dos métodos consensuais na resolução de conflitos no regime jurídico de direito público

Sabe-se que não é omitido conforme mostrado por dados da Justiça em Números, ao longo deste trabalho, que os entes públicos são os maiores litigantes do Poder Judiciário e que as suas demandas tem impacto de maneira direta na organização judiciária dos Tribunais de todas as esferas e ramos do direito.

É importante destacar que os dados do ano de 2015 utilizados para amparar a inclusão da Administração Pública no projeto de lei de mediação elaborado pela comissão de especialistas criada pelo Ministério da Justiça e coordenado pela Secretaria de Reforma do

¹⁸²PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**. (Org.). Curitiba: CRV, 2018. p 167

Judiciário demonstrou que 51% dos processos tramitando tinham o Poder Público como parte¹⁸³.

Entende-se que uma quantidade significativa ¹⁸⁴do congestionamento do Poder Judiciário e do número de demandas existentes ocorrem em face da atuação dos entes públicos. Salutar também mencionar que boa parte dos processos parados aos atualmente no país, que sobrecarregam nos¹⁸⁵Tribunais inferiores e aumentam a demora nos julgamentos, decorrem do elevado tempo de definições pelas Cortes Superiores das repercussões gerais e recursos repetitivos que atingem ações de massa e em relação às quais em geral têm-se um dos entes federados envolvidos.

Em razão disto, a legitimação de uma política pública de tratamento do conflito converte o paradigma de litígio vigente, facilitando o diálogo e a percepção dos litigantes. Assim, essa política restabelece a consonância e a conversação, aderi instrumentalidade de eficiência de modo a tratar adequadamente o litígio.

Nesse seguimento a observância de mecanismos como mediação dentre outros que anuem o modelo americano denominado múltiplas portas, próximo capítulo a ser tratado, vale-se de uma política pública de resultado célere e eficaz capaz de contribuir para derrubar o exaurimento enfrentado pelo judiciário.

Segundo os entendimentos de Luthyana Demarchi de Oliveira e Fabiana Marion Spengler¹⁸⁶:

[...] experiências e programas já implementados no Brasil, percebe-se que esses mecanismos são aplicados de modo eficiente no modelo de jurisdição brasileira, sendo que poderá realmente trazer uma nova concepção para a sociedade enfrentar os seus problemas e ter acesso à justiça. Tornou-se frequente, na prestação jurisdicional, a burocracia, o formalismo, a morosidade, a ineficiência e a escassez de recursos, tanto de ordem financeira, quanto material ou humana. A explosão de litigiosidade demonstrou a necessidade de adoção de mecanismos de tratamento do conflito, de modo a transformar o paradigma do litígio em consenso, dialogo e participação. Nesse sentido, a construção de um sistema de tratamento de conflitos capaz de lidar com a

¹⁸³ Marco da mediação busca agilizar atuação do judiciário. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/10/marco-da-mediacao-busca-agilizar-atuacao-do-judiciario>. Acesso em 10 de Nov de 2018.

¹⁸⁴PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**. (Org.). Curitiba: CRV, 2018. p 167

¹⁸⁵ Como exemplo pode-se citar matérias baseadas à correção monetária e juros de mora, que impactam a maioria dos processos em tramitação e que, a par disso, ficam anos sobrestados sem definição.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, LuthyanaDemarchi de. **O Fórum Múltiplas Portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social** [recurso eletrônico] / LuthyanaDemarchi de Oliveira, Fabiana Marion Spengler – Curitiba: Multideia, 2013. p. 19

complexidade pressupõe a adoção de políticas públicas que objetivam a cidadania, fraternidade e a pacificação social.

O uso de mecanismos que possibilitam o diálogo entre os mediados é muito importante para a sobrelevação de formas tradicionais, que não suportam a quantidade de demandas de ações em tramitação no Poder Judiciário, da mesma maneira estão distante da heterogeneidade e diversidades das demandas atuais, estando inaptos de resolver os litígios na celeridade da sociedade pós moderna¹⁸⁷.

Destarte, há um ponto indispensável de discussão, no qual¹⁸⁸:

[...] há um excesso de demandas judiciais que não decorre da democratização do acesso à Justiça, mas de sua utilização exagerada por poucos atores, dentre os quais o Poder Público, as empresas concessionárias prestadoras de serviços e as instituições financeiras. [...] A presença recorrente desses como réus ou autores na Justiça acarreta a multiplicação de feitos de igual teor, de conteúdo idêntico e repetido.

Segundo as palavras de Sadek¹⁸⁹conclui-se que :

[...] que a excessiva facilidade de acesso a certo tipo de litigante e o estímulo à litigiosidade podem tornar a justiça não só seletiva, mas principalmente “inchada”, estando repleta de demandas que pouco tem a ver com a garantia de direito.

Em vista disto, o conceito do Poder Público na esfera da Justiça é desafiado a alcançar eficiência, torna-se responsável da mesma forma quanto à satisfação das partes ao resultado do procedimento que as conduziu para tanto. Na lição de Watanabe¹⁹⁰:

¹⁸⁷ Segundo Bauman[...]“a atual modernidade é marcada pela dissolução das forças ordenadoras que permitiam ativamente reenraizar e reencaixar os antigos sólidos em novas formas sociais modernas. Os padrões sociais de referência que balizavam a ordem social da modernidade tornaram-se liquefeitos, a classe, o Estado-nação, a cidadania, juntamente com a livre expansão global das forças de mercado e o retrocesso da veia totalitária da ordem moderna libertaram os indivíduos de seus grilhões atados a uma ordem rígida e racional-instrumental”.

¹⁸⁸CAMPOS, André Gambier. Sistema de justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade. 2008. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1328.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 12.

¹⁸⁹SADEK, Maria Teresa. Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.p.41

¹⁹⁰WATANABE, Kazuo. **Modalidade de mediação**. In: DELGADO, José et al. (Coord.). Mediação: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários – CJF, 2003.p .09

[...] o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso a justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário.

Viu-se que a mediação é uma instrumentalidade de eficiência na resolução de conflitos na esfera pública, para tanto a sua aplicabilidade ensejará mecanismos de facilitação à prática propriamente dita, portanto, faz-se necessário o bom manejar, para isto, abre-se no próximo item considerações acerca da Política Pública e seus meios de resolução de conflitos.

3. 1.1. O Fórum Múltiplas Portas: a Política Pública da Administração na Resolução de seus Conflitos

Devido a necessidade latente de se legitimar mecanismos para a tratativa do litígio, de forma a modificar o paradigma do litígio em consenso, diálogo e participação, a Política Pública chamada Fórum Múltiplas Portas¹⁹¹, tem em sua base a viabilidade de implementar o mecanismo que mais se adeque às especificidades da demanda, ligado ao Poder Judiciário brasileiro, com o objetivo de otimizar a prestação jurisdicional.

O Fórum Múltiplas Portas procura adaptar processualmente a fim de obter um tratamento apropriado para as demandas. Desta maneira, mostra a relevância da compreensão acerca das possibilidades desejadas pelas técnicas diversificadas.

Na lição de Ada Pellegrini Grinover¹⁹², “são pretensões de direito material que devem balizar a técnica processual na busca da solução adequada a cada uma delas”.

Nada distante, cita-se o entendimento segundo Barbosa¹⁹³:

[...] a idéia desse mecanismo é racionalizar ainda mais a resolução das controvérsias por meio da busca do procedimento mais adequado para tanto. A solução mais adequada para controvérsias é aquela que combina menores custos financeiros e emocionais, efeitos positivos para o relacionamento no qual surgiu a controvérsia, maior satisfação

¹⁹¹ OLIVEIRA, LuthyanaDemarchi de. **O Fórum Múltiplas Portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social** [recurso eletrônico] / LuthyanaDemarchi de Oliveira, Fabiana Marion Spengler – Curitiba: Multideia, 2013. p. 65

¹⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias**. Revista do Processo, São Paulo, n. 46, p.60-83, abr./jun. 1987. p. 71.

¹⁹³ BARBOSA, Ivan Machado. **Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual**. In: AZEVEDO, André Gomma de(Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

das partes com os resultados (incluindo aqui a satisfação dos interesses e a percepção de justiça na composição da lide) e ademais impede o reaparecimento da questão, isto é, assegura a durabilidade da solução e a capacidade de evitar que a mesma controvérsia surja entre outras pessoas do mesmo meio.

No que diz respeito às políticas públicas agem num nível, por assim dizer, mais operacional no direito. Isto está explícito no trabalho desenvolvido com os membros do Ministério Público sobre os meios de exigir e acompanhar a realização de políticas públicas, de acordo com Carlos Alberto de Salles e Luíza Cristina Frischeisen¹⁹⁴.

Entretanto, o trabalho realizado não só do Ministério Público, mas de todos os interessados no processo de solidificação dos direitos humanos, demanda clareza e afinamento técnico dos conceitos.

Para tanto o que exigir da Administração Pública quanto ao assunto? Como enfrentar a alegada falta de recursos para as medidas de concretização de um direito determinado?

Desta forma o problema da justiciabilidade destes direitos se alarga muito, passando a envolver todo o caminho de efetivação de um direito, desde o seu nascimento, quando é previsto na norma, até a sua emancipação, quando é encartado em determinado programa de ação de um governo e passa a integrar medidas de execução. “Em outras palavras, a exigibilidade de um direito aparece nas várias fases de organização temporal da política pública, desde o estabelecimento da agenda (agenda setting), a formulação de alternativas”¹⁹⁵, a decisão, a implementação da política, a execução até a fase final, da avaliação.

Para Fábio Comparato, nesse tema foi desbravador debruçando-se sobre o problema do controle judicial das políticas, em seu Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.¹⁹⁶

A questão-chave nessa matéria é partir da política pública como atividade, composta de atos, decisões e normas de natureza heterogênea, esses submetidos a regimes jurídicos distintos. No entanto, para que se possa acionar as formas de controle judicial é preciso identificar qual a expressão jurídica das políticas públicas: se a política não se confunde com o ato ou a norma, mas é a atividade que resulta de um conjunto de atos e normas, o que deve ser submetido ao contraste judicial: o ato, a norma ou a atividade? Pode-se partir de uma

¹⁹⁴ Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, Políticas Públicas. **A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**

¹⁹⁵ John W. KINGDON, Agendas, Alternatives and Public Policies.

¹⁹⁶ Fábio Konder COMPARATO, **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas**

definição provisória de políticas públicas como programas de ação governamental voltados à direitos.

Considerando-se hoje a abrangência dos direitos fundamentais, que em sucessivos pactos internacionais, depois ratificados e internados nas ordens jurídicas nacionais, vêm sendo ampliados, a ponto de abranger hoje o direito síntese do desenvolvimento, deixo de separar dicotomicamente as políticas públicas das políticas sociais. Para essa definição, mesmo as políticas públicas relacionadas apenas medianamente com a concretização de direitos, tais como a política industrial, a política energética etc., também carregam um componente finalístico, que é assegurar a plenitude do gozo da esfera de liberdade a todos e a cada um dos integrantes do povo.

Portanto, toda política pública pode ser considerada, nesse sentido, ao mesmo tempo política social. Há uma estreita relação entre os temas das políticas públicas e dos direitos humanos. Pois uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana é a multiplicação das demandas por direitos, demandas diversificadas e pulverizadas na titularidade de indivíduos. De acordo com Bucci.

(...) essa ativação incessante dos órgãos estatais engendra fatalmente o caos e a confusão de atribuições se não for organizada no quadro de um planejamento estratégico, com a eleição prioritária de fins ou objetivos comuns e a escolha dos meios mais adequados à sua consecução¹⁹⁷.

As políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização.

De acordo com Roberto Correia da Silva Gomes Caldas¹⁹⁸, ao abordar acerca “a Teoria da Autopoiese do Direito passa pela preocupação com a temática do conflito e consenso como

¹⁹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo** Revista de Informação Legislativa, número 133, jan/mar 1997, pp 89-98.

¹⁹⁸ CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO SOB UMA VISÃO AUTOPOIÉTICA DO DIREITO** - Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 20/1997 | p. 213 - 228 | Jul - Set / 1997

formas de comportamento social, vez que são os fatos cruciais entre a união e a dilaceração de uma sociedade”.

Caldas, em seu artigo salienta que Railda Saraiva de Moraes, afirma que os estudos sobre a ordem, as mudanças sociais, a legitimidade do poder, a liberdade, desaguam sempre no escoadouro comum das teorias do conflito e consenso. Nestes fenômenos, tomados ora isoladamente, ora em conjunto, buscam os cientistas sociais as respostas às diferentes concepções sobre a sociedade, o direito e sobre o Estado”, disso não podendo escapar a teoria da autopoiese do direito¹⁹⁹.

De acordo com artigo do autor²⁰⁰“ a atenção às dificuldades havidas para se equacionar as mais variadas desarticulações sociais (encontrar o equilíbrio entre consenso e conflito), desarticulações estas impregnadas com marcante conotação política pela colocação em cena da liberdade individual e da autoridade estatal, é que, inserida na teoria sistêmica, a teoria da autopoiese aparece como uma estratégia de busca do melhor modo de se controlar e manter a ordem social. Visa uma maior autonomia com maior responsabilização dos subsistemas do corpo social, cuja autodisciplina responsável, ou autogestão dos grupos sociais só se obtém por meio de mecanismo de consenso e de participação²⁰¹.

Desta forma no entendimento do Caldas, esta teoria é possível se entrever com clareza que conflito e consenso são fatores indissociáveis da realidade social, havendo, ao mesmo tempo em que existe uma boa parcela de reciprocidade e cooperação na vida social, também, igualmente, quantidade apreciável de oposição e conflito. Segundo Railda Saraiva Moraes, "...na realidade, reciprocidade, cooperação, oposição e conflito podem ser os componentes das mesmas relações, como demonstraram antropologistas e psicanalistas em seus estudos da vida humana".

Vale ressaltar, que se pode ter como conflito, no dizer de Ralf Dahrendorf, "qualquer relação de elementos que possam caracterizar-se por uma oposição de tipo objetivo 'latente', ou subjetivo 'manifesto'. O conflito será social quando trata de estrutura das unidades sociais, ou seja, quando é supra individual"²⁰².

199 Aspectos introdutórios ao estudo do conflito e consenso", in: Nomos, Vol. I - Revista dos Cursos de Mestrado da Bahia, Ceará, Pernambuco e Fortaleza, Imprensa Universitária da Universidade do Ceará, 1978, p. 341; grifos nossos).

200 CALDAS. Roberto Correia da Silva Gomes. **O papel da Constituição sob uma visão autopoietica do direito** - Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 20/1997 | p. 213 - 228 | Jul - Set / 1997

201 Cf. RUFFOLO, Giorgio". "Desordem ou segurança, o risco histórico das nações" in O Estado de S. Paulo de 23.03.1980, 8.º caderno apud GARCIA, Maria. **Desobediência civil**. São Paulo : RT, 1994, p. 94.

202 Sociedad y Libertad - trad. José Jimenez Blanco, Madri : Editorial Tecnos, p. 184;

De outra parte, ao consenso social liga-se a idéia de concórdia trabalhada por Cícero como categoria política "que exprime aquela base iniludível da convivência social sobre a qual não existe confronto radical senão, no dizer do próprio Cícero, *benevolentium concertatio*, sem o qual a sociedade deixa de o ser, se dissocia e, seguindo o famoso epitáfio do nosso romântico, uma das suas metades mata a outra"²⁰³, significa o "acordo radical de quem compõe o corpo social de viver em comum segundo determinadas normas, em torno das quais todos estão de acordo"²⁰⁴ (Idem. *Ibidem*, p. 12; grifos nossos).

Em verdade, a teoria da autopoiese é fruto da preocupação de um ramo da Sociologia do Direito conduzido por, dentre outros, Niklas Luhmann, que visa, segundo uma análise sistêmica funcional, tornar o Direito imune às injunções advindas das relações de conflito e consenso sociais, de sorte a que reste resguardada a sua autonomia dentro do corpo social. Nesta concepção sistêmica, como em qualquer outra, a sociedade moderna resulta da hipercomplexificação social vinculada à diferenciação funcional das esferas do agir e do vivenciar.

O Direito Público do Estado²⁰⁵ contemporâneo visa satisfazer determinadas necessidades sociais, sendo vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina²⁰⁶. A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos. Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas não constituem preocupação apenas sociológica,³ mas, muito pelo contrário, são elementos essenciais

²⁰³Miñon, Michel Herrero de. **As vias falsas e verdadeiras do consenso constitucional** - a experiência espanhola. 1.ª ed., Lisboa : Moraes, 1980, p. 12)

²⁰⁴ Idem. *Ibidem*, p. 12

²⁰⁵ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Princípio da eficiência**. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 237: 1-6, Jul./Set. 2004

²⁰⁶Fábio Konder Comparato observa que, "em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados". Arremata afirmando que "a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente" (COMPARATO, Fábio Konder. .. Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas", in Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, Vol. 2, Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 350/1).

3. 1.2- Dos Conflitos Envolvendo os Entes: Regras Gerais para Estados, Distrito Federal e Municípios nas Tratativas da Lei 13.140/2015

No que tange aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a Lei n.º 13.140/2015 positivou regras gerais acerca da câmara de mediação administrativa e determinou aos entes federados a regulamentação da forma de constituição e funcionamento das câmaras (art. 32, “caput”, § 1º).

Sabe-se que os órgãos e as entidades da Administração Pública também se envolvem em conflitos, de acordo com dados demonstrados neste trabalho pelos dados da Justiça em Números. Seja dito de passagem, o Poder Público é um dos maiores litigantes do judiciário, de acordo com dados apontados pelo CNJ.

O marco legal da mediação no Brasil, a Lei n.º 13.140/2015, corrobora e fomenta que a Administração Pública prime e trate seus conflitos por meio da conciliação e da mediação (art. 32).

Para elucidar na lição de Maria Tereza Fonseca Dias²⁰⁷, não versa a criação da mediação na Administração Pública, “mas instituir um conjunto de mecanismos de autocomposição, do qual a mediação é uma espécie que pode ser ou não implantada”.

Assim, conjuntamente a Lei n.º 13.140/2015 e o CPC 2015 asseguram que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, poderão implantar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (artigo 32 da Lei de Mediação e art. 174 do CPC 2015). Isto é, em determinados casos será possível o particular compor o litígio desvinculado do judiciário.

A sujeição do litígio às câmaras, no entanto, é desprovida de obrigatoriedade, conforme o art. 32, § 2º da lei, que determina que a sujeição do litígio às câmaras é facultativo e será pertinente somente nos casos previsto no regulamento do concernente federado.

Desta forma, a lei permite a Administração à elaboração ou não das câmaras. No entendimento de Coelho e Lúcio²⁰⁸ acautelam que a preferência de certos mecanismos em relação a outros, não se alude a uma predileção técnica, mas mostra a escolha de meios de

207 DIAS. Maria Tereza Fonseca Dias. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>> Acesso em 23 out 2018.

208 COELHO. Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. **A advocacia pública federal nas metas do centenário**: a mediação como instrumento de gestão. Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em 24 set 2018. P.22

progresso de políticas públicas, pormenorizando suas formas, finalidades e objetivos, em resumo, de preferências políticas.

Na lição de Luciana Moessa de Souza²⁰⁹, indica a não adequação e a inconstitucionalidade da ordem que traz a forma facultativa o uso do meio consensual pela Administração Pública, por golpear frontalmente o princípio constitucional da eficiência. Ainda, de acordo com seu entendimento os conflitos devem ser sanados observando-se a mais razoável relação entre custos e benefícios, ou seja, “menores custos, menos tempo, menos desgaste para a relação entre as partes e melhores resultados para ambas”.

As câmaras de mediação, na forma da lei, operarão dentro dos órgãos da Advocacia Pública (Advocacia Geral da União, Procuradorias dos Estados e dos Municípios) e serão competentes para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público e III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Cabe, salientar que o inciso I tem como referência os conflitos internos entre órgãos e entidades da Administração Pública, de forma a não serem enviados ao Poder Judiciário litígios criados pela falta de diálogo no meio da própria Administração Pública.

Agora já no inciso II, o dispositivo trata à possibilidade de composição nos variados conflitos envolvendo particulares e a Administração Pública. Conforme entende a autora²¹⁰ “o que se pretende dizer é autocomposição, ou seja, resolução por acordo”. No que tange à admissibilidade, Souza indica a falta de critérios objetivos para a avaliação do caso concreto.

No entanto discorre o inciso III o termo de ajustamento de conduta como uma possibilidade efetiva de se consertar certo erro, abstendo-se da judicialização de conflitos. Para Souza²¹¹, refere-se ao único dispositivo que menciona esse instrumento, normalmente é usado para solucionar conflitos que envolvam direitos indisponíveis.

Para a Lei de Mediação, é excluído da competência das referidas câmaras as controvérsias que apenas possam ser solucionadas por atos ou concessão de direitos

²⁰⁹SOUZA. Luciana Moessa de Souza. **A mediação de conflitos e a Administração Pública**. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.p 212-222

²¹⁰SOUZA. Luciana Moessa de Souza. **A mediação de conflitos e a Administração Pública**. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.p 220

²¹¹ SOUZA. Luciana Moessa de Souza. **A mediação de conflitos e a Administração Pública**. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.p221

subordinados à autorização do Poder Legislativo. Isto é, se a diligência precisar de autorização do legislador, não é cabível que o ponto seja levado à câmara, vez que acordo requer a anuência de outro Poder independente, na forma do texto legal do art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Ademais, no § 5º do artigo 32 da Lei determina que abarcam na competência das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a prevenção e a resolução de conflitos que circundam o equilíbrio econômico-financeiro de contratos realizados pela administração com particulares.

Portanto, por consequência a partir deste marco da legislação, as câmaras administrativas poderão resolver os conflitos que tratem do tema de equilíbrio econômico-financeiro de contratos feitos pela administração com particulares.

Uma outra probabilidade legal, é acerca à mediação de conflitos quando envolver a questões de prestação de serviços públicos. Na forma do art. 33, § único, a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá dar início ao procedimento de ofício ou por meio da provocação. Nos parâmetros da Lei, ocorrendo consensualidade entre as partes, o que for deliberado será reduzido a termo e instituído o título executivo extrajudicial (art. 32, §3º).

A largada inicial do procedimento administrativo para a resolução consensual de conflitos na esfera da Administração Pública salienta-se que suspende a prescrição, na forma do art. 34.

Traz o bojo o art. 34, § 1º, que procedimento é iniciado quando o órgão ou entidade pública proferir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formal do pedido de resolução consensual do conflito.

No tocante a matéria tributária, a suspensão da prescrição observará o Código Tributário Nacional, com fulcro no art. 34, § 2º da Lei.

Conforme trazido pelo art. 33, durante o tempo que de ausência da criação das câmaras de mediação, os conflitos deverão ser resolvidos conforme o procedimento de mediação elencado na Subseção I da Seção III do Capítulo I da Lei n.º 13.140/2015.

Salutar mencionar que da inércia do regulamento poderá fomentar a administração a criar a mediação e outros instrumentos de tratamento de conflitos no Poder Público. No entendimento de Dias²¹², visto que a lei outorgou o desempenho de competência vasta para a

²¹²DIAS. Maria Tereza Fonseca Dias. **A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público.** Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao->

Administração em assuntos de meios autocompositivos, o desempenho desta competência deve valer-se de maneira adequada, diferenciando-se as potencialidades que cada qual tem a ofertar nesta esteira.

Cabe ressaltar quanto as regras específicas para a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações, a saber:

3.1.3- Transação por Adesão nos Conflitos envolvendo a Administração Pública

A Lei n.º 13.140/2015 inseriu a figura da “transação por adesão”. Que traz o significado que, em certos temas que estão causando muitos conflitos envolvendo a Administração Pública federal, caberá o órgão ou entidade indicar, de forma geral, ou seja, a quem interessar que façam acordo com o Poder Público, nas conjunturas por ele ofertadas. Trata-se de oferta de acordo com os parâmetros restritos. Por isso, a nomenclatura de “transação por adesão” (a parte anui ou não; não dispondo meio ampla de negociação).

Dos Requisitos para que haja a transação por adesão:

As controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Os demais requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

Pode-se citar o caso ocorrido em março do corrente ano no Estado de São Paulo que vai indenizar as famílias das oito vítimas do ataque a tiros na Escola Estadual Professor Raul Brasil, em Suzano. Os familiares devem receber a quantia em até 30 dias.

O governador João Doria criou um comitê para cuidar das indenizações em questão. O valor vai para os parentes dos alunos e funcionários que perderam as vidas na tragédia.

O ataque aconteceu na última quarta-feira, (13 de março 2019) e foi realizado por dois ex-alunos do colégio. O crime continua sendo investigado.

Segue a nota completa do governo de São Paulo²¹³:

O governador João Doria criou um comitê executivo formado pela Procuradoria Geral do Estado, pelas secretarias da Educação, Segurança Pública e Assistência Social, além de membros da Defensoria Pública como convidados, para garantir celeridade no processo de pagamento de indenização aos familiares das vítimas do atentado ocorrido na escola professor Raul Brasil, em Suzano. O decreto, que será publicado na edição desta sexta-feira, 15, do Diário Oficial prevê que o grupo determine, no prazo máximo de 30 dias, os valores que serão pagos pelo Governo Estadual aos familiares das vítimas. "Nenhuma ação do Governo poderá compensar vidas perdidas, mas em um momento de tamanha dor e tristeza, é fundamental que essas famílias não enfrentem burocracia e processos lentos para terem acesso aos recursos. É hora de solidariedade e atitude".

De acordo com a reportagem aos Entes Públicos, informações pertinentes a indenização menciona:²¹⁴

[...] um balanço sobre as indenizações e ações realizadas em apoio às vítimas do atentado na Escola Estadual Professor Raul Brasil, em Suzano (SP), foi apresentado nesta quarta-feira (5), no Palácio dos Bandeirantes, sede do governo de São Paulo. Até o momento, seis das sete famílias dos mortos no massacre já receberam as indenizações pagas pelo estado, faltando apenas uma família, que não havia entregue a documentação exigida, mas que agora aguarda apenas o recebimento. Quanto aos 11 adolescentes feridos, todos já receberam diretamente as indenizações. O valor das indenizações não foram divulgados. "A pedido dos próprios familiares, a Defensoria Pública e a Procuradoria acordaram por não divulgar. Isso é bastante comum

²¹³ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-06/familias-de-vitimas-de-massacre-em-suzano-receberam-indenizacoes>

²¹⁴ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-06/familias-de-vitimas-de-massacre-em-suzano-receberam-indenizacoes>

nesse tipo de negociação extrajudicial, em outros acordos houve o mesmo procedimento de sigilo a pedido dos familiares", disse a primeira subdefensora pública do Estado de São Paulo Juliana Belloque. Ela informou, porém, que foram usados os parâmetros presentes nas decisões dos tribunais, principalmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ). "É óbvio que o valor de um ser humano, o valor de uma vida, é igual para todas as pessoas, então nós adotamos, no caso das vítimas fatais, a impessoalidade, e esse valor de cada pessoa que perdemos nessa tragédia é o mesmo, mas são os familiares que recebem essas indenizações, aí cada núcleo familiar foi atendido individualmente na sua conjuntura". Quanto aos feridos, a subdefensora explicou que "foi o próprio adolescente lesionado [que recebeu]. Em duas situações em que os pais tiveram danos patrimoniais, ou por adiantar gastos com medicamentos, ou por serem profissionais liberais, e deixaram de desempenhar a atividade laboral, também houve essa indenização, que a gente chama de lucro cessante". A procuradora geral do Estado de São Paulo, Lia Porto Corona, disse que as indenizações foram pagas em menos de 30 dias após do atentado. "Nunca antes foi feito no estado [de São Paulo] uma postura tão proativa e rápida no acolhimento das famílias e dos vitimados, em todos os sentidos. Em menos de 30 dias, o estado pagou a primeira indenização". Segundo ela, essa rapidez só foi possível porque o decreto de reconhecimento de responsabilidade civil foi publicado no dia seguinte ao ocorrido. "Só quando há reconhecimento por meio do decreto que nós conseguimos fazer o pagamento tão rapidamente, nós antecipamos uma etapa e já há planos para mensuração e contato com os familiares". De acordo com o defensor Público-Geral do Estado de São Paulo, Davi Eduardo Depiné Filho, como houve o termo de acordo, não é possível uma futura judicialização. "Como toda negociação extrajudicial, se ela é bem sucedida, como foi o caso, ela impede a judicialização porque foi resolvida. A acordo cancelou essa demanda".

Um fato atual extremamente lamentável, no que tange a violência, mas que retrata esta questão da força da mediação que envolve o poder público no cenário de resolução de conflitos de forma consensual, pela instrumentalidade da mediação.

A transação por adesão foi um meio utilizado no caso retratado, de forma que um deixa claro que na mediação, em seu poder conciliador existem meios como a transação que são braços que contribuem dentro do campo mediatório.

3.1.4 Da atual experiência Negocial e Consensual das Propostas Apresentadas pela Advocacia- Geral da União aos Litígios que a Envolvem

Segundo a experiência utilizada na procuradoria cearense demonstra que mais de 90% das propostas apresentadas pela AGU foram efetivadas. Existem três formas de enviá-las.

Uma delas é a "contestação", que é a peça ajuizada pelos advogados públicos nas ações em que a União é citada. Denominada de "Conciliação Eficaz", teve índice de aproveitamento superior 40% ²¹⁵.

Outro caminho percorrido pela Advocacia-Geral foi utilizar-se de mutirões. As partes litigantes são convidadas a apresentar-se à sede do órgão em data e horário pré-determinados, já cientes da proposta. Assim, os advogados apontam como alcançaram o valor do cálculo e o processo é feito de forma célere. Cabe a parte decidir aceitar, ou não, o que foi oferecido. Em 93% dos casos, a oferta é acatada, segundo a PU/CE.

A terceira maneira é a negociação que através do contato direto com os escritórios de advocacia. Segundo Moraes. "As ações normalmente estão em um número reduzido de firmas. Nós pegamos a relação deles, os convocamos e apresentamos uma proposta padrão para todos os processos do escritório".

No que diz respeito aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a Lei n.º13.140/2015 fixou regras gerais sobre a câmara de mediação administrativa e deixou para os entes federados a regulamentação do modo de composição e funcionamento das câmaras (art. 32, "caput", §1º) posteriormente foi também abarcado para os conflitos de âmbito familiares. Sua principal ferramenta de aplicação é a negociação.

Acerca do processo de negociação, é o meio pelo qual a mediação evolui, não sendo papel do mediador negociar pelas partes, mas contribuir para que eles próprios encontrem as melhores alternativas para se chegar ao acordo.

O modelo é aplicado pelo mediador que atua no processo com neutralidade, a fim de identificar a possibilidade de descobrir os reais interesses das partes, incentivando a criação de propostas advindas por elas próprias.

Os caminhos da mediação apresentam a possibilidade de se poder dizer o que se passa com o sujeito envolvido no conflito. Assim, ensina Warat²¹⁶, quando assim dispõe:

[...] a mediação é uma possibilidade de poder ter o direito a dizer o que nos passa, ou uma procura do próprio ponto de equilíbrio e do ponto de equilíbrio com os outros. Seria um ponto de equilíbrio entre os sentimentos e as razões para evitar os excessos dos sentimentos, os sentimentos desmedidos. A mediação como um encontro consigo

²¹⁵Disponível em :http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/587200: Acesso em 01 de Set de 2018.

²¹⁶ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis. Habitus Editora, 2001. p. 34. BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.).

mesmo é uma possibilidade de sentir com o outro, produzir com o outro a sensibilidade de cada uma: o entre nós da sensibilidade.

Sabe-se, que o Poder Judiciário já não é o detentor absoluto da função de dirimir os conflitos existentes na sociedade atual. Enfrenta a progressiva multiplicidade dos conflitos; o auto custo processual; a excessiva morosidade; a falta de efetividade e de qualidade da prestação jurisdicional; o desgaste das relações.

É imprescindível atentar ao custo/benefício que a resolução de conflitos por intermédio da Mediação em litígios que envolvam o Poder Público, pois trata de uma necessidade das partes, sopesando que esta prática possui baixo custo, ao se equiparar com os benefícios que pode produzir, em especial quando se está diante de um judiciário moroso, onde o processo pode se “arrastar” por anos até chegar ao trânsito julgado, sem garantir uma reparação justa e devida e, ainda mais importante, sem resolver o conflito.

Questiona Yasser Gabriel, em um artigo a seguinte questão: “o que fazer se IBAMA e ANEEL discordarem sobre a possibilidade de construção de uma usina hidrelétrica? E se CADE e BACEN divergirem sobre quem tem competência para analisar atos de concentração entre instituições financeiras?”

De acordo com o entendimento do autor²¹⁷ “...apesar de ambos os casos envolverem entidades da administração pública, nossa cultura jurídica tende a ignorar as instâncias administrativas e buscar solução no Poder Judiciário”. A seu modo de ver nos exemplos colocados de fato é o que tem ocorrido. No entanto afirma que tal situação pode começar a mudar.

No seu entendimento,²¹⁸ “agora temos um juiz administrativo, na figura do Advogado-Geral da União (AGU), para solucionar esse tipo de conflito com decisão impositiva para as partes. O arranjo está previsto na Lei de Mediação (lei 13.140), de 2015, e normatiza prática que a Advocacia Geral da União realiza desde 2007 por meio de sua Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal”.

Ademais, afirma que dentre outras coisas,²¹⁹ “a lei estabelece procedimento para “autocomposição” de conflitos entre órgãos, autarquias e fundações de direito público, sempre

217YASSER Gabriel – Mestre em Direito pela FGV DIREITO SP. Doutorando em Direito Administrativo pela USP. Pesquisador do Grupo Público da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público – Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/novo-regulamento-do-tcu-sobre-acordos-de-leniencia-algo-mudou-01052019>

²¹⁸ibid

²¹⁹ibid

que pertencentes à União. É autocomposição porque tais conflitos serão solucionados com auxílio da Advocacia-Geral da União — conflitos da administração, resolvidos internamente pela própria administração”.

Como descrito pelo autor o art. 36 ²²⁰“prevê duas formas de solucionar controvérsia jurídica entre esses órgãos ou entidades. Primeiro, a Advocacia-Geral da União tenta realizar acordo entre as partes conflitantes obtendo sucesso, o termo do acordo vira título executivo extrajudicial. Contudo, se as partes não entrarem em acordo, cabe ao AGU dirimir a controvérsia (§1º). É nesse caso que ele se torna verdadeiro juiz administrativo”.

A lei não estabelece que a decisão monocrática do AGU será título executivo, ou mesmo que terá efeito vinculante. Em tese, a parte que não concordar com seu teor pode recorrer ao Judiciário. Contudo, a mesma lei prevê que a propositura de ação judicial sobre o conflito deve ser autorizada pelo AGU (art. 39). Ou seja, a ação fica sujeita ao reconhecimento, pelo AGU, de que a sua própria decisão é questionável. Há, assim, bem poucas chances de que alguma ação seja proposta. Em termos práticos, a solução administrativa do AGU será final, como se ele fosse um juiz. E isso não é necessariamente ruim. Para Yasser o Poder Judiciário²²¹.

“como caminho óbvio para resolução de conflitos. O resultado são tribunais soterrados e litígios demorados. Mecanismos alternativos para composição de interesses podem colaborar para mudar tal cenário. Ainda, o procedimento em questão pode estimular atuação mais sinérgica da administração, vez que haverá solução “caseira” para problema envolvendo seus próprios atores — é recorrente a crítica de que falta coesão entre atuações de órgãos e entidades administrativas”.

Ainda, afirma que existem questões a serem enfrentadas, a saber ²²²:

[...] uma delas é o risco de quebra da autonomia funcional dos colegiados das agências. E como garantir a imparcialidade do AGU em suas decisões? Sendo o AGU cargo de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República, ele fica suscetível a pressões políticas. O recente caso envolvendo o ex-Secretário de Governo, Geddel Vieira Lima, levantou esse alerta. A iniciativa parece positiva. Precisamos, no entanto, refletir sobre maneiras para

²²⁰ibid

²²¹ibid

²²²ibid

implementá-la de forma proveitosa. Institucionalizar um procedimento transparente, com ampla divulgação dos fatos e argumentos submetidos à decisão do AGU talvez seja um bom início.

Para Paulo Afonso Brum Vaz, no âmbito da Advocacia Pública, vigora o senso comum de que inexistente esse dever inerente ao cargo. Essa equivocada compreensão decorre tanto da cultura litigante que ainda permeia o ensino e a prática jurídica do direito administrativo, quanto da incompreensão sobre o papel do Estado e do Poder Público. Secundariamente, tem-se receio da responsabilização por um acordo indevido e a falta de estrutura ou minimização do serviço público no Brasil, como fatores que determinam a retração dos procuradores públicos diante das políticas conciliatórias no âmbito do Poder Judiciário. Segundo Madeira²²³ enumera duas motivações teóricas que permitem o acordo com o Poder Público: 1) o autor da ação ou o cidadão que apresenta um requerimento perante a administração pública tem razão, ou seja, é detentor de um direito subjetivo; 2) considerados os custos e os benefícios, a demanda não “vale a pena”.

Na primeira hipótese, quando o administrado tem razão, é dever do Poder Público corrigir o equívoco cometido, até por força do poder/dever de autotutela. Quando a Advocacia Pública depreender que o administrado tem razão, cumpre-lhe assegurar a fruição desse direito tal como ele o teria fruído se a administração pública não tivesse se equivocado na realização do ato administrativo impugnado. Por isso o acordo aventado não pode ser implementado sob a forma de transação (que exige concessões mútuas entre as partes), consistindo, portanto, em simples composição do litígio, diz Madureira²²⁴.

Desta forma somente na segunda hipótese é que seria viável a transação, ou seja, sempre que “a manutenção da ação judicial não vale a pena”. Em outros termos, quando ainda paira uma margem de dúvida sobre a existência ou não do direito do administrado, mas a discussão desse mesmo direito em ação judicial se mostra menos vantajosa (ponderando a relação custo-benefício).

²²³ MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Fórum Administrativo: FA*, Belo Horizonte, v. 11, n. 126, p. 9-22, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIOOO6.aspx?pdicntd-74453>>. Acesso em: 2 jan. 2019

²²⁴Ibid p.16

CONCLUSÃO

Esta pesquisa se propôs a verificar o cenário atual da Administração Pública no que se refere ao uso da Mediação no tocante à resolução de conflitos, verifica-se a possibilidade de adoção de suas ferramentas pela Administração Pública, à luz do entendimento jurisprudencial, doutrinário, em consonância com a legislação, com o advento do Código de Processo Civil/2015 e da Lei nº 13.140/2015, referente à mediação e solução de controvérsias entre particulares, bem como, sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Ademais é improvável vivermos numa sociedade sem conflitos, e o Estado, no exercício do da função jurisdicional diante da qualidade e quantidade das demandas que se surgem, nem sempre, obtém garantia da consecução de direitos com efetividade dentro dos parâmetros de duração razoável no tempo.

Diante deste quadro, nos últimos anos, adotou-se uma política de incentivo ao uso dos equivalentes jurisdicionais ou meios consensuais de solução de conflitos, em especial, a conciliação e a mediação.

Tais institutos convenientes no que se acena aos conflitos que envolvam a Administração Pública, cardeal personagem das demandas que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário. E, por esta causa, regulamentados no Código Modelo de Jurisdição Administrativa e no Código de Processo Civil de 2015.

A mediação constitui relevante método para sanar conflitos de forma amigável, sem que com isso, insurja no desacatamento ao princípio da supremacia do interesse público, vez que, seja este preceito a representação do próprio Estado e, desta maneira, seu próprio conceito de finalidade pública, corroborado pelos demais princípios da Administração Pública.

O assunto na ótica da mediação relativa ao Poder Público como atividade interdisciplinar, regida tanto pelo direito como pela mediação, entrosamento indispensável não apenas do ponto de vista teórico, mas essencial à realização das possibilidades integrais da mediação, procedimento pelo qual, sob esta ótica, surgem as seguintes perspectivas de torna possível o tratamento adequado de conflitos administrativos por meio de entendimento construído em conjunto pelas partes, por meio do consenso, o que leva ao comprometimento das partes com a solução, a qual é obtida por meio de procedimento com duração de tempo razoável e com baixo custo frente ao processo judicial, consistindo em nova maneira de lidar com o conflito.

Com tal método, o Estado se aproxima do cidadão, por meio da humanização da administração pública, ao trazer o tratamento de questões administrativas baseado em valores como boa-fé, ética e adequação.

Comina e avaliza a efetividade dos acordos e a sua sustentação perante o ordenamento jurídico, tornando-os consistentes perante os órgãos com competência para homologá-los (autoridade administrativa ou judicial) e perante os órgãos de controle, garantindo a efetividade do instituto da mediação e assim o alcance do bem comum.

Influi na realização efetiva da democracia, ao promover a emancipação dos envolvidos, que atuam como protagonistas, assumindo assim a responsabilidade pelas soluções de seus próprios problemas.

Contudo, em que pese os progressos alcançados com o advento da Lei Federal 13.140/2015 que regulamentou o procedimento de mediação e conciliação com a Administração Pública no Brasil, ainda se verifica que o legislador adotou uma postura cautelosa, que ainda causa receios ao tratar da questão inibindo ainda a existência de verdadeiro diálogo entre os envolvidos.

Ademais, a exigência de intervenção do Ministro do Estado, do Advogado-Geral da União, embora convenha para uniformizar o proceder nos casos de conciliação e mediação, de certo, poderá gerar morosidade e ineficiência à escolha adotada.

Assim, o instituto da transação por adesão de forma ontológica não tem qualquer relação com os meios convencionais de solução consensual de conflitos, pois não apresenta mínima possibilidade de diálogo entre as partes, cabendo ao administrado apenas o cabimento de concordar ou não com o proposto pelo Poder Público. A Lei n. 13.140/2015 entrou em vigor em 26 de dezembro de 2015, desta forma, ainda não se tem exata noção dos efeitos concretos que ela terá na solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública.

Notável é que o diploma legal reflete um avanço na forma de solução de conflitos de massa, uma maneira de evitar o ajuizamento de demandas repetitivas, e uma manifestação de empoderamento da Administração Pública, que, muitas vezes, vale-se do Poder Judiciário, apenas para ganhar tempo diante da necessidade de reconhecer direitos. Neste sentido, espera-se que o manejo da lei venha a ser fomentado e se multiplique pelos demais entes da federação, revelando-se uma ferramenta valiosa para o fortalecimento da autonomia e credibilidade do Poder Executivo.

A institucionalização da mediação trouxe ao ordenamento jurídico um novo marco legal. O que outrora, buscava-se no judiciário, agora surge lugar para o novo e, com isso, aliviar os Tribunais através do consensualismo estatal, após décadas de litigância intensa.

Todavia, para que esse paradigma tenha êxito é de grande valia o fomento e a propagação e promoção da mediação no fortalecimento do consensualismo, encarar o desafio com crença e muita determinação, por parte daqueles, a quem foi direcionado esta lei, sem excluir um traçado de conduta e gestão pública para atuação da cultura consensualista nos litígios que a envolvam.

O sistema jurídico próprio da Administração Pública, não pode obstar que os conflitos que envolvam sejam resolvidos por meio de consenso. Assertivamente, há casos que são pertinentes a autocomposição, visivelmente há ocasiões que o litígio pode resultar em interrupção de serviços públicos ou danos ao erário Público.

Nessa continuidade as forças das partes em buscar uma solução tangível, concatenada entre o administrado e a Administração Pública com intuito de alcançarem uma solução legal, para sua real efetividade. Assim, partindo da dialógica que é meio determinante para a normativa tornar-se uma prática administrativa. Diante disto, com fundamentos discutidos conclui-se, que é possível minorar o corolário que temos de um sistema judicial manuseado de forma descabida. Destarte, a sociedade e o Poder Público como partes, sazonarem suas condutas na sociedade, de modo continuado engrenar em para instrumentalidade da mediação, com o propósito de resolver os seus conflitos e germinarem a cultura de uma sociedade que promova a paz e menos judicialização.

Cabe ao Estado, este como o maior litigante de demandas judiciais, oportunizar deste instrumento de maior efetividade resultando em possível efetividade a qual se propõem eficiência da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. **Ação Comunicativa e Jurisdição**: uma contribuição Habermasiana. Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, ano 12, v. 23, p. 85-102, jan./dez. 2004.

ALBERTON, Genacéia da Silva. **Repensando a jurisdição conflitual**. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, Porto Alegre, v. 36, n. 115, p. 119-157, set. 2009. ASSIS, Araken de. O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário. Revista do Advogado, São Paulo, n. 43, p. 9-25, jun. 1994.

ANDRADE, Renan Marcelino. **Solução extrajudicial de conflitos coletivos**. 2017. 282f. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. v. 3. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2005.

BACELAR, Tânia. **As Políticas Públicas no Brasil**: heranças, tendências e desafios. 2003. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2011. BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução dos conflitos, Revista do Processo, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 122-134, jul./set. 1999.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**: a nova mediação para processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. BARBOSA, Aguida Arruda. Mediação Familiar: uma nova mentalidade em direito de família. Revista de Doutrina e Jurisprudência – JTDF, Brasília, n. 28, set./dez. 1998. 176

BRAGA, Carlos David Albuquerque; FABBRI, Maurício Pestilla. **Da mediação no Novo Código de Processo Civil e sua Aplicação na Área Empresarial**. Contencioso Empresarial na Vigência do Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017. 384 p.

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015.

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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, D.F., 29 jun. 2015. p.1.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Departamento de Artes Gráficas. 2013.

CALCATERRA, Ruben A. **Mediación Estratégica**. Barcelona: Gedisa, 2006.

CALDAS. Roberto Correia da Silva Gomes. **O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO SOB UMA**

VISÃO AUTOPOIÉTICA DO DIREITO - Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 20/1997 | p. 213 - 228 | Jul - Set / 1997

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013. 269p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988

CARAM, María Elena; EILBAUM, Diana Teresa; ROSOLÍA, Matilde. **Mediación: diseño de una práctica**. Buenos Aires: Histórica, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem como Meio Adequado de Resolução de Litígios**. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio Cezar (Coords.). Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. **Árbitros e juízes: guerra ou paz?**In: FERREIRA LEMES; Selma M.; BATISTA MARTINS, Pedro A. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. **Mediação, conciliação e arbitragem no novo CPC**. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. (Org.). O Novo Código de Processo Civil: programa de estudos avançados em homenagem ao Ministro Arnaldo Esteves Lima. 1ªed.Rio de Janeiro: EMARF, 2016, v. 1º, p. 161-181.

COELHO. Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. **A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão**. Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003>. Acesso em 24 set 2018.

CONFORTI, Franco. **Construcción de Paz**. Diseño de intervención em conflictos. Madri: Dykinson. 2017. 262 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Relatório 100 maiores litigantes. Brasília, DF: CNJ, Mar. 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 set. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Relatório 100 maiores litigantes. Brasília, DF: CNJ, Mar. 2011. Disponível em: Acesso em: 20 set. 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 656.

Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal: uma introdução. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. (Coord.). Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 3-33

DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom. **Mediação na Administração Pública Brasileira. O Desenho Institucional e Procedimental**. São Paulo. Almedina, 2018

DIAS. Maria Tereza Fonseca Dias. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. Disponível em Acesso em 23 set 2018.

EGGER, Ildemar. **O papel do Mediador**. Disponível em: <<http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm>>. Acesso em 20 abr. 2018.

EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública**. RPGE. Porto Alegre, v. 36 nº 75, p.55-74, 2015.

ENCINA, Gregorio Billikopf. **Mediación Interpersonal: facilitando el diálogo entre las partes**. 2016. The regentes of the University of California. 451 p.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O modelo restaurativo, o sistema multiportas e a advocacia pública: novos paradigmas para a ciência jurídica**. Tese. Congresso Nacional de Procuradores de Estado

FALCÃO, Joaquim ;**Guerra, Sérgio. Soluções Alternativas de Controvérsias no Setor Público**. In: Rafael Almeida (Org.). 1ªed.Rio de Janeiro: FGV, 2015. 200p

FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JR., Carlos JulioOlivé; MORAES, Daniel Lopes de. **Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais**. São Paulo: LTr, 2004

FISHER, Roger. **Como chegar a um acordo: a construção de um relacionamento que leva ao sim**. Rio de Janeiro: Imago es. 1990.

FISHER,Roger; URY,William L.; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim - A Negociação de Acordos Sem Concessões**. Rio de Janeiro: Imago. 2014. 2016 p.

GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa Garcia. **Mediação e Autocomposição: Considerações sobre a lei nº 13.140/2015 e o Novo CPC**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo. Ano XII. nº 97, set-out. 2015

GOULART. Juliana Ribeiro; FAGÚNDEZ. Paulo Roney Ávila. **Como se pode fazer mediação na administração pública?** Disponível em: Acesso em 07 jun. 2016.

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/autocomposicao-e-poder-publico-realidade-ou-incompatibilidade-22032018>

ISOLDI, Ana Luiza Godoy. **A mediação como mecanismo de pacificação urbana**. 2008. 199 p. Dissertação (mestrado em Direito Urbanístico). Faculdade de Direito. PUC, São Paulo.
JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. Manual de arbitragem. Mediação e Conciliação. 7ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2016.

LAVRADOR, João Guilherme Vertuan. **Mediação e acesso à justiça: os impactos da mediação nos conflitos**. 2017. 203f. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

LOPES, Francisco Ribeiro; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. **O instituto da mediação como cultura de paz na resolução de conflitos empresariais**. XII seminário nacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea (seminário). ISSN 2447-8229, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14685/3109>>. Acesso em: 11 maio 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

Mediação de Conflitos. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/conheca-os-principaismodelos-de-mediacao-de-conflitos-por-juliana-ribeiro-goulart-e-jessica-goncalves/>> Acesso em 07 jun. 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno. De acordo com as Leis 13.105/20159 (Novo Código de Processo Civil), 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem) e 13.140/2015 (Lei da Mediação)** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais , 2015.

Meyer-PFLUG, S. R.; CAMARGO, M. L. M. S. . **Mediação como resolução de conflitos**. In: Maria dos Remédios Fontes Silva; Nefi Cordeiro. (Org.). Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça I. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2016, v. 1, p. 368-384.

Meyer-PFLUG, S. R.; ZAINAGHI, M. C. . **A judicialização contrapõe-se a mediação ou conciliação?**. In: VI Encontro Internacional do CONPEDI- Costa Rica, 2017, San Jose. Direitos Humanos, Direito Internacional e Direito Constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I. Florianópolis: Conpedi, 2017. v. 1. p. 4-22.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, 255p

NASCIMENTO, Dulce; Leandro Renno. **As vantagens da escolha pela mediação empresarial.** Direito Empresarial. Estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros. São Paulo: Editora IASP. 2015. (fls. 547 a 560)

NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de mediação: guia prático para conciliadores.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Revista Brasileira de Direito Comercial v. 1 (out./nov. 2014)-.– Porto Alegre: LexMagister, 2014 **de Conflitos.** Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz e Cláudia Lúcia Soares da Silva Santos Bimestral v. 23 (jun./jul. 2018) **A Mediação como Instrumento de Desjudicialização e Efetividade na Resolução**

OLIVEIRA, G. J. de, & Schwanka, C. (2009). **A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI:** fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 104, 303-322. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v104i0p303-322>

OLIVEIRA, Virginia Grace Martins de. **A conciliação e a mediação extrajudicial no Brasil como instrumento para a construção de uma sociedade autônoma.** 2015. 120 p. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Nove de Julho.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Mediação e Arbitragem na Administração Pública .** (Org.). Curitiba: CRV, 2018. 225p
RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil.* 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 376

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos. Negociação, Mediação Conciliação na Esfera Administrativa e Judicial.** 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUARES, Marinés. **Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas.** 1.ed., 5.reimp. Buenos Aires: Paidós, 2005.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016 (232-245).

TOLEDO, Armando Sérgio Prado de ; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier , 2014.

Ury, William. **Como Chegar ao Sim Com Você Mesmo.** Rio de Janeiro: Imago. 2014
VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Método, 2008. WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (ORG). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. **Breves Comentários ao Código de Processo Civil de 2015,** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.