

## OS LIMITES DA MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS CAUSAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**SUMÁRIO** • 1. Introdução; • 2. Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos; • 2.1. Aspectos Gerais; • 2.2. O sistema multiportas; • 2.3. Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ; • 3. Mediação; • 3.1. Conceito; • 3.2. Características e princípios da mediação; • 3.3. Mediação x Conciliação x Negociação; • 3.4. O Marco legal da mediação no Brasil; • 4. Aplicabilidade da mediação nas causas envolvendo a Administração Pública; • 4.1. Da possibilidade a aplicação da mediação nas causas envolvendo a Administração Pública; • 4.1.1. Dos fundamentos constitucionais; • 4.1.1.1. Do princípio do acesso à justiça; • 4.1.1.2. Do princípio da eficiência; • 4.1.1.3. Do princípio democrático; • 4.1.2. Dos fundamentos infraconstitucionais; • 4.2. Capítulo II da Lei n.º 13.140/2015 que disciplina a autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública; • 4.2.1. Seção I – Disposições Comuns; • 4.2.2. Seção II – Dos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações; • 5. Limites para aplicação da mediação nas causas envolvendo a Administração Pública; • 5.1. Dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público aplicáveis à Administração Pública; • 5.1.1. Interesse público primário x interesse público secundário; • 5.1.2. Da releitura dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro; • 5.2. Do princípio da legalidade e sua releitura no ordenamento jurídico brasileiro; • 5.3. Dos limites e cautelas a serem observadas para aplicação da mediação nas causas envolvendo a Administração Pública; • 5.3.1. Da necessidade de normatização do procedimento para formalização dos acordos e fundamentação dos mesmos; • 5.3.2. Da necessária observância do princípio da isonomia; • 5.3.3. Da necessária observância do princípio da publicidade; • 6. Conclusão; • Referências.

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo verificar quais os limites para aplicação da mediação como método alternativo de resolução de conflitos na causas envolvendo a Administração Pública, tendo em vista o peculiar regime jurídico aplicado a essa, regido por princípios como a indisponibilidade e supremacia do interesse público, bem como a legalidade, publicidade, isonomia, dentre outros, de modo que busca-se alcançar a maneira adequada de aplicação da mediação, como método alternativo de resolução de conflitos, nas disputas envolvendo Entes Públicos, o que é de grande importância para a busca de pacificação social, bem como para a luta contra a crise de efetividade vivida pelo Poder Judiciário, que se encontra atualmente com alto índice de congestionamento, não conseguindo oferecer as respostas pretendidas pelos cidadãos no tempo e modo adequados, sendo o Poder Público um dos principais responsáveis por tanto, já que é o maior “cliente” do judiciário, figurando como parte de mais da metade das lides postas à sua apreciação. Dessa forma, para que seja possível chegar à resposta pretendida, analisa-se os aspectos gerais da aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, passando pela análise específica da

---

<sup>1</sup> Advogado (OAB/BA 38.646); MBA Executivo em Direito: Gestão e Business Law pela FGV - Fundação Getúlio Vargas -; Pós-Graduado/Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE - Instituto para o Desenvolvimento Democrático - Belo Horizonte/MG -, em parceria com o IGC - Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal e AVM Faculdade Integrada; Bacharel em Direito pela UNIFACS. E-mail: pedro@ribeiroeaves.adv.br.

mediação e a possibilidade de sua aplicação às causas envolvendo a Administração Pública, apresentando para tanto argumentos constitucionais e infraconstitucionais em sentido positivo, inclusive com análise particular da Lei n.º 13.140/2015, considerada o marco legal da mediação no Brasil, de onde se parte para o estudo detalhado dos limites para adequada aplicação da mediação nas causas envolvendo os Entes Públicos dentro da perspectiva dos princípios que lhes são aplicáveis, como a supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade, isonomia, publicidade, dentre outros, apresentando-se uma visão moderna de muitos deles, o que permite chegar à delimitação desses limites, valendo-se de uma metodologia de pesquisa e coleta de dados descritiva e documental, através da análise crítica e reflexiva de livros, artigos, textos de periódicos, trabalhos científicos – teses e dissertações - relacionados com o tema nas suas mais variadas perspectivas, para obtenção das respostas aqui pretendidas.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil; Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; Mediação; Administração Pública; Direito Administrativo.

**ABSTRACT:** The present study aims to verify the limits for the application of mediation as an alternative method of conflict resolution in cases involving Public Administration, due to the peculiar legal regime applied to it, governed by principles such as the unavailability and supremacy of the public interest, as well as legality, publicity, isonomy, among others, in a way that seeks to achieve the adequate way of applying mediation, as an alternative method of conflict resolution, in disputes involving Public Entities, which is of great importance for social crisis, as well as to fight against the crisis of effectiveness experienced by the Judiciary, which is currently with a high rate of congestion, failing to offer the answers sought by the citizens in a timely and appropriate manner, with the Public Power being one of the mainly responsible for this, since it is the largest "client" of the judiciary, appearing as part of more than half of the cases brought before it. Thus, in order to arrive at the desired response, the general aspects of the application of alternative methods of conflict resolution in the Brazilian legal system, through the specific analysis of mediation and the possibility of its application to the causes involving the Public Administration, presenting for both constitutional and infraconstitutional arguments in a positive sense, including a particular analysis of Law 13.140 / 2015, considered the legal framework of mediation in Brazil, from which it is possible to study the limits for the adequate application of mediation in Public Entities within the perspective of the principles that apply to them, such as the supremacy and unavailability of the public interest, legality, isonomy, publicity, among others, presenting a modern view of many of them, which allows to reach the delimitation of these limits, using a methodology of research and the collection of descriptive and documentary data, through the critical and reflexive analysis of books, articles, texts of periodicals, scientific works - theses and dissertations - related to the theme in its various perspectives, in order to obtain the answers intended here.

**KEYWORDS:** Civil Procedural Law; Alternative Methods of Conflict Resolution; Mediation; Public Administration; Administrative Law.

## 1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é marcado atualmente por uma intensa massificação das relações sociais, fruto da grande complexidade dos dias modernos, isso acaba por gerar

também, por consequência lógica, aumento no número de conflitos, os quais, em razão de uma cultura ainda bastante impregnada de resolução de controvérsias, única e exclusivamente, através de sentença, leva ao acúmulo de grande número de demandas para apreciação pelo Poder Judiciário, que não possui a estrutura necessária para garantir a prestação jurisdicional a todos na forma e no tempo adequados, gerando insatisfação e perpetuando os conflitos sociais.

O Poder Público possui importância salutar nesse cenário, visto que as lides em que é parte, representam a maioria dos processos postos à apreciação do judiciário, o que demanda, pois, atuação efetiva deste para melhoria desse cenário, já que o panorama atual representa efetivo obstáculo à plena observância aos princípios constitucionais do acesso à justiça – Art. 5º, XXXV<sup>2</sup> e da razoável duração do processo e celeridade processual - Art. 5º, LXXVIII<sup>3</sup>-, que, de fato, não vêm sendo concretizados.

Nessa perspectiva, foram introduzidos nos últimos anos na ordem jurídica brasileira diversos dispositivos e mecanismos com o fim de solucionar a problemática apresentada, como as súmulas vinculantes, força vinculante dos precedentes, repercussão geral, incidentes de resolução de demandas repetitivas, métodos alternativos de resolução de conflitos, dentre outros.

Assim, ante a importância do Poder Público na crise de efetividade vivida pelo judiciário, alinhado à importância dos métodos alternativos de resolução de conflitos para resolução de tal problemática, pretende-se, com o presente estudo, analisar como os métodos alternativos de resolução de conflitos podem ser aplicados nas causas envolvendo a Administração Pública, sobretudo no que toca à mediação, buscando como objetivo primeiro, apresentar os limites e cautelas a serem observados nessa aplicação, frente a realidade própria dos órgãos públicos, norteada por princípios como da legalidade, isonomia, publicidade, eficiência, indisponibilidade e supremacia do interesse público, dentre outros, de modo que seja possível compatibilizá-los com a prática da mediação, na busca pela resolução consensual de conflitos, evitando a busca constante ao Poder Judiciário, amenizando a crise de efetividade vivida por esse, o que demonstra a importância do estudo do tema.

Para que seja possível alcançar o objetivo supra, inicia-se o presente trabalho, com uma análise acerca dos métodos alternativos de resolução de conflitos, descrevendo seus principais aspectos, bem como os principais métodos alternativos de resolução de conflitos presentes no

---

<sup>2</sup> Art. 5º. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>3</sup> Art. 5º. (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;

direito brasileiro, passando por um exame do sistema multiportas, sua importância e representação no Brasil, dentre outros pela resolução n.º 125/2010 do CNJ, que aqui também se analisa em seus aspectos gerais.

Em seguida, parte-se especificamente para análise da mediação, verificando sua conceituação e seus princípios norteadores de onde decorrem suas características principais, passando por uma diferenciação conceitual da mesma para os demais métodos autocompositivos – conciliação e negociação -, examinando-se também, a importância da edição da Lei n.º 13.140/2015 considerada o marco legal da mediação no Brasil e fundamental para sua concretização.

Ato contínuo, passa-se à análise específica da aplicabilidade da mediação nas causas envolvendo a Administração Pública, onde defende-se com argumentos constitucionais e infraconstitucionais tal possibilidade, fazendo-se em seguida a análise particular do capítulo II da Lei n.º 13.140/2015 que trata especificamente da autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública, estabelecendo linhas mestras para a matéria.

Por fim, chega-se à verificação dos limites para aplicação da mediação nas causas envolvendo a Administração Pública, considerando o peculiar regime jurídico a que essa é submetida, regulado por princípios com o da supremacia e indisponibilidade do interesse público e da legalidade, os quais se apresentam, nesse estudo, em leitura mais moderna, além de princípios como o da isonomia, publicidade, moralidade, dentre outros, todos fundamentais para entender os efetivos limites para aplicação da mediação nas causas envolvendo os Entes Públicos.

Assim, percebe-se a importância do tema em comento, de forma a garantir a correta e adequada aplicação da mediação como importante método de resolução de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública, de forma a contribuir efetivamente para o descongestionamento do judiciário, bem como para pacificação social, sobretudo nas demandas que envolvem Entes Públicos.

Isto posto, utilizou-se no presente trabalho de uma metodologia de pesquisa e de coleta de dados descritiva e documental, a partir da análise crítica e reflexiva de dados secundários, consistentes em elementos textuais como livros, artigos, textos de periódicos, trabalhos científicos – teses e dissertações - relacionados com o tema nas suas mais variadas perspectivas, além do exame da legislação atinente à problemática, de maneira que os resultados e conclusões obtidas, com a utilização da referida metodologia, estão expostos ao longo dos quatro capítulos desse estudo.

## **2. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

O poder judiciário brasileiro passa atualmente por uma grande crise de efetividade e eficiência, decorrente do acúmulo de processos postos à sua análise, somada à sua incapacidade estrutural de dar as respostas pretendidas no tempo e na forma adequados para todos, o que acarreta imenso congestionamento das suas vias, representando, em verdade, a limitação do efetivo acesso à justiça – Art. 5º, XXXV da CF/88 - e da não concretização do princípio da razoável duração do processo e celeridade na prestação jurisdicional – Art. 5º, LXXVIII da CF/88 -, correlato daquele.

Nesse desiderato, a massificação das relações sociais, com a crescente complexidade do mundo moderno, contribuiu para a formação do fenômeno supracitado, visto que ainda muito presente em nossa coletividade a cultura da sentença como a única via possível para responder, de modo adequado, as controvérsias geradas pela vida em sociedade.

Isto posto, buscou-se nos últimos anos a implantação de novos institutos e mecanismos que possam, de alguma forma, mitigar a crise vivida pelo Poder Judiciário, garantindo o efetivo acesso da população à justiça, pacificando as relações sociais no tempo e no modo adequados, podendo ser citados nesse desiderato, as súmulas vinculantes, a valorização da força vinculante dos precedentes, repercussão geral, incidentes de resolução de demandas repetitivas, dentre outros.

Restrito aos limites dessa trabalho, destaca-se dentre as medidas apresentadas na tentativa de garantir aos cidadãos a justiça em sentido amplo, de modo eficiente, em tempo e maneira adequados, os métodos alternativos de resolução de conflitos, que passaram a ser cada vez mais valorizados em nosso ordenamento jurídico, tais quais, arbitragem, conciliação e mediação, representadas nessa perspectiva de valorização, dentre outros, pela resolução n.º 125/2010 do CNJ, pela Lei n.º 13.140/2015 considerada o marco legal da mediação no país, pelas previsões constantes do novo Código de Processo Civil – Lei n.º 13.105/2015 -, além das alterações introduzidas na Lei de arbitragem – Lei n.º 9.307/96 - pela lei n.º 13.129/2015, de modo que passa-se a analisar tais métodos mais detidamente a partir de agora.

### **2.1. ASPECTOS GERAIS**

Desde a introdução em nosso ordenamento jurídico da Lei n.º 9.307/96, conhecida como Lei da Arbitragem, passou-se a compreender que o Estado não mais detém o monopólio da jurisdição em nosso ordenamento jurídico, visto que se atribuiu à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença emanada de um processo judicial. Contudo, como aponta Almeida, Andrade e Pantoja (2016, p. 35-41) nunca existiu de fato um monopólio estatal para resolução de conflitos, sendo a negociação uma atividade da essência humana, tendo-se, inclusive, notícias da utilização da mediação para resolução de conflitos por povos da antiguidade, como a China de Confúcio.

Entretanto, como a solução de litígios através do judiciário ainda é bastante impregnada em nossa sociedade, os demais mecanismos de resolução de conflitos passam a ser vistos como “alternativa” a essa, funcionando com via opcional ao processo judicial, não excluindo a atividade jurisdicional, mas, ao contrário, a complementando, de modo que se pode dividir os métodos de solução de conflitos em três grandes grupos, sendo eles: 1. Autocompositivos; 2. Impositivos; 3. Mistos ou Híbridos (ALMEIDA; ANDRADE; PANTOJA, 2016, p. 36-37).

Nesse sentido, o grupo dos mecanismos autocompositivos possui como elemento caracterizador básico a ausência de decisão imposta por terceiro, podendo esse participar, sem poder de decisão, do procedimento para auxiliar as partes a encontrar a solução adequada para o caso, sendo exemplos desse grupo, a negociação, a mediação e a conciliação. Por sua vez, ao lado deste grupo existem os métodos adversariais ou impositivos, no qual existe um terceiro com poderes decisórios que proferirá uma decisão para finalizar o litígio, podendo aqui ser citados a arbitragem e a jurisdição, estando os litigantes adstritos ao resultado proclamado. O último dos três grupos é o grupo dos métodos mistos ou híbridos, que apresentam características comuns dos dois grupos anteriores, de modo que o seu procedimento, estabelecido previamente, se inicia com a utilização de métodos de um grupo e na hipótese de insucesso utiliza-se métodos do outro grupo, como exemplos temos a mediação-arbitragem, arbitragem-mediação, minijulgamento, *dispute boards*, dentre outros.

Atento à perspectiva de garantir a prestação jurisdicional no modo e tempo adequados a todos, o novo Código de Processo Civil, que teve com uma de suas principais metas a diminuição da quantidade e do tempo de duração dos processos, garante especial atenção à solução consensual de conflitos, constando o estímulo à sua utilização pelos participantes do

processo, como uma das normas fundamentais do processo civil – Art. 3º, §3º<sup>4</sup> -, tornando uma prioridade e obrigação do Estado a sua valorização no exercício da função jurisdicional (CARNEIRO, 2015, p. 64), o que fortalece as previsões já constante da resolução n.º 125/2010 do CNJ, que estabelece a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”.

Nesse sentido, importante notar conforme Almeida, Andrade e Pantoja (2016, p. 36) que:

“ A nova lei de mediação (Lei 13.140/2015) - e o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), que também trata do instituto – não tem, assim, o condão de instituir a mediação, seja aquela realizada judicial ou extrajudicialmente, mas tão somente o de regulamentá-la, com inegável intuito de propaga-la na sociedade e, conseqüentemente, fomentar sua utilização também entre aqueles que enxergam na jurisdição o único método hábil de solução de controvérsias.”

Mostra-se claro, pois, que a solução consensual de conflitos é a mais adequada forma de pacificação das relações sociais, assegurando uma resolução célere das disputas, através de um menor custo e com maior satisfação das partes, razão pela qual, devem ser valorizados e estimulados por todos aqueles que, de algum modo, participam de conflitos (CARNEIRO, 2015, p. 65-66).

## 2.2. O SISTEMA MULTIPORTAS

Ultrapassada a análise dos aspectos gerais dos métodos alternativos de resolução de conflitos, verifica-se que os mesmos decorrem da ideia de assegurar a resolução dos conflitos do modo mais amplo possível, não apenas pelo acesso formal à justiça, mas sim pelo acesso à ordem jurídica justa, representando essa a ideia atual do princípio do acesso à justiça esculpido no Art. 5º, XXXV da CF/88.

Isto posto, conforme asseveram Silva e Rangel (2016), a ineficácia dos métodos tradicionais de acesso à justiça, através da proposição de demandas junto ao Poder Judiciário, passa a demonstrar a ineficácia desse para responder os anseios da população no que toca à resolução de seus conflitos, de modo que para efetivamente sanar esses e satisfazer o interesse das partes é necessário a utilização de novos métodos, o que remete à experiência Norte-Americana de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, muito baseado em

---

<sup>4</sup> Art. 3º. (...) § 3º 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.

soluções autocompositivas, que ficou conhecido como sistema multiportas de solução de conflitos.

Por esse sistema, o Poder Judiciário representaria um centro de resolução de conflitos, com vários e diversos métodos para tanto, que seriam colocados à disposição dos cidadãos com a apresentação de suas vantagens e desvantagens, devendo essas serem levadas em consideração de acordo com as particularidades de cada conflito, substituindo, pois, o sistema de “única porta” do processo judicial, por um sistema compostos de várias portas ou procedimentos para resolução dos conflitos, a ser organizado pelo Estado, com estrutura, procedimentos e pessoas capacitadas para que o cidadão tenha o tratamento mais adequado para a sua controvérsia, sendo este sistema implementando em nosso ordenamento jurídico por diversos dispositivos do novo Código de Processo Civil, da Lei n.º 13.140/15, bem como pela resolução n.º 125/2010 do CNJ, devendo ser entendido como premissa básica desse sistema não, apenas, desafogar o judiciário, mas, sim, tratar de modo adequado e eficaz as demandas (SILVA; RANGEL, 2016).

Almeida, Andrade e Pantoja (2016, p. 42-43) sintetizam tal ideia, bem como seu histórico, vejamos:

“Em um congresso realizado no ano de 1976, Frank Sander, professor da Faculdade de Direito de Harvard, sugeriu a adoção daquilo que batizou de multi-door courthouse. A proposta indicava que, quando o jurisdicionado se dirigisse ao Estado para se servir do instrumento de solução de conflitos disponibilizado, não encontrasse somente a jurisdição, mas outras “portas”, com outros mecanismos disponíveis, como a mediação, a conciliação e a arbitragem. O sistema concebido por Sander visava que a jurisdição fosse reservada para casos em que mostrasse mais apropriada, evitando-se a sobrecarga e a paralisação dos tribunais com casos em que as suas habilidades específicas não são necessárias.”

Nesse sentido, apresenta-se a ideia do sistema multiportas, segundo o qual para a resolução de conflitos é possível que o Estado ofereça ao cidadão múltiplas portas/caminhos para resolução das controvérsias de que seja parte, tais como mediação, conciliação, arbitragem, processo judicial, dentre outros, devendo orientar o cidadão e disponibilizar essas múltiplas portas para que o mesmo solucione do modo mais adequado possível os seus conflitos (BERGAMASCHI, 2015, p. 27).

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro passou nos últimos anos por uma grande valorização de novos métodos de resolução de conflitos que não apenas, a atuação heterocompositiva do poder judiciário, podendo ser citados, nesse sentido, o fortalecimento da mediação, conciliação e arbitragem através do novo Código de Processo Civil, com a apresentação de novas “portas” para a resolução de conflitos, a exemplo da implantação de

câmaras privadas de mediação e conciliação, bem como pela Lei n.º 13.140/15 e resolução n.º 125/2010 do CNJ, essa última que também estabeleceu a criação pelos tribunais de “núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos”, assim como de “centros judiciários de soluções de conflito e cidadania”, representando, pois, as múltiplas portas postas à disposição do cidadão para resolução de seus conflitos.

Nessa perspectiva, a legislação pátria passa a garantir, de modo expreso e incontestável, uma importância significativa para os métodos alternativos de resolução de conflitos, impondo uma mudança considerável no modo de atuar dos operadores do direito, sejam eles advogados, juízes, membros do Ministério Público ou demais auxiliares da justiça (FERNANDES, 2017).

### 2.3. RESOLUÇÃO N.º 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ –

Grande relevância nacional no que toca aos métodos alternativos de resolução de conflitos possui a Resolução n.º 125 de 29 de novembro de 2010 do CNJ, alterada pelas Emendas n.º 1 de 31 de janeiro de 2013 e n.º 2 de 8 de março de 2016, considerada por alguns, como Goretta (2017, p. 190) como a principal política pública nacional apresentada pelo Poder Judiciário para garantir maior amplitude e efetividade, bem como sistematizar as práticas relativas aos métodos alternativos de resolução de conflitos no País, dentre os quais a mediação, sendo introduzido em nosso ordenamento jurídico através da mesma a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”.

Tal resolução possuiu como principais pressupostos balizadores, os seguintes: 1. O Princípio constitucional de acesso à justiça, implicando não só um acesso formal à justiça, mas o acesso à ordem jurídica justa; 2. Necessidade de estabelecimento de política pública de tratamento adequado de conflitos, em razão do crescente número de lides, o que demanda uma organização não apenas dos serviços prestados em ações judiciais, mas também os que possam ser realizados através de outros métodos de resolução de conflitos; 3. A necessidade de consolidação de uma política pública permanente de aperfeiçoamento e incentivo aos métodos consensuais de resolução de conflitos; 4. A necessidade de disciplinar de maneira apropriada a conciliação e a mediação como mecanismos efetivos de pacificação social, bem como de solução e prevenção de conflitos, para redução da excessiva judicialização de conflitos de interesse, assim como de recursos e execuções de sentenças, como verificados em países que os métodos são utilizados de forma adequada; 5. A necessidade e a relevância de organizar e uniformizar os métodos alternativos de resolução de conflitos, evitando que sejam tratados de

forma dispare, assegurando a boa execução da política pública, com observância da especificidades de cada segmento da justiça; 6. A necessidade de que os métodos alternativos de resolução de conflitos sigam princípios e bases que possibilitem a criação de juízos de resolução alternativa de conflitos, como verdadeiros órgãos judiciais especialistas na matéria;

Assim, a resolução n.º 125/2010 do CNJ buscou assegurar a todos a solução de seus conflitos por meios adequados, fixando que compete ao Poder Judiciário não apenas a solução adequada de lides por sentença, mas, também, por outros métodos de resolução de conflitos, como mediação e conciliação, cabendo, ainda, prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre esses. Nesse desiderato, estabeleceu a resolução o dever de que os tribunais devem criar “núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos”, assim como instalar “centros judiciários de soluções de conflito e cidadania”, estabelecendo, ainda, regras para capacitação de conciliadores e mediadores, bem como para o acompanhamento estatístico de suas atividades e da gestão dos centros (CABRAL; PINHO, 2016, p. 6-8).

Isto posto, ao analisarmos a resolução, nota-se a presença na mesma de cada um dos pressupostos apresentados acima, que servem de baliza importantíssima para a adequada aplicação dos métodos alternativo de resolução de conflitos, dentre os quais a mediação, no ordenamento jurídico pátrio, representando tal resolução “a busca da efetivação do acesso integral à justiça, na medida em que são concebidas a partir de pressupostos carregados de pretensões incontestavelmente democratizantes” (GORRETI, 2017, p. 191).

Portanto, a resolução n.º 125/2010 do CNJ é a representação da tentativa de garantir o acesso à ordem jurídica justa, decorrente da visão mais atual da previsão constitucional do acesso à justiça, constante do Art. 5º, XXXV da CF/88, passando a ser essa considerada como um dever do Estado, que passa a ter que organizar e viabilizar esse acesso, valorizando meios alternativos de resolução de conflitos que também forneçam o tratamento adequado para as disputas, não se limitando essas somente ao judiciário, considerando para tanto fenômenos como o aumento da litigiosidade. Assim, os meios alternativos de resolução de conflitos, ao mesmo tempo em que representam a contenção do aumento exponencial dos processos judiciais, precisam se apresentar como formas efetivas e adequadas de resolução de conflitos dos cidadãos, mantendo o poder de adjudicação estatal para aquilo que for necessário (BERGAMASCHI, 2015, p. 40-44), apresentando-se, daí, a grande importância da resolução do CNJ, que em primeiro lugar procurou disciplinar e instituir uma política pública sobre o tema em nosso país, não cabendo a esse estudo, ante os seus limites, adentrar aos pormenores dessa, mas, apenas, apresentar suas balizas e aspectos gerais, como fora feito.

Aqui, cabe ressaltar que antes mesmo da edição da resolução aqui tratada, a mediação foi objeto do “II Pacto Republicano no Brasil”, sendo assinado pelos três poderes da federação em 2009, onde dentre os diversos compromissos assumidos, existia o de fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a adoção de meios autocompositivos, garantindo maior pacificação e menor judicialização. Nesse sentido, também, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n.º 118/2014, estabelecendo a Política Nacional de incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, tendo por objetivo garantir na esfera do *parquet* uma verdadeira política de incentivo e utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, como negociação, conciliação, mediação, acordos processuais, além de auxiliar e orientar o cidadão quanto a essas, assegurando a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses em sua atuação (CABRAL; PINHO, 2016, p. 4-5).

### **3. MEDIAÇÃO**

A mediação representa um dos mais relevantes e importantes métodos alternativos de resolução de conflitos postos à disposição dos cidadãos em nosso ordenamento jurídico, estando classificado dentro do grupo dos métodos autocompositivos, juntamente com a conciliação e a negociação, não se confundindo, contudo, com os mesmos, como será visto abaixo, representando papel fundamental na busca pela garantia do efetivo acesso à justiça ao cidadão, com a resolução dos conflitos no tempo e modo adequados, garantindo a efetiva pacificação social.

Nesse capítulo, buscar-se-á esmiuçar em maiores detalhes as principais peculiaridades desse mecanismo de resolução de conflitos, analisando seu conceito, suas principais características, inclusive no que se refere aos princípios que lhes são aplicáveis, passando pela análise do seu marco legal, através da edição da Lei n.º 13.140/2015, bem como esclarecendo as diferenças deste método em relação à conciliação e a negociação, que também fazem parte do grupo dos métodos autocompositivos, de forma a compreender a mediação e sua efetiva aplicação da forma mais adequada possível.

#### **3.1. CONCEITO**

A mediação pode ser conceituada como um mecanismo voluntário de resolução de conflitos, consistente em um processo, através do qual as partes buscam um terceiro imparcial para que esse as auxilie na resolução da controvérsia, de modo que alcancem, em conjunto, a decisão para o caso específico, satisfazendo todos os envolvidos na querela. Possuindo, pois, a mediação os seguintes elementos essenciais para sua caracterização: Tratar-se de um processo, participação de duas ou mais partes, voluntariedade, participação de um terceiro imparcial sem poder decisório e acordo das partes (CABRAL; PINHO, 2016, p. 1-4).

Contudo, conforme assevera Almeida, Andrade e Pantoja (2016, p. 42-46), não existe apenas um único modelo de mediação, essas apresentariam algumas abordagens diferenciadas pelo seu escopo. Nesse sentido, destacam-se duas abordagens da mediação que possuem diferenças bem definidas, sendo elas a linear e a transformativa. A primeira dessas abordagens seria a escola linear de Harvard, na qual o principal objetivo seria a solução do conflito para obtenção de um acordo, razão pela qual o procedimento seria desenvolvido de maneira a possibilitar da melhor forma a obtenção do acordo, de modo que não obtendo o acordo a mediação é considerada frustrada, sendo propício para utilização do sistema multiportas visto acima, bem como para diminuição dos litígios pendentes no judiciário, uma vez que mesmo que não restaure o diálogo entre as partes, resolve o conflito que seria ou já havia sido ajuizado, sendo essa a abordagem utilizada pelo Lei n.º 13.140/2015.

A segunda abordagem, por sua vez, é conhecida como mediação transformativa, nessa, o acordo deixa de ser o fim último da mediação, passando a mesma a ter por fim principal o restabelecimento do relacionamento entre as partes, garantindo meios para que os envolvidos conheçam maneiras para melhorarem o seu relacionamento, bem como para superarem as posturas que geraram o conflito, evitando que surjam novas controvérsias, garantindo, pois, a pacificação social, não tendo essa, contudo, relação com a psicanálise ou formas de terapia.

Essa segunda abordagem possui como foco principal, portanto, o restabelecimento do diálogo e a pacificação entre as partes, de modo que embora em nosso ordenamento jurídico aparentemente se privilegie a visão linear, ante a expectativa de que a mediação atue de forma efetiva para resolução da crise de congestionamento e efetividade do judiciário, não se pode, contudo, deixar de lado a busca pela restauração do diálogo e de enfrentamento das causas que originaram a disputa, garantindo a efetiva pacificação social.

Finalizam os autores dizendo que a mediação aplica-se de forma adequada quando se verifica a efetiva necessidade e adequação de sua utilização no caso concreto, em razão de suas peculiaridades e não por mera determinação de juízos assolados de trabalho, constando ainda,

que embora nosso ordenamento dê enfoque maior à mediação sob o ponto de vista linear, nada impede que as partes optem ou aceitem que o seu caso seja tratado sob as demais linhas de abordagem, sobretudo a transformativa, a fim de alcançar os resultados adequados para aquele caso específico.

### 3.2. CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

O Art. 2º da Lei n.º 13.140/2015 estabelece os princípios norteadores da mediação em nosso ordenamento jurídico, os quais estabelecem as características basilares desse método de resolução de conflitos no Brasil, sendo elas, a imparcialidade do mediador – inciso I -, isonomia entre as partes – inciso II -, oralidade – inciso III -, informalidade – inciso IV -, autonomia da vontade das partes – inciso V e parágrafo único -, busca do consenso – inciso VI -, confidencialidade – inciso VII – e boa-fé – inciso VIII -. O novo Código de Processo Civil, por sua vez, acrescenta a esses em seu Art. 166, a independência do mediador e a decisão informada.

Aqui cabe anotar, que os princípios apresentados acima, que regem a mediação em nosso ordenamento jurídico são basicamente os mesmos adotados na maioria dos países, embora com algumas legislações mais expansivas e/ou mais concisas do que a brasileira, cabendo ressaltar ainda, que na hipótese de conflito destes, entre eles, ou com outros princípios, tais controvérsias se resolvem por ponderação, visto que nenhum destes princípios representa direito absoluto, obtendo-se a partir da ponderação a aplicação daquele mais adequado para o caso concreto (ALMEIDA; ANDRADE; PANTOJA, 2016, p. 54), o que é a hipótese, por exemplo, do conflito entre os princípios da confidencialidade e da publicidade na mediação relativa a controvérsias envolvendo a Administração Pública, como se verá abaixo.

Nessa perspectiva, o primeiro dos princípios que caracteriza a mediação trata-se da necessária imparcialidade do mediador, segundo o qual os mediadores devem atuar em tais procedimentos sem qualquer tipo de preferência, favoritismo ou preconceito, atuando com máxima imparcialidade, não podendo permitir que os seus valores e conceitos pessoais interferiram em seu trabalho e no resultado da mediação, sendo esse um princípio fundamental, devendo possuir os participantes da mediação, plena convicção da imparcialidade e desinteresse do mediador no conflito, decorrendo deste também o princípio da independência, pelo qual deve o mediador conduzir o processo com máxima liberdade, sem qualquer interferência externa e/ou interna (ALMEIDA; ANDRADE; PANTOJA, 2016, p. 55-56; p. 65).

Nessa ótica, portanto, a atuação do mediador deve-se dar com total autonomia e liberdade, sem qualquer tipo de influência ou subordinação, estando tal característica presente no Código de Ética dos mediadores e conciliadores, constante da resolução n.º 125/2010 do CNJ, devendo o mediador, inclusive, suspender, interromper ou mesmo recusar a mediação quando estiverem ausentes as condições para o seu bom desenvolvimento, não sendo obrigado, inclusive, a redigir acordos ilegais e/ou inexequíveis (TARTUCE, 2016, p. 525-526).

A necessária isonomia das partes também representa um dos princípios que caracteriza a mediação, pressupondo que as partes do procedimento sejam tratadas de modo igual na medida de suas igualdades e desigual na medida de sua desigualdade, garantindo o necessário equilíbrio entre as mesmas durante todo o procedimento, com a plena concretização no caso específico da isonomia formal e material (ALMEIDA; ANDRADE; PANTOJA, 2016, p. 58-59).

Também caracteriza a mediação como um de seus princípios basilares a valorização da oralidade em seu procedimento, o que garante maior agilidade e maior informalidade ao mesmo, auxiliando na sua eficácia, seja para obtenção do acordo, seja para o restabelecimento do diálogo e da relação entre as partes, existindo, contudo, alguns atos que devem ser obrigatoriamente por escrito, como o termo final da mediação.

Paralelo a esses, temos o princípio da informalidade que também caracteriza a mediação, pelo qual, não devem ser estabelecidos previamente regras para as etapas e prazos da mediação, sendo essas flexíveis e adaptáveis de acordo com o caso concreto, decorrendo daí o princípio da instrumentalidade das formas, de modo que busca-se a finalidade do ato, independente da forma de alcançá-lo, não havendo que se falar em nulidade se aquele foi alcançado sem prejuízo para as partes, sendo essa liberdade moldada, contudo, com os demais princípios que regem a mediação e o ordenamento jurídico brasileiro como um todo (ALMEIDA; ANDRADE; PANTOJA, 2016, p. 59-61).

Outro princípio que caracteriza a mediação diz respeito ao princípio da autonomia da vontade, segundo o qual a observância da vontade de pessoas capazes, com liberdade e observando as disposições legais, deve ser tida como soberana, de maneira que durante o procedimento deve ser observando as diferentes visões dos participantes, não sendo esses obrigados a fechar qualquer espécie de acordo, para que cheguem, portanto, a uma composição voluntária, podendo, inclusive, interromper o procedimento a qualquer tempo, sendo a aceitação quanto à participação também voluntária (TARTUCE, 2016, p. 526).

A busca do consenso também se caracteriza com um dos princípios que caracterizam a mediação, através do qual busca-se com o procedimento a obtenção de uma solução consensual para o conflito das partes, representando a escolha no ordenamento jurídico brasileiro pelo modelo linear de Harvard.

Pela confidencialidade que também caracteriza a mediação e trata-se de uma de seus atributos mais valorizados, por sua vez, tem-se o sigilo que rege a atuação das partes e do mediador, assim como do procedimento de mediação, sendo esse, em regra, sigiloso, ao contrário do processo judicial, por essência público, salvo raras exceções, devendo os participantes manter sigilo sobre as informações e documentos que tenham tomado conhecimento por ocasião da mediação, existindo, ainda, sessões particulares, onde o sigilo se aplica à parte adversa.

Essa regra de confidencialidade, possui, contudo, exceções, sendo elas a exigência de divulgação da informação por lei, como aquelas relativas à ocorrência de crime de ação pública e por necessidade de cumprimento do acordo e na hipótese de existir expressa autorização das partes, além dos fatos óbvios, públicos e de mínima importância (ALMEIDA; ANDRADE; PANTOJA, 2016, p. 62-64).

Tal princípio é essencial para que as partes possam no procedimento de mediação se sentir seguros de que suas manifestações não serão usadas contra eles em outras oportunidades, de modo que atuem com a máxima abertura e transparência no procedimento (TARTUCE, 2016, p. 526).

A boa-fé, ao seu tempo, também é princípio caracterizador da mediação, segundo o qual devem as partes agir com lealdade, honestidade e probidade durante todo o procedimento, sendo esse um verdadeiro *standard* jurídico (ALMEIDA; ANDRADE; PANTOJA, 2016, p. 64).

Por fim, temos o princípio da decisão informada, pelo qual deve o mediador manter as partes com plena consciência acerca dos seus direitos envolvidos no procedimento, bem como ao contexto fático do mesmo e dos métodos a serem utilizados, não podendo o mediador, contudo, atuar como assistente técnico, advogado e/ou consultor de qualquer das partes, mantendo-se equidistante em relação a elas, observando, entretanto, o dever de mantê-las informadas (TARTUCE, 2016, p. 526).

O princípio da decisão informada é de importância peculiar, pois através dele as partes podem tomar conscientemente suas decisões sobre submeter-se, ou não, ao procedimento ou realizar o acordo, pois devidamente informadas, garantindo, assim, melhores resultados para a

mediação, cabendo ao mediador, inclusive, em tal desiderato, assegurar que as partes sejam assessoradas por advogados, a fim de alcançar os melhores resultados, diminuindo os riscos de acordos inexecutáveis ou temerários, fruto de desinformação dos participantes (ALMEIDA; ANDRADE; PANTOJA, 2016, p. 65).

### 3.3. MEDIAÇÃO X CONCILIAÇÃO X NEGOCIAÇÃO

A partir da definição dada ao conceito de mediação, bem como a apresentação de suas principais características, observa-se que essa pode vir a ser de certo modo confundida com os outros dois métodos que juntamente com ela fazem parte do grupo dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, que são conciliação e negociação.

Nesse espeque, no que toca à negociação, a grande e principal diferença com a mediação reside no fato de que na negociação, em regra, as partes tentam chegar a um entendimento sem qualquer participação de terceiro, o que não se verifica na mediação, onde temos um terceiro que busca auxiliar as partes a obter a solução para aquele conflito específico, assim, quando as partes não conseguem chegar a um consenso por intermédio de um processo de negociação, chegando à conclusão de que não são capazes de solucionar a disputa por si mesmas, buscam em um terceiro, que possa auxiliá-las, através da mediação, encontrar uma resolução para a situação específica, solução essa que sabem existente, mas que, entretanto, não são capazes de alcançar sozinhas (CABRAL; PINHO, 2016, p. 3).

No que toca à conciliação, por sua vez, a principal diferença diz respeito ao papel do terceiro que participa para auxiliar as partes na busca do consenso, de modo que na conciliação o terceiro intervém de forma ativa para o consenso, podendo, se necessário, expor e propor saídas, alternativas, bem como apontar vantagens e desvantagens da posição de cada um, sem, contudo, forçar o acordo ou violar a autonomia da vontade, que, pelo contrário, deve ser estimulada. Ao seu tempo, na mediação, o terceiro atua de forma técnica e ativa facilitando a comunicação e possibilitando que as partes a partir do restabelecimento do diálogo cheguem, por si próprias, à solução da disputa, sem oferecer, contudo, proposta de solução, mantendo o protagonismo das partes quanto a essa (TARTUCE, 2016, 523-525).

Aqui, importante lição de Almeida, Andrade e Pantoja (2016, p. 39), que bem delimita o tema, vejamos:

“A passividade deste em relação àquele refere-se somente à possibilidade de apresentação de soluções, visto que o mediador utiliza suas técnicas de forma ativa,

sem retirar, contudo, a autoria e o protagonismos dos envolvidos. O novo CPC, no art. 165, §§2º e 3º, distingue as técnicas desses dois mecanismos autocompositivos pela postura passiva (mediador) ou ativa (conciliador) do terceiro. A mediação está inserida no rol dos métodos que levam em conta e trabalham os interesses das partes (*interest-based methods*), nos quais são identificadas as preocupações, as necessidades e os desejos dos envolvidos como ponto de partida para a seleção de questões a serem solucionadas. Enquanto na mediação se buscam os interesses por trás das posições, a conciliação trabalha apenas com as posições externadas pelas partes.”

Nesse desiderato, a diferenciação entre conciliação e mediação também é feita pela natureza do conflito, de modo que a conciliação seria mais indicada para conflitos isolados, como uma ação decorrente de acidente de trânsito, onde não exista prévia relação entre as partes, focando-se no aspecto objetivo, sem aprofundamento no aspecto subjetivo. Por sua vez a mediação é indicada para conflitos que envolvem relações continuadas, como relações de família ou vizinhança, visto que nela são observados pontos essenciais do vínculo existentes entre os envolvidos, que através do restabelecimento do diálogo tentam alcançar uma solução para o caso. Cabe ressaltar, contudo, que essa diferenciação quanto à natureza da disputa não é cogente, mas mera recomendação, podendo relações duradouras serem objeto de conciliação e relações episódicas de mediação, com resultados positivos, sempre observando o caso concreto.

Por fim, ante a diferenciação observada, verifica-se que a mediação geralmente é desenvolvida em mais de uma sessão, onde são trabalhados pontos importantes da relação entre as partes, ao passo que na conciliação por tratar, em regra, de relações episódicas é realizada apenas uma seção, sendo o conflito tratado de forma mais objetiva e pontual (TARTUCE, 2016, 523-525).

#### 3.4. O MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Embora já se observasse a aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, tanto em âmbito judicial, como em âmbito extrajudicial, inclusive, com referências à mesma constantes do novo Código de Processo Civil e da Resolução n.º 125/2010 do CNJ, a regulamentação expressa e específica da mediação era extremamente necessária para que a disseminação de sua utilização, bem como dos demais métodos alternativos de resolução de conflitos, se desse de modo correto e adequado, ganhando a sua prática legitimidade social,

bem como trazendo segurança jurídica aos que a utilizam, para que possa o Brasil, em um futuro não muito distante, trinar-se referência mundial no tema, surgindo disso a importância singular da Lei n.º 13.140/2015, considerada o marco legal da mediação em nosso ordenamento jurídico (CABRAL; PINHO, 2016, p. 5).

Nesse espeque, a Lei n.º 13.140/2015 ao disciplinar a mediação em nosso ordenamento jurídico, passou a ser conhecida com o marco legal da mesma no Brasil, sendo resultado de um árduo trabalho técnico e político, representando importante caminho para superação da cultura predominantemente adversarial ainda presente no Brasil e apresentando as direções para que a mediação seja posta em prática dentro e fora do processo judicial (ALMEIDA; ANDRADE; PANTOJA, 2016, p. 65).

Restrito aos limites desse trabalho, apresentou-se e apresentar-se-á ao longo do mesmo, elementos genéricos dessa legislação, sendo exposto com mais detalhes, contudo, o seu capítulo II que trata acerca da autocomposição de conflitos em que for parte a pessoa jurídica de direito público, como se verá abaixo.

#### **4. APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NAS CAUSAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Conforme levantamento realizado por Facci (2016, p. 382-384), bem como por Souza (2016, p. 207), a partir de dados notórios constantemente divulgados pelo CNJ, o Poder Público figura como litigante em grande parte dos processos judiciais em curso do país, sendo, pois, o maior “cliente” do judiciário.

Nessa perspectiva, como visto nos capítulos anteriores, os métodos alternativos de resolução de conflitos, tais quais conciliação, mediação e arbitragem surgem como opção para resolução dos mesmos, sem a necessidade de ingresso com ações judiciais, o que, por certo, ajudará a lidar com a crise de congestionamento e efetividade do judiciário, juntamente com outros mecanismos criados ao longo dos anos com esse mesmo desiderato, tais quais súmula vinculante, métodos de resolução de demandas repetitivas, repercussão geral, valorização do precedentes, dentre outros.

Ocorre que, como explica Souza (2016, p. 207-208), pouco se produziu em nível doutrinário, legislativo/normativo ou jurisprudencial acerca das nuances de envolvem a aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública, em razão do regime diferenciado aplicável a essa em contrapartida com o aplicado a

particulares, existindo importantes limites para a liberdade de negociar da Administração Pública, regida por princípios como o da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

Paralelo a isso, existe no âmbito da Administração Pública certa ausência de cultura para resolução de conflitos sem a participação do judiciário, aliado à tradição da intransigência do Estado nas demandas judiciais, o que favorece a sua alta judicialidade e a dificuldade na formalização de acordos ou transações, fomentando a cultura da sentença para solução de conflitos em que a Administração Pública seja parte, o que gera, por certo, efeitos indesejáveis, tais quais, aumento do congestionamento do judiciário, com excesso de trabalho para juízes e demais auxiliares da justiça, reforço da crença de que as instâncias administrativas são incapazes de solucionar os problemas da população, danos à necessária eficiência pública, desestímulo à formulação de pedidos administrativos pelos administrados, dentre outros (FACCI, 2016, 382-384).

Nesse sentido, construiu-se, ao longo dos anos, fundamentos constitucionais e infraconstitucionais para que fosse possível a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública, a partir de uma leitura contemporânea do regime jurídico próprio que rege a Administração Pública, como veremos abaixo.

#### 4.1. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS CAUSAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nesse sentido, construiu-se entendimento baseado tanto em fundamentos constitucionais, quanto infraconstitucionais, a fim de possibilitar e estimular a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública, como a mediação, como se verá abaixo, de modo que uma solução consensual para os conflitos públicos deve pautar a ação dos agentes públicos tanto em nível judicial, quanto extrajudicial/administrativo, seja nos conflitos que travar com particulares, seja naqueles que envolvam somente entes públicos, não restando dúvidas de que a Administração Pública está incluída como destinatária dos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Portanto, considerando que a Administração Pública atualmente deve pautar sua ação no protagonismo do cidadão, essa tem o dever de contribuir para a pacificação dos conflitos e funcionalidade do judiciário, utilizando-se, sempre que possível, de métodos alternativos de

resolução de conflitos para a gestão processual eficiente, voltada ao cidadão, a pacificação social e a consecução dos direitos fundamentais (FAGÚNDEZ; GOULART, 2016 p. 151-152).

#### **4.1.1. Dos fundamentos constitucionais**

Conforme Souza (2016, p. 209), três são os principais fundamentos constitucionais que autorizam a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos que envolvam Entes Públicos, sejam esses na esfera extrajudicial/administrativa ou judicial, são eles: 1. Princípio do acesso à justiça; 2. Princípio da eficiência; 3. Princípio democrático.

##### **4.1.1.1. Do princípio do acesso à justiça**

O princípio do acesso à justiça, expresso no Art. 5º, XXXV da CF/88, representa, de acordo com Cunha Junior (2009, p. 694), uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito, significando a prerrogativa de todo cidadão de provocar a atuação do Poder Judiciário para a defesa de um direito, devendo ser lido com a maior amplitude possível, para compreender todas as situações em que houver uma lesão ou ameaça de lesão a direito.

Contudo, como explica Goretta (2017, p. 64-65), essa leitura do princípio do acesso à justiça, embora seja a mais usual, é bastante formal e restritiva, confundindo-a com a ideia de acesso formal ao judiciário. Segundo o Autor, no que é acompanhado por Souza (2016, p. 209), essa leitura deve ser atualizada, visto que de nada adianta garantir o acesso à tutela jurisdicional, se o conflito for tratado de forma indevida e inadequada, sendo insuficiente para proporcionar aos litigantes a pacificação pretendida, decorrendo dele, ainda, o princípio da razoabilidade da duração do processo – Art. 5º, LXXVIII da CF/88 -, que a cada dia vem se mostrando de mais difícil efetivação nas vias judiciais ordinárias.

Desse modo, Goretta (2017, p. 66) aponta que a garantia formal do acesso ao judiciário não subsiste sem a efetividade de um processo justo, de modo que a visão meramente formal de acesso à justiça, desconsidera a possibilidade de realização de justiça através de métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação.

Deve-se buscar, pois, um sentido diverso e moderno para o princípio, de modo que a justiça seja considerada como um valor a ser alcançado, como um fundamento ético de equidade e igualdade, não importando a via para sua obtenção, podendo ser utilizada tanto a via judicial como a via extrajudicial/administrativa para tutela dos direitos violados ou com ameaça de

lesão, sendo essa, então, a visão do princípio constitucional do acesso à justiça do ponto de vista substancial e/ou material, que utiliza-se nesse estudo.

Pensa-se, portanto, que trata-se essa da visão adequada a ser utilizada na leitura do princípio do acesso à justiça, visto que representa a dimensão integral, política, jurídica e social do referido direito, além disso se alinha com a visão democrática de reivindicação e resolução de direitos por vias múltiplas de resolução e prevenção de conflitos, consubstanciada no sistema multiportas, possibilitando a resolução de conflitos e pacificação social por vias alternativas de resolução e prevenção de conflitos, garantindo resultados justos, também através dessas (GORRETI, 2017, p. 67-68).

#### 4.1.1.2. Do princípio da eficiência

Em sua obra, Carvalho Filho (2012, p. 29-31) aponta que o princípio da eficiência foi trazido ao plano constitucional pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, sendo denominado de “qualidade do serviço prestado” no projeto da emenda, através do qual se estabeleceu o direito dos cidadãos de cobrarem eficiência na prestação dos serviços públicos, ante o enorme descontentamento existente à época com tais serviços, que, infelizmente, permanecem até os dias atuais, o que foi, inclusive, objeto de críticas de doutrinadores, visto que a mera menção à eficiência no texto constitucional não é suficiente para garantir sua aplicação na prática, devendo essa previsão ser seguida de medidas concretas, com mudança da mentalidade dos governantes.

Aqui, novamente, consegue-se extrair como decorrência lógica do princípio analisado, o princípio da razoável duração do processo, aplicável tanto à via judicial, quanto à via extrajudicial/administrativa, possuindo na eficiência um de seus principais conteúdos na luta da sociedade contra a excessiva lentidão na prestação jurisdicional, que gera efetiva ausência de prestação jurisdicional e barreira à pacificação dos conflitos.

Nesse sentido, o próprio Carvalho Filho (2012, p. 29) sintetiza o cerne do sentido do princípio, a ser utilizado ao longo desse estudo, ao expor que o núcleo do princípio da eficiência “é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.”.

Restrito aos limites desse trabalho, temos então, que o princípio da eficiência representa a concepção de que as demandas devem ser solucionadas da melhor forma possível na equação

do custo em contrapartida aos benefícios, devendo qualquer conflito ser solucionado com a utilização dos menores custos, menor tempo, menor desgaste e melhores resultados para as partes, garantido a necessária pacificação social (SOUZA, 2016, p. 209).

#### 4.1.1.3. Do princípio democrático

Estabelece o Art. 1º da CF/88<sup>5</sup>, que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, de modo que se deve orientar pelos postulados da democracia, sendo princípio fundamental na busca por uma sociedade pluralista, justa, livre e solidária, em que todo poder emane do povo e seja exercido em seu benefício, reconhecendo-se e garantindo-se os direitos humanos fundamentais para que possam ser realizados em sua plenitude.

Nesse sentido, a partir da CF/88 o Estado brasileiro passa a ser visto como fonte de concretização dos valores humanos, morais e éticos fundamentais concebidos na mesma, na perspectiva da democracia imposta pela soberania popular (CUNHA JUNIOR, 2009, p. 510).

Assim, com fundamento no princípio democrático da nossa ordem constitucional, onde o Estado deve sempre buscar a consecução dos fins descritos na CF/88, temos que sempre que o Poder Público se veja envolvido em um conflito, deve, em primeiro lugar, dialogar na busca da solução consensual, de modo a encontrar a resposta adequada para o problema (SOUZA, 2016, p. 209).

#### 4.1.2. Dos fundamentos infraconstitucionais

Ultrapassadas a análise dos fundamentos constitucionais que garantem e mesmo estimulam a aplicação da mediação e demais métodos alternativos de resolução de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública, temos, como explana Souza (2016, p. 210-213), que o ordenamento jurídico brasileiro conta desde o ano de 1990 com diversas previsões para resolução consensual de conflitos em que seja parte a Administração Pública, muitas envolvendo direito indisponíveis, sem contar a previsão do Código Tributário que já permitia

---

<sup>5</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos;

desde 1966 a extinção do crédito tributário por meio da transação<sup>6</sup>, a qual, contudo, demanda regulamentação por lei específica.

Nesse diapasão, o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90 – foi o primeiro a trazer inovações nesse sentido, ao alterar a Lei da Ação Civil Pública – Lei n.º 7.347/85 - acrescentando o §6º ao seu Art. 5º<sup>7</sup>, para permitir a celebração de termos de ajuste de conduta, para todos os temas que podem ser objeto de Ações Cíveis Públicas, possibilitando através de negociações a obtenção dos melhores resultados possíveis para a coletividade.

Tal exemplo também foi seguido, para permitir termos de ajustamento de conduta e/ou dispositivos semelhantes no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069/90 -, pela Lei n.º 9.457/97 que alterou a Lei n.º 6.384/76 relativa ao mercado de capitais e a Comissão de Valores Mobiliários, regulamentados pelas Deliberações CVM n.º 390 de 2001 e n.º 486 de 2005, em matéria ambiental a Lei n.º 9.605/1990, bem como os Decretos n.º 99.274/90 e n.º 6.514/2008, o Estatuto do Idoso - Lei n.º 10.741/03 -, Lei de Diretrizes de Bases da Educação – Lei n.º 9.394/96 -, Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei n.º 5452/1943 - e a legislação de quase todas as agências reguladoras, muitas delas tratando de direitos indisponíveis.

Pode-se ainda citar na esfera legal as previsões constantes da Lei n.º 9.784/99 referentes ao princípio da proporcionalidade e a previsão de que a instalação de qualquer espécie de conciliação interrompe o prazo de prescrição nos processos administrativos federais.

Podem ser citados ainda, com o mesmo objetivo, a previsão existente na legislação de diversas agências reguladoras, referente à realização de consultas e audiências públicas para discussão e elaboração de seus atos normativos, sendo adotado, inclusive, por entes que não possuem essa previsão legal na sua legislação de regência, o que é bastante importante para a ideia de consensualidade no âmbito da Administração Pública, buscando-se, apesar do caráter não vinculativo das consultas, o consenso possível entre os setores regulados e os usuários, o qual é levado em conta pelo regulador para elaborar a norma.

Na esfera judicial, por sua vez, a transação já é possível em matérias penais leves, na forma da Lei n.º 9.099/95, tendo sido ampliada pela Lei n.º 10.259/01, que criou os Juizados Especiais Federais, devendo ser citada ainda a Lei n.º 12.153/09 que criou os Juizados Especiais

---

<sup>6</sup> Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário; (...) Art. 156. Extinguem o crédito tributário: (...) III – a transação;

<sup>7</sup> Art. 5º (...) § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

da Fazenda Pública, que dispõe sobre o procedimento especial para processamento de litígios de pequena monta que envolva a Fazenda Pública, necessitando, contudo, de regulamentação de cada ente da federação.

Em âmbito federal, tem-se ainda como legislação básica de transações a Lei n.º 9.469/97, que admite a transação pelo Poder Público, não diferenciando ou restringindo a matéria para as lides que envolvem a União ou outro ente federal, sendo regulamentada pela Advocacia Geral da União e seus órgãos vinculados através de diversas portarias, tudo como exposto por Souza (2016, p. 210-213).

Ressalta-se ainda, que algumas legislações municipais e estaduais, também preveem, mesmo que de modo tímido, a possibilidade de realização de acordos na seara judicial, quando a Administração direta ou indireta figure como parte desse, bem como a Lei de Arbitragem – Lei n.º 9.307/96<sup>8</sup> – que trouxe a possibilidade de que direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública possam ser objeto de arbitragem (FAGÚNDEZ; GOULART, 2016, p. 150-152) não cabendo aqui o detalhamento dos mesmos, ante o limite desse trabalho.

Outrossim, o novo Código de Processo Civil também apresenta inúmeros avanços no que toca aos métodos alternativos de resolução de conflitos, estimulando-os, com a valorização do diálogo, consenso, boa-fé, lealdade processual, dignidade da pessoa humana, dentre outros, o que fortalece os métodos consensuais, como a mediação, inclusive, em demandas que envolvem a Administração Pública.

Nessa perspectiva do novo diploma processual civil pátrio, merece destaque o seu Art. 174<sup>9</sup>, que estabelece em moldes abrangentes que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições para resolução de conflitos administrativos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, analisar a admissibilidade de pedidos de conciliação e celebrar termos de ajustamento de conduta.

Por sua vez, a Lei n.º 13.140/2015, considerada, como visto, o marco legal da mediação no Brasil, disciplina através do seu Capítulo II a autocomposição de conflitos envolvendo a

---

<sup>8</sup> Art. 1º (...) § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>9</sup> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Administração Pública, representando, até o momento, a mais importante legislação sobre o tema, a qual passa-se a esmiuçar.

## 4.2. CAPÍTULO II DA LEI N.º 13.140/2015 QUE DISCIPLINA A AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes mesmo de adentrar à análise do capítulo II da Lei n.º 13.140/2015 que disciplinou formalmente a autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública, cabe aqui apontar críticas expostas por Souza (2016, p. 208) ao processo legislativo para elaboração do capítulo que trata da “composição de conflitos no âmbito da Administração Pública”, o qual, segundo a mesma, teria sido processado sem a necessária transparência, bem como sem discussão aberta, necessária para a participação de todos os interessados essenciais, que deveriam ter contribuído de forma ampla, como membros da advocacia pública federal, representantes do Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, bem como membros do judiciário e do Ministério Público, em qualquer de seus níveis.

Os defeitos no processo, defende a Autora, teriam gerado resultados claros no texto legal, tais quais falhas técnicas, omissões e mesmo algumas inconstitucionalidades, de modo que embora exista utilidade na elaboração do capítulo na primeira lei que veio a tratar da mediação no Brasil, o mesmo é insuficiente para adentrar às peculiaridades que envolvem as causas em que a Administração Pública seja parte, apresentando omissões muito relevantes, como no que se refere a conflitos de natureza coletiva, omissões e defeitos esses que deverão ser sanados por uma legislação específica sobre o tema.

Arremata a Autora, afirmando que o texto apresenta poucas inovações em relação ao que já se encontrava previsto na Lei n.º 9.469/97, em razão da ausência de estabelecimento de critérios materiais, bem como diretrizes e parâmetros para a celebração de acordo e transações envolvendo a Administração Pública, com excessiva remissão à necessidade de regulamentação.

Assim, exposta essa crítica importante acerca do processo de elaboração do capítulo ora analisado, passa-se especificamente para análise do seu conteúdo.

### 4.2.1. Seção I - Disposições Comuns

O capítulo II da Lei n.º 13.140/15 ao tratar da autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública, correspondendo aos Arts. 32 a 40 do referido dispositivo legal, optou por dividi-lo em duas seções, sendo uma relativa às disposições gerais para todos os entes públicos – Arts. 32 a 34 - e outra específica referente aos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações – Arts. 35 a 40 -.

Nesse desiderato, na seção I, a primeira de suas previsões – Arts. 32 -, talvez seja uma das mais importantes, estabelecendo que os Entes Federativos podem criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos seus respectivos órgãos da advocacia pública, possuindo competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública – Inciso I -, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, na hipótese de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público – Inciso II -, promover, quando possível, termos de ajustamento de conduta – Inciso III -, incluindo-se, ainda, nessa competência, a prevenção e resolução de conflitos que envolvam o equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela Administração com particulares - §5º - devendo o modo de composição e funcionamento das Câmaras ser definido em regulamento próprio de cada ente federado - §1º.

Ressalta-se a não obrigatoriedade de que o conflito seja submetido à análise da câmara, sendo cabível, contudo, somente nos casos previsto no regulamento próprio do ente federado - §2º -, de modo que havendo acordo entre as partes o mesmo será reduzido a termo, constituindo título executivo extrajudicial - §3º -.

Quanto ao primeiro artigo do capítulo aqui tratado, verifica-se, por fim, que não se incluem na competência das câmaras as disputas que somente podem ser solucionadas por atos ou concessões de direito sujeitos a autorização do Poder Legislativo - Art. 32, 4º -.

Aqui verifica-se, que embora fale em prevenção, em nenhuma de suas competências existe alguma que com ela se relacione, o que segundo Souza (2016, p. 220) seria mesmo impossível, visto que essa tem que se dar no âmbito de cada órgão da Administração Pública, mediante diálogo e transparência, combinada com uma atuação efetiva dos órgãos de consultoria jurídica e não em um órgão específico que atenda toda a Administração, como as câmaras cuja criação se autoriza.

Por sua vez, o Art. 33 do disposto legal em comento, prevendo a morosidade na criação das câmaras, estabelece que enquanto essas não forem criadas, os conflitos que envolvem a Administração Pública poderão ser solucionados nos termos do procedimento previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I da Lei 13.140/15, que estabelece regras gerais para todos

os tipos de mediação, seja ela administrativa, judicial ou extrajudicial, estabelecendo, ainda, o seu §1º que a Advocacia Pública no âmbito do ente federativo poderá instaurar de ofício ou mediante provocação procedimento de mediação coletiva de conflitos envolvendo a prestação de serviços públicos.

O Art. 34 ao seu tempo, estabelece que a prescrição é suspensa pela instauração de procedimento administrativo para resolução consensual de conflito no âmbito da Administração Pública, considerando-se instaurado o procedimento quando o órgão da entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo os efeitos da suspensão à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito - §1º-, aplicando-se o Código Tributário Nacional – Lei n.º 5.172/1966 – no que se refere à suspensão da prescrição para matérias de ordem tributária - §2º -.

Souza (2016, 220-224) aponta como principal crítica às previsões dessa seção, relativas às disposições comuns, que não se estabeleceu a necessidade e os parâmetros para fundamentação fática e jurídica dos acordos, não se prevendo ainda a necessidade de capacitação dos membros de tais câmaras, faltando ainda a previsão de um conteúdo mínimo para o acordo que vier a ser celebrado, com a previsão de obrigações, seus responsáveis, prazos, padrões de monitoramento, sanções, sendo tais previsões fundamentais para fins de homologação nos casos de conflitos judicializados, para que o juiz possa verificar se o acordo não viola a ordem jurídica, bem como para fins de controle interno – exercido pela própria administração – e externo – exercido por órgãos de controle como o Ministério Público e Tribunal de Contas – garantindo a necessária segurança jurídica para as autoridades que firmaram o acordo.

Prossegue a Autora, afirmando que, apesar de se determinar que cada ente público estabelecerá os procedimentos e critérios para atuação de suas câmaras, deveriam ter sido definidas regras procedimentais e critérios gerais para formalização de acordos no âmbito da Administração Pública, como, quem autoriza, identificação de casos semelhantes, atos normativos aplicáveis, comprovação de fatos durante o procedimento, aplicação e formalização de jurisprudência judicial e administrativa sobre o caso, pareceres, custo e duração da instrução e do procedimento, participação de interessados, dentre outros, cabendo ao ente detalhar a sua aplicação específica para cada matéria, por atos normativos próprios, o que, por certo, forneceria parâmetros para os advogados públicos atuarem no caso concreto, entendendo necessária, ainda, uma previsão regulamentadora específica para os conflitos coletivos

envolvendo a Administração Pública, como nos relativos a termos de ajustamento de conduta e nos envolvendo políticas públicas.

#### **4.2.2. Seção II - Dos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações**

A seção II do Capítulo II da Lei 13.140/2015, disciplina de modo específico as controvérsias que envolvam pelo menos um ente público federal, seja da administração direta, autarquias ou fundações.

Essa seção é dividida em quatro categorias, sendo elas: 1. Controvérsias envolvendo entes da administração pública federal e particulares, que poderão ser solucionados por “transação por adesão”, regulada pelo Art. 35; 2. Controvérsias administrativas que envolvam entes federais, reguladas pelo Art. 36 ou entre entes federais e entes de outras esferas federativas, regulado pelo Art. 37; 3. Controvérsias em matéria tributária, reguladas pelo Art. 38 e; 4. Controvérsias judicializadas entre entes públicos federais, regulado pelo Art. 39 (SOUZA, 2016, 224);

Isto posto, estabelece o Art. 35, que regulamenta o primeiro grupo aqui tratado, que as controvérsias jurídicas que envolvam qualquer dos entes da Administração Pública Federal direta ou indireta, podem ser objeto de transação, fundamentada em autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores – inciso I -, ou – inciso II – parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República.

Os requisitos e as condições para essa adesão são definidos através de resolução administrativa própria - §1º -, definindo os demais parágrafos desse artigo os procedimentos específicos relativos a categoria de resolução de controvérsias envolvendo órgãos da administração pública federal.

Isto posto, aponta Souza (2016, p. 224) que essa modalidade representa os conflitos repetitivos, de modo que a partir de entendimentos jurídicos pacificados, por Tribunais Superiores ou por parecer próprio da Advocacia-Geral da União, as controvérsias são solucionadas, cabendo ao outro envolvido apenas demonstrar que se enquadra dentro dos requisitos estabelecidos, o que prestigia a isonomia, os acordos coletivos, bem como contribui para o descongestionamento do judiciário, que seria demandado para solucionar questão já pacificadas. Alerta, contudo, a Autora que tal procedimento acaba impedindo o diálogo do cidadão com o Poder Público, o que obstaculiza que se analise as peculiaridades de caso

específico, que, porventura, não tenham sido tratadas na regulamentação para formalização dos acordos.

Por sua vez, a segunda categoria, na sua primeira parte, disciplinada pelo Art. 36, estabelece que conflitos jurídicos que envolvam órgãos ou entidades de direito público que compõem a Administração Pública Federal, a Advocacia-Geral da União, deverão realizar composição extrajudicial da controvérsia, através de procedimento estabelecido em ato da própria Advocacia-Geral, de modo que não havendo acordo, deverá o Advogado-Geral da União solucionar a controvérsia.

Aqui, Souza (2016, p. 224-225) aponta que em que pese o artigo em referência apresente soluções adequada para a resolução dos conflitos individuais, deixa a desejar no que concerne aos conflitos coletivos, que afetam terceiros, visto que não estabelece regras concernentes à participação desses no processo de negociação, o que, por certo, acarreta prejuízos ao processo.

A segunda parte da segunda categoria, disciplinada pelo Art. 37, por sua vez, estabelece que se faculta aos Estados, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações, assim como às empresas públicas e sociedades de economia mista, a submissão de seus conflitos com órgãos da Administração Pública Federal, para que esses sejam analisados pela Advocacia-Geral da União com fim de compor extrajudicialmente a controvérsia.

A terceira categoria, ao seu tempo, apresenta no Art. 38 aspectos próprios das controvérsias envolvendo matéria tributária, no que se refere à composição consensual dos conflitos em que seja parte a Administração Pública Federal, excluindo a sua apreciação da competência das câmaras administrativas do Art. 32, para controvérsias envolvendo particulares e celebração de termos de ajustamento de conduta, o que deverá ser disciplinado em legislação própria sobre o tema (SOUZA, 2016, 226).

Já a quarta categoria, regulada pelo Art. 39, determina que, somente poderá ser proposta ação judicial, na qual figure ao mesmo tempo, no polo ativo e no polo passivo órgão e entidades de direito público que compõe a Administração Pública Federal, após prévia autorização do Advogado-Geral da União, o que é bastante importante para evitar conflitos entre os mesmos.

Por fim, nessa seção, o Art. 40 estabelece que os servidores e funcionários públicos que forem participantes de processos de composição extrajudicial de conflitos, apenas poderão ser responsabilizados, seja criminalmente, administrativamente ou civilmente, nas hipóteses em que, mediante fraude ou dolo, receberem vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem a recepção por terceiros ou contribuírem para essa.

Souza (226-228) faz duras críticas a esse artigo, com as quais se concorda, ao afirmar que o mesmo possui constitucionalidade duvidosa ao excluir os servidores e empregados públicos que atuam em processos de conciliação da responsabilidade constitucional dos agentes públicos por atos dolosos e culposos estabelecida no Art. 37, §6º da CF/88<sup>10</sup>, devendo ser exigido para esses o mesmo grau de responsabilidade que se exige pra os demais agentes públicos, para que se evite o descasos e equívocos de todas as montas, além de fraudes de difícil comprovação, o que uma responsabilização rígida e a necessidade de fundamentação adequada fática e jurídica dos acordos por certo evitaria.

## **5. LIMITES PARA APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS CAUSAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Ultrapassada a análise acerca da possibilidade de aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública, em especial a mediação, onde chegou-se à conclusão de que essa aplicação é de fato possível, necessário é verificar, contudo, quais as cautelas e limites que devem ser observados nessa aplicação, tendo em vista o regime jurídico diferenciado vigente em face da Administração Pública, regida, dentre outros, por princípios como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, bem como pelos princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

### **5.1. DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Os princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público constituíram, por muito tempo, a base do estudo do regime jurídico aplicado à Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que o estudo e entendimento acerca desses é essencial para que se compreenda os efetivos limites para aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito dos órgãos públicos.

---

<sup>10</sup> Art. 37, (...) § 6º 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;

Tratam-se esses, pois, de princípios que embora não estejam expressos no texto legal<sup>11</sup>, orientam as diretrizes da Administração Pública, representando verdadeiras regras de proceder para essa, sendo designados como princípios reconhecidos, em razão da sua ampla aceitação e referência feitas por doutrina e jurisprudência (CARVALHO FILHO, 2012, p. 31-32).

Nesse sentido, a supremacia do interesse público como apresenta Di Pietro (2010, p. 66-67), está presente tanto no processo de elaboração das leis, quando no momento de sua execução concreta pela Administração Pública, baseando-se na ideia de que os interesses públicos sempre teriam supremacia sobre os interesses individuais, cabendo ao Estado tutelá-los, evitando lesão ou ameaça de lesão.

Ligado à ideia de supremacia do interesse público, temos a ideia de indisponibilidade do interesse público que representa a noção de que os bens e interesses públicos não pertencem à Administração, mas sim, à toda a coletividade, de modo que todo ato que envolva os bens e interesses públicos devem possuir, em última escala, a busca pelo atendimento do interesse de toda a coletividade, não podendo os agentes públicos deles dispor como bem entenderem (CARVALHO FILHO, 2012, p. 34), sendo essa indisponibilidade irrenunciável pela autoridade administrativa, conforme Di Pietro (2010, p. 66-67)

### **5.1.1. Interesse público primário x interesse público secundário**

A doutrina pátria, capitaneada por Mello (2012. p. 65 -70), distingue o interesse público em dois recortes, sendo eles o interesse público primário e o interesse público secundário.

Nesse sentido, como aponta o Autor supracitado, o interesse público primário seria o interesse da sociedade propriamente dito, do todo social, representando os diversos interesses dos indivíduos que compõem a mesma, em uma dimensão pública, enquanto participantes da comuna, na busca de obtenção dos fins almejados para o bem comum, com a concretização dos ditames estatuídos na CF/88, significando, pois, o interesse da coletividade com um todo.

Por sua vez, o interesse público secundário refere-se aos interesses particulares da Administração Pública enquanto governo e pessoa jurídica individual, representando seus interesses de gestão, significando, pois, o interesse da entidade pública, similares aos interesses individuais de qualquer outro sujeito, com as diferenciações impostas por se tratar de ente

---

<sup>11</sup> Di Pietro (2010, p. 66-67) entende que o Art. 2º da Lei 9.784/99 representa hipótese da tipificação do princípio da indisponibilidade do interesse público

público, onde a concretização do interesse público primário deve se fazer sempre presente, quando da busca pelo interesse público secundário.

Muito importante para esse estudo, portanto, é a compreensão de que o interesse público secundário do Estado não pode ser alcançado a qualquer custo, como seria, por exemplo, a tentativa de pagar valores ínfimos a servidores, mantendo-os em estado de miserabilidade, o pagamento de valor ínfimo por desapropriações, a taxação excessiva de contribuintes em proveito dos cofres do Estado, ou a manutenção de lides intermináveis, mesmo na hipótese em que a argumentação da Administração é claramente improcedente, onde o interesse particular/econômico da gestão poderia até se fazer presente, mas o interesse público da coletividade – primário -, por certo, não se faz, já que os ditames constitucionais em casos tais não foram observados.

A distinção apresentada é, portanto, de importância singular para o correto entendimento da nova leitura dada aos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro, bem como para entendimento de que o interesse público não é exclusivamente um interesse do Estado, enquanto coletividade em geral, mas por vezes, também, do Estado, enquanto pessoa jurídica individual, só podendo, estes, contudo, serem alcançados e procurados, quando em consonância com aqueles, já que o Estado é criado, por essência, para realização do interesse público da coletividade – primário -.

### **5.1.2. Da releitura dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro**

Conforme lições de Bergamaschi (2015, p. 53-57), questiona-se atualmente se os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público são de fato princípios democráticos dentro de sua leitura tradicional e se são de fato princípios operáveis, como utilizados efetivamente para que se tome decisões ou se são apenas utilizados como elementos retóricos, frente à força cada vez mais presente do direito constitucional, onde uma série de direitos fundamentais, direitos e valores metaindividuais, também passam a ter importância no trato dos particulares com a Administração Pública, de maneira que não se pode mais, de modo automático, dar prevalência a esse em detrimento dos interesses individuais, nos conflitos entre particular e Administração Pública.

Isso é dito, segundo o Autor, pois a ideia tradicional de supremacia e indisponibilidade do interesse público não mais se alinha com a ideia de ponderação de princípios para adequada

resolução de conflitos concretos, existindo contradição entre supremacia/indisponibilidade e ponderação, não podendo, portanto, haver mais a ideia fixa e apriorística de que o interesse público deve sempre prevalecer em todas as hipóteses, tal construção deve ser dada casuisticamente, com a ponderação dos interesses em disputa.

Isto posto, a ideia de que a indisponibilidade e a supremacia do interesse público devem ser analisadas caso a caso e não aprioristicamente, leva à conclusão acerca de que na utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública é necessário observar a presença de limites e critérios bem definidos, para que esse mesmo interesse público, representando pela ponderação no caso concreto, seja de fato protegido, de modo que a consensualidade não represente violação ao interesse público, mas sim, a verdadeira consecução desse.

Portanto, o ato consensual deve representar a ponderação para obtenção do efetivo interesse público, o qual não pode ser mais analisado sob a ótica da supremacia e indisponibilidade apriorística, de maneira que o acordo passa a representar a sua satisfação, através da negociação que pacifica as partes, garante a efetividade da decisão bilateral, garante economia de tempo e recursos, adequação da solução negociada ao caso concreto, dentre outros benefícios, que, em última escala, representam a tutela do interesse público no caso concreto.

Nesse sentido, BERGAMASCHI (2015, p. 58) sintetiza no trecho abaixo:

(...) o interesse público pode ser atendido por meio de meios consensuais, pois: (i) pelo viés material, o interesse público pode ser o próprio resultado da solução consensual; (ii) pelo viés processual, pode ser procedimento pelo qual outras manifestações do interesse público (como legitimidade estatal ou economia de recurso) podem ser atingidas. (...) A adoção de uma solução consensual não significa privilegiar o particular em detrimento do público. O interesse público (aquele obtido após a ponderação dos diversos interesses existentes) pode ser veiculado também pelo ato consensual. Basta notar os Termos de Compromisso firmados no âmbito das Ações Cíveis Públicas, as quais, em tese, mesmos sendo frutos de consenso, procuram veicular a própria proteção do interesse público. Além disso, as vantagens podem decorrer de um método consensual, como a economia de tempo e recursos, o grau de legitimidade proporcionado pela participação do particular na construção da solução, podem atender a um outro aspecto do interesse público.

Para Di Pietro (2012, p. 36-39), em verdade, essa visão acerca da supremacia e indisponibilidade do interesse público sempre existiu, de modo que, em seu entender, esses nunca colocaram em risco os direitos individuais, já que sempre tiveram que ser aplicados em

consonância com os demais princípios que regem o Direito Administrativo, tais quais legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, moralidade, razoabilidade, segurança jurídica, proporcionalidade, dentre outros.

Aponta, então, que o direito administrativo nasceu para proteger os interesses das várias camadas sociais e não para afetar direitos individuais, de modo que passando a conviver com esses, permitiu, inclusive, o nascimento de direitos sociais e econômicos, caracterizando-se pelo binômio autoridade/liberdade, de maneira que possuía a autoridade necessária para garantir o interesse público, ao mesmo tempo que os particulares tenha as garantias de observância dos seus direitos fundamentais contra o abuso de poder.

Portanto, conclui a Autora, que essa pretensa releitura não é nova, mas, pelo contrário, sempre esteve presente, visto que no ramo do Direito Administrativo sempre foi indispensável a busca pelo equilíbrio entre o direito individual e o interesse público, surgindo daí a ideia de proporcionalidade/razoabilidade, que garante, em última escala, o verdadeiro interesse público, razão pela qual, em seu entender, a oposição que se faz aos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público decorrem de uma interpretação errônea de seus significados, provenientes de uma generalização que eles jamais tiveram, visto que é clara a impossibilidade de que, em qualquer espécie de conflito entre público e privado, sempre prevaleceria aquele, uma vez que, se assim fosse, aí sim, nunca poderia se falar em garantia de direitos individuais.

Aqui, cabe esclarecer, contudo, que embora a indisponibilidade do interesse público não possa *a priori* representar óbice à adoção do métodos alternativos de resolução de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública, podendo ser o mesmo obtido através do consenso, como visto, critérios objetivos podem ser estabelecidos que impeçam essa adoção, como se observa no Art 1º da Lei n.º 9.307/96, que trata da arbitragem, aqui já citada, ao autorizá-la apenas no que toca a direitos patrimoniais disponíveis, de modo que, não é o fato de integrar a Administração Pública que impedirá a utilização da mediação ou outro método alternativo para resolução de conflitos por determinado ente, mas sim, o objeto da controvérsia, que pode permitir, ou não, a adoção de tais métodos, não havendo, portanto, uma indisponibilidade ampla e irrestrita aos bens e interesses públicos, mas sim certos condicionantes (BERGAMASCHI, 2015, p. 84).

## 5.2. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA RELEITURA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio da legalidade representa conforme lição de Di Pietro (2012, p. 63-64), a máxima segunda a qual no âmbito da Administração Pública somente é permitido fazer aquilo que esteja previsto em lei, o que se opõe à natural autonomia da vontade vigente no âmbito privado, segundo a qual é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Tal princípio é de extrema importância para o Estado de Direito, pois ao mesmo tempo que define os poderes da Administração, os limita em benefício da liberdade particular.

Ultrapassada a conceituação do princípio da legalidade, observa-se que esse é apresentado como obstáculo para aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública, sob o argumento de que aquilo que se encontra na lei deve ser impreterivelmente seguido, inexistindo espaço para negociação.

Contudo, esse não deve ser o entendimento a prevalecer, visto que, com sabido, a norma jurídica comporta diversas interpretações, existindo, ademais, lacunas, obscuridades e mesmo contradições nos textos legais, além dos conflitos de princípios nos casos concretos, que necessitam da aplicação de métodos de ponderação para sua compatibilização e adequada aplicação casuística, bem como a própria autoexecutoriedade dos princípios, de modo que, a legalidade simplesmente considerada, não mais oferece a resposta para todos os conflitos, devendo essas serem encontradas de maneiras criativas para solução do caso concreto, o que passa, sem dúvidas, pela aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos, dentre os quais a mediação, sendo a identificação da norma legal aplicável ao caso, apenas o ponto de partida para a negociação, nesse sentido Souza (2016, p. 213-214), assim como Bergamaschi (2015, p. 51-53).

Adotando esse mesmo entendimento Di Pietro (2012, p. 29) aponta que a CF/88 trouxe ao ordenamento jurídico pátrio uma ideia mais ampla de legalidade, de modo que o Estado Democrático de Direito passa a veicular a lei aos ideais de justiça, não submetendo os caminhos do mesmo somente à legislação em sentido formal, mas ao Direito em sentido amplo, abrangendo todos os valores inseridos de modo expresso ou mesmo implícito na CF/88, como a força autoexecutória dada aos princípios, bem como aos valores presentes no preâmbulo constitucional, de maneira que o princípio da legalidade passa a ter um sentido muito maior do que mera submissão dos atos administrativos à lei, passando a significar em verdade, observância do Direito em sentido amplo.

### 5.3. DOS LIMITES E CAUTELAS A SEREM OBSERVADAS PARA APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS CAUSAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Verifica-se, pois, que, embora a Administração Pública não esteja sujeita a uma limitação generalizada para utilização em seu âmbito de métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, nota-se que, por essa possuir um regime jurídico próprio, diferente dos particulares, com aplicação de princípios como a supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade, publicidade, isonomia, dentre outros, certos limites e cautelas devem ser aplicados para utilização desses métodos, a fim de garantir a obtenção, em última escala, das finalidades públicas, evitando que se sobreponha interesses meramente particulares e pessoais dos governantes ou de terceiros, sem qualquer vinculação com o bem comum ou com os direitos fundamentais (BERGAMASCHI, 2015, p. 130).

Portanto, o primeiro e principal dos limites impostos à utilização da mediação e demais métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública diz respeito à obtenção do interesse público, o qual, como visto, pode e deve ser alcançado através da consensualidade e ponderação dos interesses em disputa.

#### **5.3.1. Da necessidade de normatização do procedimento para formalização dos acordos e fundamentação dos mesmos**

Como exposto anteriormente, grande crítica à Lei n.º 13.140/2015, sobretudo no que diz respeito às disposições comuns para composição de conflitos envolvendo a Administração Pública, refere-se ao não estabelecimento da previsão da necessidade e parâmetros para fundamentação fática e jurídica dos acordos, não existindo previsão de um conteúdo mínimo para o acordo que vier a ser celebrado, com a previsão de obrigações, seus responsáveis, prazos, padrões de monitoramento, sanções, quem autoriza, identificação de casos semelhantes, atos normativos aplicáveis, comprovação de fatos durante o procedimento, aplicação e formalização de jurisprudência judicial e administrativa sobre o caso, pareceres, custo e duração da instrução e do procedimento, participação de interessados, dentre outros, cabendo ao ente detalhar a sua aplicação específica para cada matéria, por atos normativos próprios, o que, se existente, por certo, forneceria parâmetros para os advogados públicos atuarem no caso concreto, criticando-se ainda, a inexistência de uma previsão regulamentadora específica para os conflitos coletivos envolvendo a Administração Pública, como nos relativos a termos de ajustamento de conduta

e nos envolvendo políticas públicas, sendo tais previsões fundamentais para fins de homologação nos casos de conflitos judicializados, para que o juiz possa verificar se o acordo não viola a ordem jurídica, bem como para fins de controle interno – exercido pela própria administração – e externo – exercido por órgãos de controle como o Ministério Público e Tribunal de Contas – garantindo a necessária segurança jurídica para as autoridades que firmaram o acordo, conforme lições de Souza (2016, 220-224).

Entende-se, assim, ante tudo o quanto exposto, que é necessário o estabelecimento de parâmetros prévios, ou seja, a elaboração de uma normatização legal e administrativa onde sejam estipulados critérios e condições para celebração dos acordos, análise do risco e viabilidade dos mesmos, inclusive no que toca à verificação de sua abrangência para casos semelhantes, bem como para sua autorização, indicando que essas sejam tomadas de modo preferencial pela decisão conjunta de representantes jurídicos e técnicos da área (SOUZA, 2016, p. 216-217).

Nesse contexto, Bergamaschi (2015, p. 137-140) entende ser necessário, também, a existência de norma que estabeleça a competência para o agente público celebrar o acordo, de modo a garantir validade ao ato administrativo.

Nesse sentido, observa-se ainda que para a correta aplicação da mediação nas causas envolvendo a Administração Pública, é necessário a fundamentação adequada dos acordos firmados, mesmo aqueles celebrados em juízo, visto que os atos administrativos serão objeto de controle externo e interno, deixando claro porque aquela solução mostrou-se a mais adequada para solucionar aquele conflito específico, levando em consideração os princípios que regem a Administração Pública, em especial a legalidade, a impessoalidade e a eficiência (SOUZA, 2016, p. 213-214), sendo estes também cautelas e limites para adoção da mediação nas causas que envolvam a Administração Pública.

### **5.3.2. Da necessária observância do princípio da isonomia**

O segundo dos obstáculos enfrentados para plena aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública diz respeito ao princípio da isonomia.

Esse é definido por Cunha Junior (2009, p. 658) como o direito que todos possuem de serem tratados igualmente na medida que se igualarem e desigualmente na medida de sua desigualdade, seja perante a ordem jurídica, seja perante a oportunidade de acesso aos bens da

vida, visto que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sendo este um postulado básico da democracia, estando presente em várias partes do texto constitucional e da legislação infraconstitucional, decorrendo dele o princípio da impessoalidade estabelecido no *caput* do Art. 37 da CF/88, aplicável à Administração Pública, segundo o qual a mesma deve tratar de modo igual e isonômico todos aqueles administrados que se encontrem em situação jurídica idêntica (CARVALHO FILHO, 2012, p. 20).

Dito isso, ao firmar um acordo o Poder Público está de certo modo criando uma jurisprudência/precedente sobre o assunto, de maneira que todos aqueles que forem titulares de situações semelhantes tem direito de pleitear a mesma solução adotada no caso paradigma, razão pela qual, antes de firmar qualquer acordo, deve a Administração Pública verificar se aquele representa caso específico ou caso repetitivo que envolve outros vários conflitos, para que, levando em consideração que pelo princípio da isonomia terá que firmar acordo para casos semelhantes, avalie se esse procedimento é viável técnica, financeira e administrativamente (SOUZA, 2016, p. 2014).

Nesse sentido, cabe apresentar importante lição de Modesto (2010, p. 3):

“A autovinculação administrativa, em sentido estrito, denota uma hipótese importante de *redução da discricionariedade*, no âmbito dos *atos concretos da Administração Pública*, de invocação especialmente útil para impedir *atuações caprichosas de agentes públicos* ou *alterações repentinas no padrão decisório do Poder Público*. A teoria nasceu de uma nova abordagem sobre a situação do administrado (cidadão ou pessoa jurídica) que observa a Administração Pública adotar reiteradamente uma determinada forma de agir, decidir ou interpretar disposições jurídicas, *em casos concretos*, ao longo do tempo, fixando um *padrão decisório* que suscita *confiança*. Ao provocar a Administração, no entanto, diante do novo caso concreto, o interessado assiste o Poder Público abandonar o padrão decisório reiteradamente adotado no passado sem *fundamentação ou motivação especial acerca das razões da mudança de critério*. A doutrina é firme em que, nestes casos, em face do *princípio da igualdade, da boa-fé e da segurança jurídica*, a reiteração de um mesmo modo de decidir em casos concretos impõe que o mesmo padrão seja adotado nas demandas futuras de mesma natureza, salvo *motivação especial*, fundada em *alteração das circunstâncias e na necessidade de reformar o atendimento anterior em face do interesse público*. A Administração Pública, como regra, portanto, mesmo diante de competência aparentemente discricionária, deve considerar-se “*autovinculada ao precedente*”, isto é, *predeterminada* na escolha de uma decisão dentre as possíveis no exercício de competência discricionária em razão da *reiterada adoção por ela mesma de um mesmo padrão decisório*. O *princípio da igualdade* é percebido, nesta hipótese, sob um *ângulo diacrônico* ou dinâmico, associando-se ainda à proteção da confiança, inerente a exigência de previsibilidade e lealdade da boa-fé objetiva. Não se cogita aqui de discriminação desarrazoada em face de situações concretas, ou sujeitos concretos, aqui e agora (perspectiva estática, sincrônica, tradicional do princípio da igualdade). Mas constata-se *discriminação desarrazoada entre casos análogos*, ou equivalentes, *ao longo do tempo*, no transcurso do tempo, a partir de uma abordagem que reclama *coerência no padrão decisório* da Administração Pública.”

Assim, como aponta Facci (2016, p. 392-394) que também cita parte do trecho acima apresentado, ao firmar um acordo o Estado estabelece de fato um precedente administrativo, de modo que da mesma forma da lei, que respeita a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, o administrado também possui o direito de não ter os seus direitos fluando de acordo com as interpretações jurídicas que variam no tempo, o que representaria violação ao princípio da segurança jurídica, extraindo-se, pois, dos precedentes administrativos legítimas expectativas de resultados da interpretação conferida ao caso ao longo do tempo, só podendo essa ser afastada por fatores devidamente justificados, representando, verdadeira vertente da aplicação do princípio da vedação ao comportamento contraditório no âmbito público.

Portanto, considerando o princípio da isonomia, deve a Administração Pública antes de firmar qualquer acordo, verificar se aquele resume-se a um caso particular ou representa inúmeros outros casos idênticos, de modo que possa analisar sob o ponto de vista técnico, econômico e administrativo a viabilidade de firmar aquela avença, que constituirá precedente administrativo e deverá, por consequência, ser aplicada a todos os demais casos semelhantes.

### **5.3.3. Da necessária observância do princípio da publicidade**

Estabelece o princípio da publicidade que os atos da Administração Pública devem possuir a mais ampla publicidade entre os administrados de forma a possibilitar o mais extenso controle dos atos públicos, o que só é possível, de fato, com a adoção da ampla transparência. Tal princípio, contudo, apesar de ser a regra, admite certas limitações, na ponderação com outros princípios, tendo em vista a excepcionalidade da situação e os riscos que essa divulgação poderia acarretar, sendo esse o caso, por exemplo do Art. 5º, XXXIII<sup>12</sup> que resguarda o sigilo das informações quando esse for indispensável à segurança da sociedade e do estado, bem como o Art. 93, IX da CF/88<sup>13</sup> que estabelece a possibilidade de que processos judiciais tramitem em

---

<sup>12</sup>Art. 5º. (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; Art. 93. (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>13</sup> Art. 93. (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

segredo de justiça, quando a proteção ao direito à intimidade no caso sugerir a sua prevalência sobre o direito à publicidade ampla e irrestrita. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 25-28).

Nesse diapasão, muito na mediação, seja em nível nacional, seja internacional, se fala acerca da confidencialidade, de modo que as partes fiquem mais à vontade para negociar, contudo, como aqui estamos a tratar de causas envolvendo a Administração Pública, essa deve ser vista com prudência. Sobre o assunto, manifestou-se Facci (2016, p. 394), vejamos:

“O princípio da publicidade também encerra uma peculiaridade quanto aos meios consensuais de solução de conflitos pela Administração Pública. Com efeito, tal princípio impede, ou, quando muito, limita a confidencialidade muitas vezes essencial ao desenvolvimento da mediação. Dessa maneira, ainda que se admita a confidencialidade das sessões privadas (posto que realizadas apenas uma das partes e o mediador), não se pode admitir, contudo, a ideia de confidencialidade para as sessões conjuntas de mediação, pois para a atividade do Poder Público, a publicidade é a regra. Nesses casos, a confidencialidade será, portanto, excepcional e, por isso mesmo, deverá ser juridicamente justificada.”

Isto posto, aqui entende-se, conforme lição de Souza (2016, p. 214-215), que em uma mediação é essencial que as partes confiem no mediador que facilitará o procedimento, sendo importante que ele tenha seções separadas com cada uma das partes, a qual deve ser de conhecimento de todos. Contudo, nessas seções privadas entende-se que é possível que uma das partes cite ao mediador estratégia e/ou informações que não desejam que seja do conhecimento da outra parte ou terceiros, razão pela qual admite-se aqui, que seja mantido o sigilo de tais informações, salvo às exceções à confidencialidade, aplicados mesmo na mediação na esfera privada, como a predisposição para praticar um crime ou violação a normas de ordem pública.

Ao seu tempo, entretanto, essa ideia não pode ser aceita, quando se trata das sessões conjuntas de mediação, bem como em relação à documentação produzida, salvo tratar-se de informação coberta por algum tipo de sigilo, como o comercial, bancário, industrial, bem como aquele que possa colocar em risco a intimidade e vida privada das partes ou algum segredo de Estado.

Aqui, merece destaque o tratamento dado a tal matéria pela lei da arbitragem – Lei n.º 13.129/2015 -, que em seu Art. 2º, §3º<sup>14</sup>, estabelece que a arbitragem, quando envolver a Administração Pública, respeitará o princípio da publicidade, onde observarmos os mesmos dilemas acima apresentados entre o imprescindível sigilo para manter o interesse e confiança dos participantes do procedimento e a necessária publicidade dos atos envolvendo a

---

<sup>14</sup> Art. 2º (...) § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Administração Pública, não estabelecendo a norma, os padrões e elementos mínimos dessa publicidade.

Comentando o tema, Carmona (2016, p. 19-21) aponta que a necessária publicidade determinada pela Lei de Arbitragem, deve ser analisada de modo razoável e proporcional, não podendo ser lida como uma regra de publicidade total e absoluta para todos os atos.

Entende, então, no que também pode ser aplicado, por analogia, à mediação e aos demais métodos alternativos de resolução de conflitos, que seja dada a devida publicidade aos atos de maior relevância praticados pelas partes, como pedido, apresentação do pedido, documentos em que esse se baseia, sentença arbitral, dentre outros, permanecendo o sigilo nos demais atos e quanto ao procedimento em si, o que deverá ser, devidamente, delimitado na cláusula compromissória ou compromisso arbitral, se for o caso.

Desse modo, deve-se ficar claro que quando se tratar de procedimento de mediação envolvendo a Administração Pública a publicidade é a regra, com a necessidade de transparência e participação de eventuais interessados, sendo a confidencialidade exceção, a qual deve ser devidamente e juridicamente justificada, não podendo, contudo, essa publicidade ser entendida de modo absoluto, mas sim, aplicada com razoabilidade no caso concreto, de modo a compatibilizar os direitos e interesses em disputa, onde as sugestões apresentadas, inclusive a possibilidade de aplicação analógica da solução encontrada para a arbitragem envolvendo a Administração Pública, são possibilidades concretas de aplicação razoável do princípio da publicidade na mediação, de modo a garantir a aplicação adequada dos métodos alternativos de resolução de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública, não inviabilizando, contudo, sua utilização, harmonizando de modo adequado os interesses em jogo, conforme lição de Carmona (2016, p. 21).

## **6. CONCLUSÃO**

Através do presente estudo, verificou-se que o Poder Judiciário vive atualmente grande crise de efetividade, decorrente do acúmulo de demandas postas à sua apreciação, derivadas da crescente complexidade da sociedade moderna e massificação das relações sociais, o que gera obstáculos ao efetivo acesso à justiça – Art. 5º, XVIII da CF/88 - e à adequada e razoável duração do processo - Art. 5, LXXVIII - perpetuando-se inadequadamente diversos conflitos, de modo que nos últimos anos buscou-se mecanismos para mudar essa realidade, com, por exemplo, a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da súmula vinculante, força

vinculante dos precedentes, repercussão geral, incidente de resolução de demandas repetitivas e a valorização dos métodos alternativos de resolução de conflitos, dentre outros.

Nessa perspectiva, a Administração Pública possui importância determinante, na medida em que dados do CNJ apontam a mesma com a maior “cliente” do judiciário, figurando em mais da metade de seus processos, o que impõe que adote medidas efetivas para alterar essa realidade, de onde observa-se a importância dos métodos alternativos de resolução de conflitos, que podem representar uma via a ser trilhada pelos Entes Públicos para redução da sua participação em demandas judiciais.

Ocorre que, o peculiar regime jurídico a que está submetida a Administração Pública, regida por princípios como os da soberania e indisponibilidade do interesse público, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia, dentre outros, demanda peculiar cautela para aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos em suas lides, sendo essencial o estabelecimento dos limites e dos padrões adequados para tanto, o que constituiu o escopo desse estudo.

Nesse desiderato, examinou-se os aspectos gerais dos métodos alternativos de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, sob a ótica da utilização dos mesmos como ferramentas para o enfrentamento da grande crise de eficiência e efetividade vivida pelo judiciário, concluindo-se que, de fato, a utilização e valorização desses representa importante medida nesse sentido, garantindo-se a todos o efetivo acesso à justiça, entendendo-se essa não de modo meramente formal como acesso ao Poder Judiciário, mas sim como acesso à ordem jurídica justa para resolução das controvérsias, significando a aplicação do sistema multiportas, representando dentre outros pelas previsões do novo Código de Processo Civil, resolução n.º 125/2010 do CNJ e Lei n.º 13.140/2015, essa considerada o marco legal da mediação no Brasil.

Analizou-se, então, especificamente a mediação, com a apresentação de seu conceito e características básicas, sendo elas, as decorrentes dos princípios que lhes são aplicáveis, a saber, a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé, independência do mediador e a decisão informada, que permitem lhe caracterizar no ordenamento jurídico brasileiro.

Ato contínuo, verificou-se a partir de tais característica a possibilidade de aplicação da mediação nas causas envolvendo a Administração Pública, sob o direcionamento de três fundamentos constitucionais básicos, sendo eles, a garantia do pleno acesso à justiça, esse entendido como o acesso à ordem jurídica justa para obtenção da solução mais adequada para

o caso concreto, além da garantia do princípio da eficiência que em muitas oportunidades é alcançando com a realização de acordos, devendo a sua verificação ser observada casuisticamente, evitando lides desnecessárias, custosas e intermináveis, devendo as demandas, pois, serem solucionadas da melhor forma possível na equação custos *versus* benefícios, se buscando sempre a resolução dos conflitos no menor tempo, com menor desgaste e melhores resultados, bem como o princípio democrático onde o Estado deve continuamente buscar a consecução dos fins constitucionais, de modo que, nos conflitos em que for parte, o Poder Público deve analisar, através do diálogo, a solução mais adequada para o caso concreto, todos esses fundamentos constitucionais aptos a justificar, portanto, a aplicação da mediação e dos demais métodos consensuais no âmbito dos Entes Públicos.

Nesse diapasão, verificou-se que paralelo aos fundamentos constitucionais, inúmeras normas infraconstitucionais passaram nos últimos anos a tratar sob o tema, representando significativo avanço, apesar das críticas apresentadas a algumas delas. Nesse sentido, merece destaque o capítulo II da Lei n.º 13.140/2015 que disciplinou a autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública, possuindo significativa importância para o estudo do tema.

Isto posto, ultrapassada a verificação da possibilidade e os fundamentos para a aplicação da mediação nas causas envolvendo a Administração Pública, passou-se à análise dos limites para tal aplicação, sobretudo considerando que é essa conduzida por regime jurídico próprio, vinculada a princípios tais quais a supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade, isonomia, publicidade, dentre outros.

Dentro dessa perspectiva, observou-se a releitura dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, analisando esse tanto da sua perspectiva primária, quanto da sua perspectiva secundária, de modo que, a supremacia e indisponibilidade deste não mais podem ser vistos com a ideia fixa e apriorística de que o interesse público deve sempre prevalecer sobre o particular em todas as hipóteses, devendo essa construção ser realizada no caso concreto, com a ponderação dos interesses em disputa, privilegiando aquele de melhor aplicação no caso concreto, garantindo, em última escala, o interesse público, o que pode, sem dúvidas, ser obtido em decisões acordadas, que garantem a efetividade da decisão bilateral, garantem economia de tempo e recursos, além da adequação da solução negociada ao caso concreto, dentre outros benefícios.

Por sua vez, verificou-se que o princípio da legalidade também foi objeto de releitura, de maneira que esse passa a representar não somente a legislação em sentido formal, mas sim

a legalidade em sentido amplo, sendo vinculada a uma ideia abrangente de justiça, o que sepulta a ideia de que aquilo que estaria na lei deve ser impreterivelmente seguido, o que impedia a realização de acordos, os quais a partir dessa nova visão são plenamente viáveis, na garantia da legalidade, com a observância do direito em sentido amplo, obtendo-se a justiça no caso concreto.

Verificou-se, então, a partir de tais abordagens que o primeiro e principal limite à utilização da mediação e demais métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública é a obtenção e observância do interesse público, que deve ser alcançado no caso concreto com a consensualidade e ponderação dos interesses em disputa, dentro da nova perspectiva do que seja interesse público e sua relação com os direitos individuais.

Paralelo a isso, observou a necessidade de normatização do procedimento de formalização dos acordos, bem como de fundamentação dos mesmos, sendo tais medidas fundamentais para que possa tanto os órgãos de controle interno, quanto externos, além dos juízes e demais interessados, verificarem a legalidade e a regularidade do acordo firmado, bem como as razões que tornaram aquela a decisão mais adequada para o caso concreto, garantindo, ademais, a necessária segurança jurídica para as autoridades que firmarem os acordos e para aqueles que dele participaram.

Ao seu tempo, verificou-se, também a necessidade de observância do princípio da isonomia, para que todos sejam tratados igualmente na medida de sua igualdade e desigualmente na medida da sua desigualdade, devendo-se, pois, a administração antes de firmar qualquer acordo verificar se aquele se resume a um caso específico ou possui aplicação em inúmeros outros casos idênticos, hipótese na qual todos os casos semelhantes deverão possuir solução idêntica, constituindo precedente administrativo, motivo pelo qual deve ser realizada a devida análise do ponto de vista técnico, econômico e administrativo sob a viabilidade de firmar aquela avença.

Por fim, constatou-se que apesar da mediação tratar-se de um procedimento sigiloso, em regra, possuindo poucas exceções quanto a esse aspecto, nos conflitos que envolvam o Poder Público, regido pela ampla publicidade de seus atos, essa confidencialidade deve ser mitigada, sendo restrita apenas para as sessões privadas do participantes com o mediador, de forma que esse possa, efetivamente, ter confiança no mediador e de que as informações fornecidas não serão utilizadas em seu desfavor, não podendo, contudo, existir confidencialidade nas sessões conjuntas de mediação, bem como na documentação produzida ao longo do processo, onde deve prevalecer a ideia de plena publicidade, salvo exceções legais que imponham o sigilo.

Apresentou-se, também, como alternativa para compatibilização do princípio da publicidade na mediação e demais métodos alternativos envolvendo a Administração Pública, solução apresentada para a arbitragem em casos tais, que aqui pode ser utilizada por analogia, onde se garantiria a devida publicidade aos atos de maior relevância praticados pelas partes, como pedido, apresentação do pedido, documentos em que esse se baseia, sentença arbitral, dentre outros, permanecendo o sigilo nos demais atos e quanto ao procedimento em si, o que deverá ser, devidamente delimitado na cláusula compromissória ou compromisso arbitral se for o caso.

Dessa forma, na mediação envolvendo a Administração Pública, a publicidade é a regra, sendo a confidencialidade exceção, de modo que deve ser garantindo a necessária transparência e participação de eventuais interessados no procedimento, somente se admitindo a confidencialidade em hipóteses específicas, como apontado acima, e mesmo nessas, o sigilo deve ser adequado e juridicamente justificado, não podendo, contudo, essa publicidade ser entendida de modo absoluto, mas sim, aplicada com razoabilidade no caso concreto, a fim de compatibilizar os direitos e interesses em disputa, onde as sugestões apresentadas, inclusive a possibilidade de aplicação analógica da solução encontrada para a arbitragem envolvendo a Administração Pública, visam garantir a aplicação adequada dos métodos alternativos de resolução de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública, não inviabilizando, contudo, sua utilização, harmonizando de modo adequado os interesses em jogo.

Isto posto, somente com a observância dos limites e prudências acima apresentadas, será possível a garantia da aplicação correta, adequada, razoável e com segurança jurídica da mediação, bem como dos demais métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública, com harmonização dos interesses em disputa e sem inviabilização de sua utilização, que poderia decorrer de regras muito rígidas e não razoáveis, o que é necessário para o enfrentamento, em bons termos, da crise de efetividade do judiciário, bem como para a garantia da almejada pacificação social, demonstrando a importância do presente estudo.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22.07.2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 22.07.2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm)>. Acesso em: 22.07.2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 22.07.2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 22.07.2019.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; ANDRADE, Juliana Loss de; PANTOJA, Fernanda Medina. “Fundamentos”. In: **O marco legal no Brasil: Comentários à lei n.º 13.140/2015**. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; (orgs.). São Paulo: Atlas, 2016.

BERGAMASCHI, André Luís. **A resolução dos conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais**. 2015. 290 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-21032016-140915/pt-br.php>>. Acesso em: 22.07.2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “Introdução”. In: **O marco legal no Brasil: Comentários à lei n.º 13.140/2015**. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; (orgs.). São Paulo: Atlas, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. “Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública”. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. São Paulo. Ano XII, n.º 51, jul.-ago.-set. 2016. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2250894/mod\\_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlica.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2250894/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlica.pdf)>. Acesso em: 22.07.2019.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “Das Normas Processuais Civis”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.], coordenadores. **Breves Comentários Ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. rev., ampl. e atual. Até a Lei n.º 12.587, de 3-1-2012. São Paulo, Atlas, 2012.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 125** de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF, 29 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 22.07.2019.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n.º 118** de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. rev., ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.  
FACCI, Lucio Picanço. “A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil”. In **Coleção Repercussões Novo CPC, v.3 – Fazenda Pública**. DIDIER JR, Fredie (coord. geral). ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro; RODRIGUES, Marco Antonio (coords.). 2ª ed. rev., ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O Marco Legal da Mediação no Brasil: Aplicabilidade na Administração Pública. 2016. In: **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**. Curitiba, v.2, n.2, p. 148-164, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/download/1575/2035>. >. Acesso em: 22.07.2019.

FERNANDES, Sônia Caetano. **O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil – Câmaras de mediação e conciliação**. Migalhas.Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,210480+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>>. Acesso em: 22.07.2019.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador/BA: JusPodivm, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição, rev. atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo/SP: Malheiros, 2012.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n.º 24, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/paulo-modesto/autovinculacao-da-administracao-publica>>. Acesso em: 22.07.2019.

NEGRÃO, Theotônio [et al.]. **Código de Processo Civil e Legislação Processual Em Vigor**. 47ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Samira Ribeiro da; NEVES, Gabriela Angelo; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Acesso à Justiça e sistema multiportas de composição de conflitos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande,

XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18246&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18246&revista_caderno=21)>. Acesso em: 22.07.2019.

SOUZA, Luciane Moessa. “Mediação de Conflitos e Administração Pública”. In: **O marco legal no Brasil: Comentários à lei n.º 13.140/2015**. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; (orgs.). São Paulo: Atlas, 2016.

TARTUCE, Fernanda Silva. “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.], coordenadores. **Breves Comentários Ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VEIGA, Bruna Cristina dos Santos. A mediação como meio alternativo de solução de conflitos: a fazenda pública como possível ator participante. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 146, mar 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16964&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16964&revista_caderno=21)>. Acesso em: 22.07.2019.