

A CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO: UM PODER-DEVER DE ORDEM PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL

Kemi Helena Bomor Maro¹

RESUMO

O presente trabalho apresenta a evolução do conceito do princípio do acesso à justiça, as alterações legislativas que objetivaram a desjudicialização e o estímulo à adoção de meios alternativos para a resolução dos conflitos. Destaca-se a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei Federal n. 13.140/2015 para criação de câmaras de autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública. Partindo do fato de que o Poder Público figura como um dos maiores litigantes do país, faz-se a reflexão quanto ao papel a ser desempenhado pelos advogados públicos na consensualidade da Administração Pública.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Desjudicialização. Meios Alternativos. Administração Pública. Consensualidade. Câmaras de Autocomposição. Advogado Público.

ABSTRACT

The present work presents the evolution of the concept of the principle of access to justice, the legislative changes that aimed at the dejudicialization of certain themes and the encouragement of the adoption of alternative means for resolving conflicts. The innovation brought by 2015 Civil Process Code and Federal Law n. 13.140/2015 for the creation of self-composition chambers of conflicts involving Public Administration stands out. Starting from the fact that the Public Power appears as one of the biggest litigants in the country, the reflection is made regarding the role played by public lawyers in the consensus of Public Administration.

Keywords: Access to Justice. Dejudicialization. Alternative Means. Public Administration. Consensuality. Self-Composing Chambers. Public Attorney.

SUMÁRIO

Introdução – 1. O princípio do acesso à justiça e as ferramentas de desjudicialização. 1.1 Acesso à justiça. Conceito e evolução. 1.2 Ferramentas de desjudicialização - 2. O sistema multiportas no CPC/2015. 2.1. Conceito e distinção dos meios alternativos de composição de conflitos. 2.2 A Política

¹ Especialista em Direito Tributário pela UNAES - Centro Universitário de Campo Grande-MS. Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE - Instituto para o Desenvolvimento Democrático de Belo Horizonte-MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Bacharel em Direito pela UNAES - Centro Universitário de Campo Grande. Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul.

Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos - 3. Câmaras de autocomposição na Administração Pública - 4. Fundamentos para a consensualidade na Administração Pública - 5. Peculiaridades da mediação envolvendo o Poder Público. 5.1 Confidencialidade. 5.2. Autonomia da vontade. 5.3 Irretratabilidade – 6. Casos práticos de adoção de medidas consensuais pelo Poder Público no Brasil - 7. O papel do advogado público na condução da consensualidade da Administração Pública – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

De longa data, o congestionamento processual no Poder Judiciário tem prejudicado os cidadãos que depositam na justiça os seus anseios em busca de uma prestação jurisdicional justa, célere e eficaz.

E o Poder Público tem contribuído para esse assolamento de causas judiciais, consoante se extrai dos dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) intitulado “100 Maiores Litigantes”, do ano de 2012, tendo sido responsável por 39,26% (trinta e nove vírgula vinte e seis por cento) dos processos que chegaram à Justiça no ano de 2011².

No relatório “Supremo em Ação”, produzido pelo CNJ no ano de 2018, verifica-se que as pessoas jurídicas de direito público estão entre os dez maiores litigantes do Supremo Tribunal Federal³.

Assim, dada a cultura demandista enraizada no país, desponta a necessidade de mudança de paradigma em relação à atuação do Poder Público.

Com efeito, o acesso à ordem jurídica justa não se satisfaz com o simples ingresso nos órgãos judiciais, de modo que os conflitos devem ser tratados por meio de outros mecanismos.

Nessa toada, as recentes reformas legislativas, as quais foram empreendidas no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e na Lei Federal n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), trouxeram para o arcabouço legal uma permissão expressa de utilização de medidas consensuais como forma alternativa de composição de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública.

O presente trabalho parte do estudo de princípios constitucionais e processuais, da doutrina e da jurisprudência, aliado a uma interpretação sistemática da legislação com o fito de desmistificar o receio dos agentes públicos em empreender uma cultura em prol de uma Administração Consensual. Destaca-se que o estudo se atém a uma análise normativa, sem adentrar em questões econômicas, sociais e financeiras que possam ser consideradas pelo gestor.

Busca-se demonstrar, destarte, que a consensualidade nas relações do Poder Público é, não apenas constitucionalmente possível, recomendável, de maneira a concluir que a função administrativa, tão atrelada à legalidade, deve obediência às prescrições insertas no CPC/2015 e na Lei de Mediação.

Por fim, são pontuadas algumas peculiaridades do regime jurídico administrativo para a adoção da mediação no seio da Administração Pública como forma alternativa de solução de seus conflitos, destacando-se a importância do papel do advogado público nesse mister.

² Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.

³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

1 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E AS FERRAMENTAS DE DESJUDICIALIZAÇÃO

1.1 Acesso à justiça. Conceito e evolução.

O direito de acesso à justiça é garantido constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXV, no qual se preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O acesso à justiça, contudo, não pode se limitar ao seu aspecto formal, ou seja, a simples possibilidade de ingresso em juízo para a defesa de um direito de que se diz titular; ao revés, deve abarcar o aspecto material, qual seja, o acesso a um processo e a uma decisão justa.

A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e de função mistificadores.⁴

O CPC/2015, em seu artigo 3º, trouxe previsão semelhante ao disposto na Constituição da República de 1988 “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Enquanto a Constituição da República de 1988 faz referência ao Poder Judiciário, o CPC/2015 alude à apreciação jurisdicional. Esta diferença é interpretada por alguns doutrinadores como remissão a uma categoria mais ampla capaz de solucionar os conflitos fora do Poder Judiciário.

Na visão de Stacanti, o dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores⁵.

Adotando o conceito teleológico da jurisdição, Guerrero afirma:

[...] há um entendimento de que a jurisdição seja considerada a partir de uma visão teleológica de aplicação do direito ao caso concreto como atividade central, independentemente da atuação direta do Estado. Pode-se dizer, a partir dessa interpretação, que a jurisdição é realizada por aquele que aplica o texto legal a uma situação concreta, seja sua função decorrente de uma função institucional ou da vontade das partes, desde que sejam respeitados alguns requisitos como o contraditório e a ampla defesa. É o conceito conhecido como teleológico de jurisdição.⁶

Dinamarco apresenta o conceito de “justiça parajurisdicional” no sentido de que a tutela jurisdicional fornecida pelo Estado não é o único meio de alcançar a ordem jurídica justa⁷.

De modo semelhante, posiciona-se Didier, para quem, as formas de solução de conflitos fora do Poder Judiciário são denominadas *equivalentes jurisdicionais*, porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas.⁸

Na mesma linha de raciocínio, Marinoni afirma que a jurisdição é qualificada pelo poder do Estado e, dentro de um Estado de Direito, somente pode ser exercido pelos juízes. Assim, várias atividades

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Processo de Conhecimento*. V. 2. 7.ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

5 PINHO, STACANTI, 2016, p. 20 *apud* DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 62.

6 GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V.1. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 121-122.

8 DIDIER JR, Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V.1. 9.ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2008, p.74.

privadas podem levar à pacificação social, sem, contudo, serem qualificadas como jurisdicionais⁹.

Cândido Rangel Dinamarco destaca, desde há muito, a relevância de se emprestar “interpretação evolutiva aos princípios e garantias constitucionais do processo civil”, reconhecendo que “a evolução das ideias políticas e das fórmulas de convivência em sociedade” repercute necessariamente na leitura que deve ser feita dos princípios processuais constitucionais a cada época¹⁰.

Com propriedade, ensina Watanabe:

A busca da pacificação social não deve ser pensada como mera resolução de conflitos de maneira estanque, nem isolada ou unidirecional, mas como forma de alterar comportamentos, ser transformativa e multifacetada. Assim, o tratamento dos conflitos não deve se limitar à decisão adjudicada do juiz, cabendo notar que, em certas circunstâncias, pode ser mais adequado o uso de outros mecanismos (como a mediação, a conciliação ou a arbitragem), inclusive aqueles desenvolvidos por entidades públicas não pertencentes ao Poder Judiciário. Esse raciocínio contempla a ideia de atualização do conceito de acesso à justiça, qual seja, de acesso à ordem jurídica justa, que não se concretiza com o simples ingresso aos órgãos judiciais.¹¹

Desta feita, o acesso à via judicial deve ser preservado, mas não significa que deva ser a primeira e tampouco a única solução. O sistema judiciário deve ser usado em caráter subsidiário para evitar sua sobrecarga e, conseqüentemente, atender aos comandos de efetividade e de celeridade da prestação jurisdicional.

1.2 Ferramentas de desjudicialização.

O fenômeno da desjudicialização na sociedade brasileira vem sendo adotado pelo legislador, de modo sutil, desde a década de 70.

Com efeito, com a edição da Lei Federal n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) houve a desjudicialização de ritos presentes nessa Lei.

Ao longo dos anos, o legislador brasileiro desjudicializou várias situações antes dependentes da prolação de decisão jurisdicional. Tome-se, como exemplo, a Lei Federal n. 8.560/1992 que permitiu o reconhecimento de paternidade direto no registro de nascimento; a consignação em pagamento extrajudicial, permitida com a Lei Federal n. 8.951/1994; o divórcio e o inventário extrajudiciais introduzidos pela Lei Federal n. 11.441/2007; o registro de nascimento tardio permitida com a Lei Federal n. 11.790/2008; dentre outros.

E o CPC/2015 manteve e acrescentou novas hipóteses de desjudicialização, como a usucapião (artigo 1.071); a demarcação e a divisão de terras (artigo 571); a homologação de penhor legal (artigo 703, §2º); dentre outros.

Pedroso¹² traz o seguinte esquema para explicar a desjudicialização, dividindo-a em três ramos:

9 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Processo de Conhecimento*. V 2. 7.ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. I, p. 246.

11 WATANABE, Kazuo; SANTANA, Daldice; TAKAHASHI, Bruno. *A solução consensual do interesse público*. In: MO-RAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). *Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 343-353.

12 PEDROSO, 2002, p.14 *apud* DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. Op. cit, p. 65.

- a) a deslegalização;
- b) a informalização da justiça, onde se encontram os ADRs¹³; e
- c) a desjudicialização, que pode ser de três formas:
 - c.1) meios informais e recurso a não juízes nos processos em tribunal;
 - c.2) transferência de competência de resolução de litígios para instâncias não judiciais; e
 - c.3) transferência de resolução de litígios para velhas e novas profissões.

Para o mencionado autor a desjudicialização refere-se à resolução de litígio. As velhas questões devem ser desjudicializadas, de modo que as novas questões sejam judicializadas, permitindo, dentro do Poder Judiciário, que sejam abertas para novos debates.

Explica, ainda, que a desjudicialização surgiu como um dos meios alternativos de resolução de conflitos, ao lado da conciliação, mediação e arbitragem, sendo inicialmente um quarto modelo.

Percebe-se, pois, que é de longa data a preocupação do legislador com a redução das demandas submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

2 O SISTEMA MULTIPORTAS NO CPC/2015

Embora de um ponto de vista cultural possam ser vistos como sintomas de crises relativas à verdade e à certeza, os meios autocompositivos (que entram no gênero *Alternative Dispute Resolution*) são normalmente apresentados como tendências gerais em termos de direito comparado e são bastante incentivados no CPC/2015¹⁴.

O CPC/2015 consagra o sistema de Justiça Multiportas no direito brasileiro, ao prescrever como norma fundamental do processo civil a solução consensual dos conflitos pelo Estado (§2º do artigo 3º) e afirmar no §3º do seu artigo 2º 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*.

Percebe-se que a adoção dessa sistemática no processo civil brasileiro não implica dizer que há o fechamento da porta do judiciário, tendo em conta o princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Ocorre que nem sempre a via jurisdicional apresenta-se como a melhor opção para resolução do conflito, razão pela qual o legislador estimula a adoção de métodos alternativos que sejam mais adequados para determinadas situações.

A concepção do modelo Multiportas ou Tribunal Multiportas (Multi-door Courthouse), desenvolvido por Frank Sander, no final dos anos de 1970, revela uma forma de organização do acesso à justiça e de organização do próprio Poder Judiciário, na qual este se torna um centro de resolução de conflitos, capaz de oferecer às partes diversos métodos, hipóteses e procedimentos de solução de demandas, cada um com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração no momento da escolha, “em

¹³ *Alternative Dispute Resolution*, isto é, meios autocompositivos de resolução de conflitos.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Op. Cit.V1, p. 140-141.

função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas”.¹⁵

No Tribunal Multiportas os processos distribuídos no Poder Judiciário são encaminhados para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro, tanto para os tribunais quanto para os litigantes. Seu maior mérito é o de fazer imperar a pacificação, afastando a cultura da sentença e das soluções adjudicadas.¹⁶

Assim, na medida em que os próprios contendores conseguem chegar a um consenso, enxergando a percepção do outro sobre o problema e, reconhecendo, por vezes, os equívocos de seus atos, atinge-se a pacificação social, numa sistemática de ganha-ganha, na qual há colaboração das partes.

De outra banda, quando há prolação de decisão judicial, há uma imposição estatal, uma decisão que não agrada a ambos, em uma sistemática ganha-perde ou perde-perde, na qual se mantém a divergência entre as partes e não se alcança, de fato, a pacificação do conflito que pode perdurar por outras futuras relações entre os envolvidos.

Assim, é preciso assentar a ideia de um Estado-juiz minimalista. Cabe ao juiz assumir seu novo papel de gerenciador do conflito, de modo a orientar as partes, mostrando-lhes o mecanismo mais adequado para tratar aquela lide específica.¹⁷

2.1 Conceito e distinção dos meios alternativos de composição de conflitos.

A autocomposição pode ocorrer de forma espontânea (transação, reconhecimento jurídico do pedido e renúncia ao direito) ou de forma estimulada (conciliação e mediação).

O CNJ traz a seguinte definição de conciliação:

A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.¹⁸

A conciliação pressupõe a imparcialidade do conciliador, porém se permite que esse interfira na resolução do conflito, de modo a sugerir soluções.

Na negociação, os conflitantes encontram-se diretamente e, de acordo com as próprias estratégias e estilos, procuram resolver uma disputa ou planejar uma transação, mediante discussões que incluem argumentação e arazoamento¹⁹.

Na negociação, portanto, não há a figura de um terceiro interventor. As partes envolvidas, por si só, chegam a uma solução para a contenda.

15 LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta, 2014, p. 306 *apud* ALVAREZ, Anselmo Prieto; PIERONI, Fabrizio de Lima; SERPA, Luciane. *Estratégias do CPC/2015 para conter a litigiosidade repetitiva: expectativa e limites*. Revista dos Tribunais on line, vol. 276/2018, fev.2018, p. 8.

16 ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli, 2012, p. 247 *apud* ALVAREZ, Anselmo Prieto; PIERONI, Fabrizio de Lima; SERPA, Luciane. *Idem*.

17 HOFFMAN, 2006, p. 23 *apud* DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 63.

18 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 6 jan. 2020.

19 TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 42.

Já a mediação de um conflito pode ser definida como intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução pelas próprias partes²⁰.

Para Maria de Nazareth Serpa:

A mediação é um processo informal, voluntário, em que um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso funciona como catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância desta.²¹

O legislador processual também apresenta algumas balizas para adoção da conciliação e da mediação.

O §2º do artigo 165 prevê que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Busca-se atingir o consenso entre os envolvidos que, geralmente, não têm outra relação além do conflito posto. O resultado almejado é um acordo simples que coloque fim à disputa e que permita que cada um siga seu caminho com alguma satisfação²².

Na conciliação, o conciliador poderá “sugerir soluções para o litígio”. Na mediação, o mediador, “auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito”, conforme estabelecido pelo CPC/2015²³.

Por fim, a arbitragem afigura-se como outra forma heterocompositiva admitida no direito brasileiro, regulada por meio da Lei Federal n. 9.307/1996²⁴.

Consiste em uma alternativa ao sistema jurídico convencional formal em que um terceiro, capacitado tecnicamente, é eleito pelas partes com o intuito de mediar e de dirimir o conflito, estabelecendo aquilo que é o mais justo para o caso em apreço²⁵.

20 SOUZA, 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. 55.

21 SERPA, Maria Nazareth. *Mediação, processo judicioso de resolução de conflitos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, 1997, p. 105.

22 SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Mediação e conciliação, produtividade e qualidade*. *Revista do Advogado da AASP: mediação e conciliação*, São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, p. 40-47, ago. 2014. p. 42.

23 Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a auto-composição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

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

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

24 A lei de Arbitragem anuncia no seu art. 1º que “as pessoas capazes de contratar poderão valer -se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Esses litígios, segundo essa lei, podem ser julgados por “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” (art. 13, caput). Mais adiante, diz, ainda, que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (art. 3.º). Além disso, tal lei deixou claro que a decisão do árbitro não precisa ser homologada pelo Judiciário e não pode ser nele novamente posta em discussão.

25 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação*. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 44.

2.2 A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos.

O CPC/2015 estimula formas autocompositivas de resolução de conflitos seja prevendo que, como regra, a citação do demandado no procedimento comum é para o comparecimento em audiência (e não mais para defender-se em juízo, com o que desestimula a formalização do litígio no processo logo em seu início, consoante posto no artigo 334), seja destacando a categoria dos conciliadores e dos mediadores, prevendo-os expressamente como auxiliares do juízo (artigos 165 a 175) e prevendo espaços apropriados para o desempenho de suas funções ao longo do procedimento (por exemplo, artigo 334)²⁶.

O CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, por meio da Resolução n. 125/2010.

No ápice está o CNJ, com algumas atribuições de caráter geral e nacional; abaixo dele estão os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) de cada tribunal, responsáveis pelo desenvolvimento da Política Pública nos Estados e pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs); os CEJUSCs são as “células” de funcionamento da Política Pública, nas quais atuam os grandes responsáveis pelo seu sucesso, suas “peças-chave”, que são os conciliadores, mediadores e demais facilitadores de solução de conflitos, bem como os servidores do Judiciário, aos quais cabem a triagem dos casos, a prestação de informação e a orientação aos jurisdicionados para garantia do legítimo direito ao acesso à ordem jurídica justa.²⁷

São objetivos da Política Judiciária Nacional: 1) o acesso à justiça como “acesso à ordem jurídica justa”; 2) a mudança de mentalidade dos operadores do Direito e das próprias partes, com a redução da resistência de todos em relação aos métodos consensuais de solução de conflitos; 3) a qualidade do serviço prestado por conciliadores e mediadores, inclusive da sua capacitação.

A política consensual instituída no seio do próprio Poder Judiciário é, sem nesga de dúvida, de grande valia, constituindo-se como mola propulsora à necessária mudança cultural dos cidadãos e, especialmente, dos operadores do direito.

3 Câmaras de autocomposição na Administração Pública

O Poder Público, como grande litigante que é, deve cumprir sua parte nesse desenho de tratamento adequado de conflitos, incentivado pelo CPC/2015.

O artigo 174 do CPC/2015 preconiza que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e de conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

O dispositivo traz um rol de competências da câmara a ser instituída pelo ente federado, tais como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

²⁶ Idem.

²⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 19 fev. 2020.

O rol é meramente exemplificativo, ficando a cargo de cada ente a sua regulamentação, conforme competência legal.

A utilização da câmara dá-se no âmbito administrativo, portanto, fora do Poder Judiciário.

Trata-se de mecanismo de resolução consensual de conflitos, cujo acordo, reduzido a termo, constitui título executivo extrajudicial (§3º, do artigo 32, da Lei Federal n. 13.140/2015).

Importa asseverar que, dentro do poder regulamentar de cada ente federado, é possível inserir no âmbito de atuação da câmara, a competência para tratar de conflitos judicializados, de modo que eventual composição terá o condão de extinguir a demanda.

Na forma da Lei Federal n. 13.140/2015, compreende-se na competência da câmara de autocomposição, a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Entretanto, não se incluem na competência dos órgãos mencionados, as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo (§4º do artigo 32).

Outra relevante competência conferida à câmara de mediação a ser criada pela Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é o procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos (artigo 33).

Sobre os modelos de câmara de autocomposição e instrumentos de solução consensual, pondera Diego Faleck que não se pode pensar em um modelo único para solução de disputas com a Administração Pública, pois os problemas da Administração Pública não vêm em “tamanho único”:

O corolário da teoria da resolução de disputas reside na construção de soluções sob medida para as tipologias de disputas e conflitos que se busca gerenciar ou resolver. Câmaras de mediação e arbitragem não são um modelo único e capaz de lidar com a miríade de situações conflituosas com que a administração pública lida. É necessário que se conduza um devido diagnóstico sobre a situação conflituosa que se procura resolver, avaliando-se quais são os temas das disputas, como estas são resolvidas, quais os custos e riscos jurídicos de cada um destes temas, tanto em termos de mérito quanto processo, quem são as partes interessadas e afetadas, quais são seus interesses e alternativas, como funciona, quais são as vantagens e desvantagens do sistema existente, entre outros. Deve-se envolver as partes interessadas e afetadas e deve-se pensar a construção de modelos adequados, contando com os métodos adequados, devidamente sequenciados, inclusive os híbridos. Uma disposição que meramente estipula a obrigação para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de criar câmaras de mediação e conciliação nos parece ter pouca eficácia.²⁸

A legislação prevê a criação das câmaras dentro da estrutura da Advocacia Pública, a qual fora inicialmente concebida para atuação no contencioso e na consultoria jurídica do ente público.

A implementação da autocomposição de conflitos e mediação envolve custos, destinação de espaços físicos, pessoal, além da necessária capacitação e formação continuada na área.

Cabe rememorar que, muito antes da previsão legal para a criação de câmaras de autocomposição pela Fazenda Pública, a Advocacia Geral da União instituiu, por meio do Ato Regimental AGU nº

28 FALECK, Diego. Comentários ao artigo 174. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). *Código de Processo Civil anotado*. Curitiba: OAB/PR; São Paulo: AASP, 2019. p. 307. Disponível em: https://cdn-ab43.kxcdn.com/wp-content/uploads/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

5/20007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF.

Criada inicialmente com competência restrita aos conflitos não judicializados entre órgãos da Administração Pública Federal, passou a admitir a submissão de conflitos envolvendo a Administração Federal e Estados ou Municípios e, posteriormente os conflitos judicializados, porém entre entes públicos.

Nessa toada, é prudente que a Administração Pública no âmbito Estadual apresente inicialmente um projeto-piloto, com delimitação de poucas matérias para assunção das Câmaras ou preveja a instituição de câmaras *ad hoc*.

A implantação e funcionamento adequado das câmaras de autocomposição exige uma mudança cultural, envolvimento dos órgãos da Administração Pública com poder decisório e poder para implementação de acordos.

Assim, tratando-se de uma inovação na atuação da advocacia pública, apenas com o tempo e aquisição de experiência é que será possível vislumbrar o panorama das resoluções de conflitos travados com o Poder Público e, conseqüentemente, poder-se-á traçar novos rumos para a consensualidade.

4 Fundamentos para a consensualidade na Administração Pública

Daniel Augusto Mesquita assevera que nem mesmo os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público impossibilitam a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos. Muito ao contrário, pois “obrigam o Estado a pesar os princípios da legalidade, a boa-fé e a eficiência à luz da juridicidade administrativa para que o melhor interesse público seja atingido no caso concreto”²⁹:

Assim, o respeito ao interesse público não impede a participação e a resolução de conflitos por meios alternativos, pelo contrário, o princípio da indisponibilidade será devidamente cumprido quando da realização de acordo em que sejam observados os princípios da administração pública, especialmente os da legalidade e da eficiência (art. 37, caput, da CF/1988) e da economicidade (art. 70, caput, da CF/1988). Ou seja, o princípio da indisponibilidade do interesse público materializa-se, no caso concreto, a partir da ponderação de valores constitucionais.

Nesse quadro, frise-se que o próprio Direito Administrativo brasileiro autoriza certo grau de discricionariedade para que a Administração possa valorar os interesses em conflitos buscando a melhor solução diante da controvérsia, seja ela efetiva ou potencial, pois há casos em que os prejuízos do Estado serão maiores se o advogado público agarrar-se ao princípio da indisponibilidade do interesse público e deixar de fazer acordo no qual a parcela de posição do Estado cedida ao adversário é insignificante diante de sentença que julgue totalmente procedentes os pedidos do cidadão.

Como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “no âmbito do Direito Administrativo jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”. E, logo a seguir:

É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse de dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público.³⁰

29 MESQUITA, Daniel Augusto. *A participação do advogado público em mediações: parâmetros para a celebração de acordo que atenda ao interesse público*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41, n. 2, jul./dez. 2016, p. 17 e 18.

30 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa*. Revista de Direito Administrativo 231/154. Rio de Janeiro: FGV, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em: 30 jan. 2020.

A respeito da aplicabilidade da mediação em conflitos nos quais as partes em litígio estejam em posições desiguais ou que versem sobre direitos indisponíveis, Antônio Rodrigues de Freitas Júnior refuta os questionamentos contrários à sua adoção:

[...] se relações entre sujeitos constituídos desigualmente não comportassem intervenção mediadora, mediação não teria lugar em nenhum tipo de relação intersubjetiva concreta. Bem ao contrário do que afirmam esses céticos, é precisamente a intervenção direta do mediador no equilíbrio intersubjetivo, por intermédio de técnicas a que se convencionou denominar “empoderamento”, que permite o tratamento menos desigual na confecção comum de uma pauta reconhecida pelos sujeitos enquanto substancialmente justa e equilibrada. Por outro lado, a dogmática processual predominante, caudatária do enaltecimento do princípio-regra da “ampla defesa” e da “igualdade formal” dos contendores, em lugar de atenuar, tende para o aprofundamento das assimetrias intersubjetivas.³¹

Prosseguindo, o referido autor faz a seguinte consideração a respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais, considerado impasse para alguns na utilização da mediação:

A linha de inferências expressa por Lília Sales, é de se dizer, orienta-se pela formulação ainda dominante na dogmática jurídica dos países de tradição romano-germânica, e de predominância latina. Se nos voltarmos para a literatura norte-americana ou canadense, por exemplo, notaremos que essa ortodoxia publicista, já em declínio até mesmo entre os autores mais recentes no direito público brasileiro, não integra sua agenda de interrogações. Mayer (2000:123-125), por exemplo, relata em detalhes uma de suas experiências como mediador em conflitos públicos, num caso entre defensores da vida selvagem e proprietários agrícolas. Em outra passagem (2000:65), relata como atuou enquanto mediador durante o ano de 1992 em Boulder, Colorado, num conflito acerca da destinação orçamentária da receita proveniente de um tributo sobre fato de comércio, trazendo notícias de como os grupos sociais organizados podem interferir na formulação de políticas públicas, de modo mais eficaz, na medida em que preconizem uma agenda legitimada pelo interesse público, antes que por vieses corporativos.

Diga-se nessa perspectiva que a mediação pode constituir um extraordinário instrumento de calibração responsável na implementação da agenda da democracia participativa, compondo, por exemplo, um quadro de viabilidade para experimentos análogos aos do chamado orçamento participativo e outros de semelhante inspiração.³²

Os métodos não adversariais de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública aproximam-se muito do que se pode compreender como Estado Democrático de Direito, eis que determinam que os Poderes Públicos ouçam e façam-se ouvir pelas pessoas privadas, de modo público e impessoal.

Desta feita, se no passado a Administração Pública apresentava-se distante do administrado, a legislação atual impõe ao Estado uma nova postura em prol da consensualidade.

Assim, aplicando-se o princípio da legalidade, na atualidade, não se pode litigar sem antes tentar conciliar, sob pena de ver o Poder Público assumir conduta *contra legem*.

5 Peculiaridades da mediação envolvendo o Poder Público

5.1 Confidencialidade.

O CPC/2015 reconhece o princípio da confidencialidade como um dos que informa a mediação, impondo, também, sigilo profissional aos mediadores³³. O dever de confidencialidade é objeto dos artigos

31 FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 524 *apud* SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Op. cit. p.67-68.

32 FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 526 *apud* SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Op. cit. p.68.

33 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia

30 e 31 da Lei de Mediação, que admitiram exceções a esse dever,³⁴ que estão expressamente previstas na referida Lei e contemplam: acordo entre as partes, divulgação exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação e a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

O dever de confidencialidade e a imposição de sigilo aos mediadores, partes aos documentos e informações trazidos no âmbito da mediação, bem como a privacidade das sessões desse procedimento garantem o sucesso da mediação no âmbito privado.

Contudo, quando se trata de mediação envolvendo o Poder Público, surge a indagação quanto à aplicabilidade da confidencialidade, tendo em vista o princípio constitucional da publicidade³⁵ que deve nortear os atos administrativos.

Ademais, a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/2011) regulamenta o direito constitucional de o cidadão solicitar e receber dos órgãos públicos e de todos os entes e Poderes informações públicas por eles produzidas ou custodiadas, prescreve o sigilo como exceção e define o que é informação sigilosa³⁶.

da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

34 Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

35 Conforme previsto no artigo 37, *caput* do Constituição Federal.

36 Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;

II - documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato;

III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

V - tratamento da informação: conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação;

VI - disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados;

VII - autenticidade: qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;

VIII - integridade: qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino;

IX - primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.

Luciane Moessa de Souza defende que a regra é a publicidade “ao menos no que diz respeito às sessões conjuntas, em que efetivamente se debate e se decide a melhor solução para o problema”.³⁷ Admite, entretanto, a confidencialidade no *caucus*, que são as sessões individuais e privadas entre o mediador e uma das partes, por entender que são meramente preparatórias, sem conteúdo decisório, ressaltando a confidencialidade nesses casos quando o mediador tiver conhecimento de crime ou ato “contrário ao interesse público”.

Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Marcelo Mazzola também defendem a inaplicabilidade do princípio da confidencialidade, afirmando que “deve ser garantida a transparência nas sessões de mediação da qual alguma pessoa jurídica de direito público faça parte, com a exceção dos casos em que apropriada Lei Federal n. 12.527/2011 preserve o sigilo das informações”³⁸.

Admitindo a confidencialidade nos conflitos envolvendo entes públicos, Roberta Maria Rangel afirma que “o que o princípio da publicidade impõe é a transparência da atividade administrativa, que não se confunde com a confidencialidade das informações manipuladas”.³⁹

Silvia Helena Di Salvo reconhece a necessidade de conciliar a confidencialidade com o dever de publicidade administrativa, ressaltando que “não existe publicidade absoluta nos atos da Administração Pública”,⁴⁰ citando a Lei de Acesso à Informação, bem como afirmando que “informações sensíveis podem ser cobertas pelo manto da confidencialidade, a fim de que possam fazer as negociações avançar de modo estratégico e benéfico para o interesse público”.⁴¹

Nesse ponto, defende-se aqui a posição adotada por Leila Cuéllar e Egon Bockmann Moreira no sentido de se aplicar uma “suspensão provisória” da publicidade da mediação, nos seguintes termos:

Como as mediações precisam ser resolvidas em curto prazo dentro da maior harmonia possível, o que aqui se defende é a suspensão provisória de sua publicidade, para que, imediatamente quando ela chegar ao fim, seja tornada pública em sua integralidade – e, assim, submetida ao escrutínio popular, jurídico, político e dos órgãos de controle. Quando muito, pode se tornar imediatamente pública a existência da mediação – a sua instalação local e parâmetros de desenvolvimento, mas não o seu conteúdo e atos formais. Ao final (qualquer que seja a sua conclusão), reitere-se, tudo é levado à luz do dia.⁴²

Isso porque não se afigura possível conceber a democracia e o Estado Democrático de Direito sem publicidade, que segundo Fabrício Motta:

[...] parece efetivar-se em quatro vertentes:
 a) direito de conhecer todos os expedientes e motivos referentes à ação administrativa, bem como seus desdobramentos e resultados, em razão do direito fundamental à informação;
 b) garantia frente ao processo de produção de decisões administrativas, em contraposição ao segredo procedimental, por meio da audiência dos envolvidos e interessados, em razão do princípio da ampla defesa;

37 SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Op. Cit. p. 97.

38 DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. Op. Cit. p. 168.

39 RANGEL, Roberta Maria. As regras da lei de mediação (Lei 13.140/2015) para a administração pública. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 274.

40 SALVO, Silvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson di. *Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018, p.93.

41 SALVO, Silvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson di. *Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental*. Op. Cit. p. 128.

42 CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Administração Pública e mediação: notas fundamentais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

- c) direito subjetivo de acesso aos arquivos e registros públicos em decorrência direta do princípio democrático;
- d) direito de exigir do Estado ações positivas para possibilitar a visibilidade, cognoscibilidade, e controle das ações administrativas.⁴³

Por outro lado, a Administração Pública deve obediência ao postulado da eficiência, também de índole constitucional, ladeado ao princípio da publicidade. Desta feita, em um juízo de ponderação de princípios, prevalece a eficiência, obtida pela confidencialidade, tendo em conta o dever de consensualidade imposto por lei à Administração Pública.

Conforme sustentado por Silvia Alves Carvalho:

Há um dever de confidencialidade *sui generis*: confidencialidade imposta ao mediador, às partes e aos advogados, confidencialidade nas sessões de mediação, no *caucus*, dos documentos, atas e propostas, que são essenciais para o sucesso de aplicação da técnica, entretanto, com necessária prévia comunicação e publicidade da existência do procedimento, bem como do resultado do procedimento, seja ele acordo ou não, sem prejuízo de eventual levantamento do sigilo, a posteriori, desses documentos e informações, desde que em tempo algum este atinja o mediador, as partes e advogados, a fim de que não sejam obrigadas a testemunhar, seja em processo administrativo ou judicial, sobre o conteúdo da mediação e o que se passou nas sessões, salvo por expressa exceção legal.⁴⁴

Portanto, revela-se possível a compatibilização dos princípios da confidencialidade na mediação com a publicidade na Administração Pública.

5.2 Autonomia da vontade.

Outro ponto que merece atenção é a autonomia da vontade, consagrada como um dos pilares do processo de mediação.

Ocorre que nos conflitos envolvendo a Administração Pública, a autonomia da vontade não pode ser alcançada nos moldes do que ocorre na esfera privada, pois a vontade administrativa não pode sequer ser classificada como vontade na acepção da palavra.

Como bem explicita Kaline Ferreira⁴⁵, a vontade administrativa nunca poderá ser livre ou autônoma, nem subjetiva, tampouco fruto de um artifício mental, interno e psicológico. A vontade administrativa é institucional, objetiva, externa e deverá ser sempre procedimentalizada para que seja alcançada pelos mecanismos de controle.

Enquanto o particular é livre para atuar, desde que não infrinja o regramento legal, o Poder Público somente pode agir de conformidade com os deveres-poderes que são conferidos pela legislação.

E é justamente no campo da discricionariedade, entendida como espaço de liberdade de atuação do administrador público, vinculado ao ordenamento jurídico, é que se encontra o fundamento para a composição por parte da Administração Pública, por meio da compatibilização e ponderação dos interesses e valores envolvidos no caso concreto.

43 MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Fórum: Belo Horizonte, 2007, p. 107.

44 CARVALHO, Silzia Alves; FARIA, Carolina Lemos de. *Confidencialidade na mediação de conflitos envolvendo a Administração Pública: algumas reflexões sobre a (in)compatibilidade de aplicação considerando a realidade normativa brasileira*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 116, p. 69-85, jul./ago. 2019.

45 FERREIRA, Kaline. *A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público – O que mudou depois da Lei de Mediação?* Revista da Escola da AGU, v. 9, n. 4, p. 117-127, 2017. p. 124. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/127/showToc>. Acesso em: 4 fev. 2020.

Para arrematar, nas palavras de Leila Cuéllar⁴⁶:

[...] cabe à Administração Pública avaliar, dentre as alternativas existentes para a solução de conflito específico (litígio judicial, mediação, arbitragem etc.) qual delas potencialmente é a mais benéfica, levando-se em consideração os riscos vinculados a cada uma das hipóteses, os resultados que poderão ser obtidos e respectivas cronologias. A análise de todas as possíveis escolhas ao alcance do administrador é sobremaneira importante, a fim de que se saiba o impacto que podem causar (inclusive em vista da eficiência e economicidade).

Trata-se da escolha fundamentada da alternativa que se afigura como a melhor disponível, oriunda do exame real da hipótese concreta em combinação com os princípios e regras legais a ela aplicáveis.

5.3 Irretratabilidade.

A irretratabilidade dos acordos firmados pela Administração Pública é consequência natural do procedimento de composição do conflito.

Valendo-se, mais uma vez, da exposição de Leila Cuéllar⁴⁷:

[...] quando a Administração Pública pratica ato administrativo negocial em que consigna expressamente que dele não se retratará nem o revogará, o que se tem é o exercício de competência discricionária exaustiva. Ela adere ao princípio da segurança jurídica e, com lastro na legalidade e na eficiência, assegura a eficácia do acordo. A Administração estará definitivamente vinculada em razão de tal ato – e somente evitada de extrema má-fé poderia tentar revogá-lo ou se retratar (o que implicaria sua responsabilidade).

Nesse passo, apenas nas situações de ilegalidade será possível anular o acordo firmado, fundado no princípio da autotutela da Administração Pública.

Do mesmo modo, nessa hipótese, caberá apreciação do Poder Judiciário, em vista da inafastabilidade jurisdicional conferida constitucionalmente⁴⁸.

6 CASOS PRÁTICOS DE ADOÇÃO DE MEDIDAS CONSENSUAIS PELO PODER PÚBLICO NO BRASIL

Antes da vigência do CPC/2015 e a Lei 13.140/2015, a AGU já promovia, por meio de suas Câmaras de Conciliação e Arbitragem - CCAF, a composição de conflitos na esfera administrativa.

Um caso de relevância envolveu a controvérsia jurídica entre a Fundação Nacional do Índio, a União e o Instituto Nacional de Colonização de Reforma Agrária, decorrente dos interesses antagônicos desses entes com relação à demarcação da Terra Indígena Guajajara Vila Real, no Município de Barra do Corda (Estado do Maranhão). Após as tratativas, a Comunidade Indígena manifestou sua vontade quanto à prevalência do atendimento de outras medidas de política pública para a satisfação de suas necessidades sociais, viabilizando a conciliação e a pacificação social na área⁴⁹.

46 CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Administração Pública e mediação: notas fundamentais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

47 CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Administração Pública e mediação: notas fundamentais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

48 “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:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

49 TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações. Revista de arbitragem e mediação – RARB. Vol. 50, jul-set-2016.

Houve, ainda, a conciliação que permitiu a continuidade das obras do Programa de Aceleração do Crescimento na BR – 319, que liga Manaus (AM) a Porto Velho (RO), as quais foram paralisadas devido a um impasse entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT) e o Ibama. A Câmara mediou as negociações e o DNIT passou a seguir as obrigações ambientais fixadas pelo Ibama durante a execução da obra⁵⁰.

Outra conciliação de destaque foi a que ocorreu entre o Ministério Público Federal (MPF) e a União, em razão de controvérsia acerca da construção pelo Comando do Exército de uma estrada no Parque Nacional do Pico da Neblina, que passaria pela terra indígena Yanomami e ligaria a BR-307 ao 5.º Pelotão Especial de Fronteira do Exército. Houve decisão da Justiça determinando a suspensão da obra e o caso foi levado para conciliação no âmbito da CCAF, resultando na assinatura de um acordo de cooperação para adoção de medidas ambientais compensatórias da parte já construída. Posteriormente, o Exército deixou de ter interesse em continuar a obra⁵¹.

Ainda, a CCAF resolveu, por meio de conciliação, diversos conflitos gerados por desacordo entre a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) e entidades da Administração Pública Federal Direta e Indireta em relação a cláusulas do contrato padrão de prestação de serviços postais. Foi assinado Termo de Conciliação que prevê um novo modelo de contrato a ser adotado entre a ECT e a Administração Pública Federal⁵².

No âmbito estadual, merece destaque a atuação do Estado de São Paulo após a tragédia ocorrida em 13 de março de 2019 na Escola Estadual Professor Raul Brasil, no Município de Suzano – SP.

Na ocasião, o Estado de São Paulo editou o Decreto nº 64.145, de 14 de março de 2019⁵³, autorizando o pagamento de indenização às vítimas e/ou familiares dos alunos e servidores da rede estadual de ensino vítimas do crime ocorrido no interior das instalações daquela unidade escolar.

Por meio do referido decreto, a Fazenda Pública de São Paulo, de antemão, assumiu a responsabilidade civil pelo episódio e, conseqüentemente, a obrigação de reparar os danos causados, na forma do artigo 36, §6º da Constituição da República.

A Procuradoria-Geral do Estado ficou responsável pela instituição de Comissão Executiva para delimitação dos critérios da indenização, exercendo importantíssimo papel na composição amigável entre a Fazenda Pública e os cidadãos envolvidos.

A medida evitou a judicialização do caso e promoveu a imediata assistência aos familiares das vítimas e comunidade escolar, por meio de suporte psicológico e socioafetivo, atingindo, de fato, a pacificação social.

7 O PAPEL DO ADVOGADO PÚBLICO NA CONDUÇÃO DA CONSENSUALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição da República de 1988, no Capítulo IV, do Título III, inseriu a Advocacia Pública como Função Essencial à Justiça, ressaltando, ainda, ao tratar do advogado (categoria na qual se incluem

50 Idem.

51 Idem. Ibidem.

52 Idem. Ibidem.

53 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64145-14.03.2019.html>. Acesso em: 10 fev.2020.

os advogados públicos), sua indispensabilidade à Administração da Justiça (artigo 133).

Diante desse quadro constitucional específico, o advogado público é um agente público com prerrogativas, atribuições e responsabilidades distintas, tendo o dever de participar de forma efetiva na busca do adequado acesso à justiça.

Já se viu nos tópicos anteriores que o princípio constitucional do acesso à justiça tem recebido uma nova leitura, a de *acesso à ordem jurídica justa*.

Essa concepção é compatível com o pilar sobre o qual se edificou a Constituição da República de 1988, cujo preâmbulo anuncia a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar, na ordem interna e internacional, a solução pacífica das controvérsias.

Nessa senda, impõe-se como exigência do princípio do acesso à justiça (artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição da República de 1988) uma atuação mais incisiva dos advogados públicos no sentido da compatibilização da sua atividade profissional, e do próprio agir administrativo, ao direito⁵⁴.

A Advocacia Pública possui o papel de orientar a atividade administrativa, conformando-a ao direito, de modo a prevenir litígios desnecessários e, quanto tal for possível, de pôr a termo demandas que se demonstram virtualmente perdidas, a par da jurisprudência consolidada nos tribunais brasileiros.

Essa postura é absolutamente indispensável a que se assegure ao cidadão um acesso adequado à justiça⁵⁵.

Consoante magistério de Rafael Schreiber:

[...] a discricionariedade – entendida com espaço de liberdade de atuação do administrador público, devidamente vinculada pelo ordenamento jurídico que possibilita a realização da transação pela Administração Pública, exatamente por meio da buscada compatibilização e ponderação dos interesses e valores envolvidos em cada caso concreto. Afinal, transacionar implica estabelecer um ponto de consenso para a resolução de controvérsias.

Com efeito, é ao administrador público, como gestor da coisa pública, que cabe o dever de efetuar a melhor escolha com vistas à otimização do interesse público. E o advogado público auxilia sobremaneira o administrador público nessa motivação.⁵⁶

Como bem observado por Kaline Ferreira:

A Administração Pública tem que utilizar a mediação como um observatório eficaz para exercer reformas de políticas públicas. A obtenção de dados precisos, concretos e atualizados das diversas relações estabelecidas com o Estado, nas suas mais variadas facetas temáticas, é uma das maiores forças da mediação. A partir da abertura e do contato com o público, a Administração evitará o litígio na sua origem, praticando reformas e modificando procedimentos.⁵⁷

Ao adotar a técnica da mediação, a Administração Pública obterá a visão das diversas facetas do conflito e as soluções viáveis à resolução da problemática.

Em uma visão macro, as observações do mediador tendem a uma melhoria na atividade

54 MADUREIRA, Claudio Penedo. *Poder público, litigiosidade e responsabilidade social*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 9-22, ago. 2011.

55 Idem.

56 SCHREIBER, Rafael. *A importância do advogado público na efetivação de acordos como aplicador do direito administrativo contemporâneo*. In: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler. *Direito municipal em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3, p. 17-47.

57 FERREIRA, Kaline. *A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público – O que mudou depois da Lei de Mediação?* Op. Cit. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/127/showToc>. Acesso em: 4 fev. 2020.

administrativa e do serviço público, ultrapassando o limite do conflito envolvendo o Poder Público e o cidadão.

A utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos e a imersão nas questões da Administração Pública a que se referem, em última análise, estimulam os presentantes e os consultores do Poder Público, os Procuradores, a assumirem suas legítimas posições e participarem da formulação de políticas públicas, sem olvidar que com isso estará havendo grande contribuição para redução da litigiosidade.

CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 objetivou a promoção de uma sociedade pacífica apta a resolver as negociações probas.

Ocorre que a cultura adversarial assoberbou o Poder Judiciário brasileiro, trazendo prejuízos à sociedade em geral que não consegue obter uma tutela jurisdicional em tempo razoável, transformando o direito de acesso à justiça em mera declaração política.

Buscando solucionar essa problemática, o legislador tem trabalhado no sentido de desjudicializar alguns temas e de incentivar a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem.

O CNJ institucionalizou uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos e tem buscado concretizar o intento do legislador por meio de órgãos criados dentro da própria estrutura do Poder Judiciário, capacitando servidores para tal desiderato.

Cabe agora a assunção de responsabilidade por parte da Administração Pública, uma vez que essa contribuiu sobremaneira para o colapso do Poder Judiciário.

O CPC/2015 e a edição da Lei de Mediação trouxeram para o arcabouço legislativo expressa previsão de criação de câmaras de autocomposição e de mediação por parte das Administrações Públicas.

Com as mudanças sociais e econômicas não se concebe mais na atualidade uma Administração Pública impositiva, burocrática e equidistante do cidadão.

A desejada melhoria de atuação administrativa e o bem-estar social somente pode ser alcançado com a mudança de postura da Administração Pública, transformando-se em uma Administração Consensual em atendimento ao consagrado princípio constitucional da eficiência.

Esse papel somente poderá ser desempenhado a contento com a participação dos advogados públicos que possuem competência constitucional para orientar o gestor público na prática de atos administrativos em consonância com a lei.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto; PIERONI, Fabrizio de Lima; SERPA, Luciane. **Estratégias do CPC/2015 para conter a litigiosidade repetitiva: expectativa e limites**. Revista dos Tribunais on line, vol. 276/2018, p. 265-291, fev.2018.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. **O estado social democrático de direito no Brasil e a assistência jurídica**

integral e gratuita. Revista dos Tribunais – RT, São Paulo, ano 95, vol. 848, p. 36-59, jun. 2006.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. **Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita.** Revista dos Tribunais – RT, São Paulo, ano 89, vol. 778, p. 42-58, ago.2000.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira.** São Paulo: CLA Editora, 2017.

CARVALHO, Silzia Alves; FARIA, Carolina Lemos de. **Confidencialidade na mediação de conflitos envolvendo a Administração Pública: algumas reflexões sobre a (in)compatibilidade de aplicação considerando a realidade normativa brasileira.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 116, p. 69-85, jul./ago. 2019.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Administração Pública e mediação: notas fundamentais.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Câmaras de autocomposição da Administração Pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação.** Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 19-36, jan./jun. 2019.

DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIDIER JR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V.1. 9.ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** V.1. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tutela jurisdicional: fundamentos do processo civil moderno.** t. II, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FALECK, Diego. Comentários ao artigo 174. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). **Código de Processo Civil anotado.** Curitiba: OAB/PR; São Paulo: AASP, 2019. p. 307. Disponível em: https://cdn-ab43.kxcdn.com/wp-content/uploads/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

FERREIRA, Kaline. **A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público – O que mudou depois da Lei de Mediação?** Revista da Escola da AGU, v. 9, n. 4, p. 117-127, 2017. p. 124. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/127/showToc>. Acesso em 4 fev. 2020.

FREITAS, Fernanda Martins. **Mediação na Administração Pública.** Revista Internacional de Direito Público – RIDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 06, p. 189-219, jan./jun. 2019.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação.** 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo**

- civil: teoria do processo civil.** V 1. 3.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Processo de Conhecimento.** V 2. 7.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MESQUITA, Daniel Augusto. **A participação do advogado público em mediações: parâmetros para a celebração de acordo que atenda ao interesse público.** Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41, n. 2, jul./dez. 2016, p. 17 e 18.
- MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa.** Revista de Direito Administrativo 231/154. Rio de Janeiro: FGV, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em: 30/01/2020.
- NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de Mediação: guia prático para conciliadores.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- RANGEL, Roberta Maria. **As regras da lei de mediação (Lei 13.140/2015) para a administração pública.** In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonson di. **Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental.** São Paulo: Almedina, 2018.
- SERPA, Maria Nazareth. **Mediação, processo judicial de resolução de conflitos.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, 1997.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado da AASP:** mediação e conciliação, São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, p. 40-47, ago. 2014.
- SOUZA, 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.
- TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e conciliação.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- TAVARES, Luiz Marcelo Cabral. **A utilização pela Advocacia Pública dos meios alternativos de resolução de conflitos como ferramenta de reafirmação do protagonismo na formulação das políticas públicas e de coautoria na busca pelo acesso ao direito e à justiça.** Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 41-70, jan./jun. 2016.
- TOFFOLI, José Antônio Dias. **Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações.** Revista de arbitragem e mediação – RARB. Vol. 50, jul-set-2016.
- WATANABE, Kazuo; SANTANA, Daldice; TAKAHASHI, Bruno. **A solução consensual do interesse público.** In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 343-353.